CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

REPUBLICA DE COLOMBIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA
PALACIO DE JUSTICIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXVIII
PRIMERA PARTE

JULIO - AGOSTO - SEPTIEMBRE

1994

RELATORA: DRA. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA
PALACIO DE JUSTICIA

Nº INVENTARIO: R-006682
NUMERO CLASIFICACION
COMPRA___CANJE___DONACION___
FECHA: 27 AGO. 2003
PRECIO:
PROCEDENCIA: CONSEJO DE ESTADO BIBLIOTECA
PAIS:
E1.1

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

TERCER TRIMESTRE

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS
1994

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
(Hasta el 10 de agosto)
Dra. Alicia Rubiano Amézquita
(Desde el 11 de agosto)

RELATORES

Dra. María del Pilar Espinosa Salazar
Dra. María Claudia Suescún de Salazar (Hasta septiembre 21)

CONSEJO DE ESTADO

TERCER TRIMESTRE

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS
1994

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
(Hasta el 10 de agosto)
Dra. Alicia Rubiano Amézquita
(Desde el 11 de agosto)

RELATORES

Dra. María del Pilar Espinosa Salazar
Dra. María Claudia Suescún de Salazar (Hasta septiembre 21)

SALA
PLENA

ACCION DE REPETICION- Trámite/ **ACCION DE REPARACION DIRECTA/ JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/ COMPETENCIA TERRITORIAL.**

"La acción de repetición derivada del Art. 90 de la actual Carta Política, en concordancia con las disposiciones legales mencionadas, cuya vigencia anterior en nada obstaculiza el desarrollo y la aplicación del precepto constitucional citado, debe ejercitarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El conocimiento de la acción de repetición ejercitada es de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca si se toma en cuenta que lo pretendido en últimas es el reembolso de lo pagado como consecuencia de un reconocimiento indemnizatorio previamente decretado por la jurisdicción y que como tal la reclamación debe ceñirse al procedimiento señalado para el ejercicio de la acción de reparación directa, de la cual, en la práctica, la repetición viene a ser una secuela o prolongación. Esa acción indemnizatoria denominada en el actual Código Contencioso Administrativo de reparación directa, se caracteriza precisamente porque se ejercita directamente, sin acudir a etapas previas de agotamiento de la vía gubernativa , ni similares, para en esa forma, demandar como se hace en el *sub júdice*, en forma directa el pago indemnizatorio que el Estado realizó y por el que ahora debe responder el funcionario o exfuncionario en este proceso, según claras voces del artículo 86 del C.C.A., sin que esta apreciación varíe por la circunstancia que la administración actúe como demandante. Por la naturaleza de la acción incoada y por el factor territorial, de la presente demanda debe conocer en única o primera instancia la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Corporación a la que corresponde determinar sobre la admisibilidad de la misma."

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

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. AR-002. Demandado: Alvaro Pérez Castro Actor: Industria Licorera del Huila.

El negocio de la referencia -acción de repetición- instaurado por la Empresa Licorera del Huila contra su ex-gerente señor Alvaro Pérez Castro, ha llegado a esta Corporación por remisión que el Tribunal Administrativo del Huila hizo de él, al considerar que la competencia corresponde al Consejo de Estado.

Para llegar a tal conclusión el Tribunal hizo las siguientes argumentaciones:

"La Sala ya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta clase de demandas en una oportunidad anterior, rechazando su admisión indicándose lo siguiente:

"Los artículos 77 y 78 del C.C.A. que aluden a la responsabilidad de los funcionarios y en especial de éste último, se desprenden los siguientes presupuestos:

"a) Que los perjudicados podrán demandar ante lo Contencioso Administrativo a la entidad, al funcionario o a ambos.

"b) Que si prospera la demanda contra la entidad o ambos, la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.

"c) Que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente si se da la responsabilidad conexa, esto es, conjunta o vinculante.

"d) Que sólo frente a la prosperidad de una condena donde se dé la conexidad, es decir, que la demanda se haya entablado conjuntamente contra la entidad y el funcionario o exfuncionario, procede la acción de repetición contra éste.

"Si se mira la demanda al ampara (sic) de estos presupuestos encuentra la Sala que la acción y sentencia que originaron el supuesto derecho de repetición se encauzó únicamente contra el DEPARTAMENTO DEL HUILA, es decir, no hubo la vinculación del Gobernador que produjo el acto administrativo y que hubiere constituido la conexidad necesaria para que procediera la acción de repetición.

"La falta de este presupuesto inhibe al tribunal para el conocimiento de la presente causa, cuya competencia radicaría en la jurisdicción ordinaria mediante un proceso declarativo que defina la responsabilidad del ex-funcionario y ex-gobernador, Dr. RODRIGO MANRIQUE MEDINA".

Dado lo novedoso del tema, la Sala después de estudiarlo desde el ángulo constitucional, en concordancia con el C.C.A., llega a reconsiderar la anterior tesis y concluye:

"1. Que la acción es constitucional, se denomina de repetición, al así estatuirlo el Art. 90 de nuestra Carta Política.

"2. El objeto de esta acción es la reparación patrimonial sufrida por el estado por la actividad de un agente suyo por conducto (sic) dolosa o gravemente culposa.

"3. Que la responsabilidad de los funcionarios es la derivada por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones (Art. 90 C.P. y 77 C.C.A.).

"4. Que la jurisdicción de los contencioso administrativo juzga las controversias y litigios administrativos originados en las actividades de las entidades públicas (Art. 82 del C.C., subrogado por el 12 del D.2304 de 1989).

"5. Por ser responsabilidad derivada del ejercicio de funciones administrativas de un agente de la administración, la competencia radica en esta jurisdicción.

"6. Como quiera (sic) que se trata de una acción constitucional, no regulada en el C.C.A.,. A., su procedimiento es el ordinario conforme la parte final del Art. 206 de dicho código.

"7. En cuanto a la competencia, por la misma razón anterior, corresponde al Consejo de Estado de conformidad con el Artículo 237 numeral 1 de la C. P. y numeral 16 del Art. 128 del C.C.A., subrogado por el 2 del D. E. 597 de 1988.

"8. Clarificada la jurisdicción y competencia, corresponde remitir a esa corporación la demanda para su correspondiente estudio sobre admisión".

Para el suscrito Consejero, no existe duda alguna sobre las apreciaciones expuestas por el Tribunal en relación con la jurisdicción que conoce de la referida acción de repetición"; en lo que no está de acuerdo es en cuanto a la competencia, que el *a-quo* la radica en el Consejo de Estado.

Sobre el particular, en proveído de 8 de abril del año en curso, el señor Consejero Dr. Daniel Suárez Hernández hizo un análisis sobre la Corporación competente para hacer de esta acción de repetición (Exp. AR-001, actor: Procuraduría General de la Nación contra Gonzalo Díaz Pulido), con cuya tesis se identifica plenamente el suscrito ponente. Allí expuso el señor Consejero Suárez Hernández:

"Se afirma en la demanda que es de competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado el conocimiento de este proceso en razón a lo previsto en el numeral 16 del artículo 128 del C.C.A., al disponer que la Corporación conoce "de los demás (procesos), de carácter administrativo, para los cuales no exista regla de competencia",

en concordancia con el numeral 2 del artículo 97 del mismo ordenamiento, según el cual corresponde a la Sala Plena "conocer de todos los procesos de competencia del Consejo de Estado que no estén asignados a las secciones". Descarta así mismo el actor que los Tribunales Administrativos sean competentes para conocer este tipo de acciones, en razón a que no se consagra tal competencia ni en el artículo 2o. del Decreto 597 de 1988 (artículos 131 y 132 del C.C.A.), ni en las normas del Decreto 2288 de 1989.

"Contrariamente a lo expresado por el actor, se considera que el conocimiento de la acción de repetición aquí ejercitada es de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca si se toma en cuenta que lo pretendido en últimas es el reembolso de lo pagado como consecuencia de un reconocimiento indemnizatorio previamente decretado por la jurisdicción y que como tal la reclamación debe ceñirse al procedimiento señalado para el ejercicio de la acción de reparación directa, de la cual, en la práctica, la repetición viene a ser una secuela o prolongación. Esa acción indemnizatoria denominada en el actual Código Contencioso Administrativo de reparación directa, se caracteriza porque se ejercita directamente, sin acudir a etapas previas de agotamiento de vía gubernativa, ni similares, para en esa forma, demandar como se hace en el *sub-júdice*, en forma directa el pago indemnizatorio que el Estado realizó y por el que ahora debe responder el funcionario o exfuncionario en este proceso, según claras voces del artículo 86 del C.C.A., sin que esta apreciación varíe por la circunstancia de que la administración actúe como demandante.

"De otra parte, cabe observar que si en el ejercicio de la acción de reparación directa y con fundamento en los artículos 77 y 78 del C.C.A., se demanda a la entidad y al funcionario público que con su actuar doloso o gravemente culposo ocasionó el daño cuya indemnización se pretende, tal demanda necesariamente deberá dirigirse ante el Tribunal para que éste conozca en única o primera instancia, según la cuantía, del respectivo proceso, similar criterio debe aplicarse frente a la acción de repetición, si se tiene en cuenta además que de todas formas el comportamiento del funcionario constituye simultáneamente un hecho propio y un hecho del ente oficial al que esta adscrito, y que de esa misma actuación deriva la responsabilidad administrativa y la propia, a examinarse por la vía de la acción de reparación directa. Así las cosas, se concluye que por la naturaleza de la acción directa y por el factor territorial, de la presente demanda debe conocer en única o primera instancia la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Corporación a la que corresponde determinar sobre la admisibilidad de la misma. Con tal objeto se le remitirá el expediente, de acuerdo con el inciso 4o. del artículo 143 del C.C.A.".

Como las circunstancias de hecho y de derecho son similares en el *sub-litea* las que en aquella oportunidad analizó el proveído transcrito, a idéntico resultado se llega en el presente caso, dado que los actos cuya nulidad se decretó en la sentencia aludida en la demanda, fueron producidos por un ente público cuya jurisdicción, para conocer de la acción intentada, está radicada en el Tribunal Administrativo del Huila.

Por consiguiente, a dicho Tribunal se remitirá el expediente para que decida sobre la admisibilidad de la demanda y la instancia a que haya lugar, según la cuantía de la acción.

Por lo expuesto, la Sala Unitaria,

RESUELVE:

REMITASE el expediente al Tribunal Administrativo del Huila, para que por competencia asuma su conocimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y PUBLIQUESE.-

Carlos Betancur Jaramillo.

Nubia González Cerón, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reitera la providencia de 8 de abril de 1994, Exp. AR-001, Consejero Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, Actor: Procuraduría General de la Nación.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Titularidad/**PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.**

El Procurador General de la Nación o sus Delegados sí pueden solicitar la pérdida de investidura no sólo por su condición de ciudadanos sino por el desarrollo de las funciones a ellos asignadas en el artículo 277 de la Constitución Política, sin que sea necesario agotar el trámite ante la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente.

ACCION PUBLICA DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA/CADUCIDAD-Improcedencia/**EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE LA INVESTIDURA/** Improcedencia.

En tratándose de acciones públicas de carácter popular no es usual que se le coloque término de caducidad a la acción y por ninguna parte, ni la Constitución Política, en el artículo 184, ni las leyes que se han referido a la solicitud de pérdida de investidura como la Ley 5a. de 1992 y 144 de 1994, han establecido término alguno de caducidad para esta acción.

CONGRESISTA-Inhabilidades/**CONTRIBUCION A MOVIMIENTO POLITICO.**

Para que se tipifique la conducta proscrita por el constituyente de 1991 en el artículo 110 de la Carta no es ni siquiera necesario demostrar que la coacción ejercida se materialice en actos de violencia física o de amenazas

directas y concretas, ya que el término "inducir" implica que basta con que, de alguna manera, se dirija la voluntad del funcionario hacia un fin determinado que, desde luego, lo perjudica en cuanto disminuye sus ingresos y beneficia a quien realiza la inducción o al tercero en favor de quien se realiza el aporte. Mucho más censurable es este procedimiento denigrante de la persona humana, cuando se trata de acceder a un medio de subsistencia, como es el del empleo y se encuentra la persona frente a la disyuntiva de aceptar una remuneración disminuida por el aporte que debe cotizar a quien prevalido de su autoridad y poder político le brinda por cuenta del Estado una oportunidad, o por el contrario optar por continuar en el desempleo. En estos casos no es de ninguna manera posible hablar de voluntariedad así como no es factible hoy en día hablar de condiciones de libre competencia en la fijación de los niveles de salario cuando se mira el problema desde el punto de vista de los asalariados.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.-Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente AC-1899. Solicitud de pérdida de investidura de Senadora de la señora REGINA DE JESUS BETANCOURT DE LIZCA. Actor: Carlos Antonio Espinosa Pérez, Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa. FALLO.

Procede la Sala a resolver definitivamente sobre la solicitud de pérdida de la investidura de Senadora de la señora Regina de Jesús Betancourt de Liska formulada por el Doctor Carlos Antonio Espinosa Pérez en su condición de Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, mediante escrito presentado el 13 de julio de 1994, documento que obra al folio 1 del cuaderno principal.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de julio de 1994, el Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa se dirigió a la Sala Plena del Consejo de Estado mediante escrito cuyo texto es el siguiente:

> "En virtud de la disposición contenida en el artículo 184 de la Constitución Política, de la manera más respetuosa me permito solicitarles que decreten la pérdida de investidura que actualmente ostenta, en su condición de Senadora de la República la señora REGINA DE JESUS BETANCOURT DE LISKA, como consecuencia de haberse configurado la causal consagrada en el artículo 110 de la Carta Magna, puesto que, como pasa a señalarse, la mencionada Congresista ha contrariado la prohibición expresamente consagrada en la norma referida".

Relata como hechos de la demanda las versiones juramentadas de los señores Jorge Enrique Orozco Castro, Islena Castro de López, Guillermo Martinezguerra Zambrano, la queja de Teresita de Jesús Rivera, la versión de Jorge Salgado Gutiérrez, Luis Hernán Galvis Rodríguez, Gloria Stella Vargas Forero, Gonzalo Ochoa Ochoa tendientes a demostrar que la citada Senadora incurrió en la causal consagrada en el artículo 110 de la Constitución Política.

El asunto fue repartido por el Presidente de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y el Magistrado Ponente profirió el 18 de julio del año en curso, auto admisorio de la demanda visible a folios 102 y 103 del expediente.

La Senadora Regina de Jesús Betancourt de Liska constituyó apoderada y por conducto suyo contestó la demanda mediante memorial en el cual, además, solicita pruebas, propone excepciones y plantea petición para que se declare la nulidad de toda la investigación realizada por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa.

Mediante auto de 27 de julio de 1994 el Magistrado Conductor del proceso dispuso, dar por contestada la demanda, tener como pruebas los documentos obrantes en el expediente, decretar las solicitadas por la parte demandada y por el Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, y fijar la Audiencia Pública para el día 9 de agosto a las 8:30 a.m.

Recaudadas las pruebas que fueron decretadas y celebrada la Audiencia Pública el 9 de agosto de 1994, el expediente ingresó el 10 de agosto al Despacho del Magistrado Ponente para elaboración del proyecto de fallo, y éste se registró en la Secretaría General del Consejo de Estado el 11 del mismo mes y año.

TRAMITE DE LA AUDIENCIA PUBLICA

La audiencia se celebró de conformidad con lo que da cuenta el acta visible a folios 367 a 369 del expediente. En los resúmenes que las partes entregaron al concluir la audiencia expresaron lo siguiente:

a) La parte demandada.

La apoderada de la señora REGINA DE JESUS BETANCOURT DE LISKA concurrió a esta etapa del proceso para alegar de conclusión y en memorial en que reitera las peticiones de la contestación de la demanda, esboza algunas razones para la defensa de su representada, solicita declarar probadas las excepciones propuestas, y culmina pidiendo que se denieguen todas las peticiones del señor Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa.

La memorialista expresa como razones de la defensa que la señora TERESITA DE JESUS RIVERA GOMEZ, persona que resulta desconocida no solamente para la demandada sino para todos los miembros del movimiento político ya que como consta

en los documentos aportados al proceso, se tiene conocimiento que la secretaria de la hoy Senadora de la República respondía al nombre de MARIA TERESA RIVERA GOMEZ y así se refieren los declarantes dentro del proceso y ninguna TERESITA DE JESUS fue empleada del Senado ni formó parte de la Unidad Legislativa de Regina de Jesús Betancourt de Liska.

Analiza las pruebas recaudadas en el proceso, especialmente las ratificaciones y las declaraciones para concluir que:

> "De lo anterior se concluye, que mi poderdante durante el ejercicio del cargo como Senadora de la República, no exigió ni indujo a los empleados de su despacho, ni a los empleados del despacho del Representante a la Cámara, ni de otra corporación pública, a dar contribuciones económicas en forma forzada u obligada y mucho menos como condición para mantenerlos en sus cargos, al MOVIMIENTO UNITARIO METAPOLITICO.
>
> "Las contribuciones, fueron realizadas por los afiliados del partido en forma voluntaria, cumpliendo con lo ordenado por los estatutos del partido, que en su artículo 106 numeral d.) establece como uno de los deberes de los afiliados **"Contribuir con los gastos del Movimiento Unitario Metapolítico, cuando así lo determine la respectiva Junta Directiva Nacional".** Pero con la diferencia de que estas contribuciones, en ningún momento fueron ordenadas por ninguna de las directivas del movimiento. Igualmente, en cumplimiento a lo ordenado por la Ley, teniendo en cuenta para tal efecto lo dicho por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, en concepto de fecha 7 de junio de 1993, mediante el cual, aclaró que el artículo 30o., inciso 2o., de la Ley 27 de 1992, dispuso que el artículo 10o., del Decreto Ley 2400 de 1968 **"continuará vigente en todas sus partes y para todos sus efectos".**
>
> "Dicho artículo (art. 10o. del D.L.2400 de 1968), prohibía a los pagadores o habilitados de todas las dependencias administrativas del Estado, sean de cualquier orden, Nacionales, Departamentales, Municipales, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, hacer descuento o retenciones de sueldos o salarios a los empleados con destino a los partidos políticos así**mediara autorización escrita de los mismos.** El tal artículo 10o., inciso 2o., fue sustituido por el artículo 1o. del Decreto Ley 3074 de 1968, modificándolo en el sentido de que éste, **sí autoriza a los pagadores a hacer tales descuentos siempre y cuando mediara autorización escrita del empleado.**
>
> "Termina por decir el concepto referido, que el parágrafo del artículo 10o. del Decreto Ley 2400 de 1968, reiterado (sic) el artículo 30, inciso 2o., de la Ley 27 de 1992, **está vigente.**

"Siguiendo este orden de ideas, no hubo por parte de la Unidad Administrativa del Senado de la República, descuentos de los sueldos o salarios de los empleados al servicio de Regina Betancourt de Liska, sino que eran éstos, quienes voluntariamente se dirigían al Departamento de Contabilidad del Movimiento, hacer entrega de la contribución correspondiente, tal como se desprenden de los recibos y cheques entregados por ellos a la Jefe de Contabilidad, pero nunca fueron entregados directamente a Regina.

"También se puede concluir, que las versiones rendidas por los señores ANGEL RAFAEL MOLANO INOCENCIO, GONZALO OCHOA OCHOA, GLORIA STELLA VARGAS, GUILLERMO MARTINEZGUERRA Y JAIME RAFAEL PEDRAZA VANEGAS, en un momento dado fueron motivadas por la ira, dado que fueron sancionados y excluídos del Movimiento Unitario Metapolítico, tal como obra en la Resolución No. 002 de fecha 28 de octubre de 1993, expedida por la Junta Distrital del MUM., (fols. 191 a 193) y en el acta 13 de la Convención Nacional del MUM., que se llevó a cabo el día 18 de junio de 1994 (fols.194 a 214), circunstancia, que desestima tales versiones".

Estima que la Procuraduría violó el artículo 29 de la Constitución que dice: "**El debido proceso se aplicará a toda clase de actuación judicial o administrativa (...) con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa ...; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, ...**

"Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con la violación del debido proceso".

Reitera sus afirmaciones en cuanto a que el Procurador es un ciudadano, pero a las luces del derecho resulta ser un ciudadano calificado, por la investidura que le da al ejercicio del cargo encontrándose por lo tanto impedido para iniciar la acción de pérdida de investidura ante el Consejo de Estado debiendo agotar previamente el procedimiento establecido en los artículos 297 y siguientes de la Ley 5a. de 1992 ante la Mesa Directiva del Senado o de la Cámara de Representantes; cosa que no ocurrió en el caso de autos.

Finalmente solicita al Consejo de Estado declarar probadas las excepciones formuladas por ella, absolver de todo cargo a la señora Regina Betancourt de Liska, y en su lugar, condenar en costas y ordenar las sanciones establecidas en el artículo 13 de la Ley 144 de 1994, al demandante.

b) El Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, doctor Juan Carlos Henao, presentó memorial que obra a folio 370 del expediente en los siguientes términos:

"Utilizando la facultad consagrada en el artículo 11 de la Ley 144 de 1994, y teniendo en cuenta que la Procuraduría general (sic) de la Nación ya ha intervenido en la presente audiencia, esta Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado se abstiene, en el caso concreto, de intervenir en este momento.

c) El solicitante.

El doctor Carlos Antonio Espinosa Pérez en su carácter de solicitante en el proceso de la referencia presenta sus alegatos de conclusión, de conformidad con el último inciso del artículo 11 de la Ley 144 del presente año.

Frente a los argumentos de la apoderada de la Senadora Regina de Jesús Betancourt de Liska, concretamente sobre las excepciones propuestas, hace las siguientes precisiones:

I.A. VIOLACION AL DEBIDO PROCESO, DERECHO A LA DEFENSA Y DERECHO A CONTROVERTIR LAS PRUEBAS.

"Mal puede darse la pretensa (sic) violación al derecho de defensa como consecuencia a las averiguaciones preliminares adelantadas por la Procuraduría, como quiera que en estas diligencias no se formuló acusación alguna por violaciones al régimen disciplinario, ni se adoptó decisión de fondo respecto a la conducta de la Senadora Betancourt de Liska.

"Precisamente una vez concluídas las diligencias preliminares para cuyo adelantamiento el señor Procurador General comisionó al Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, se dispuso, según la naturaleza de las conductas remitir a diferentes funcionarios el conocimiento del expediente, para que fueran estos quienes establecieran, si había o no lugar a la formulación de un pliego de cargos, el inicio de una averiguación penal o como sucede en este caso, a decretar la pérdida de la investidura.

I.B CARENCIA DE QUERELLANTE LEGITIMO.

"La legitimación de la Procuraduría para concurrir como actora en estos procesos fue puesta de presente por el H. Consejo de Estado en pronunciamiento de octubre 5 de 1993 (Exp. A.C-500), cuando afirmó que ella se daba *"en ejercicio de una petición pública ciudadana"* y en cumplimiento de las funciones que Constitucional y legalmente corresponden a ese organismo (Constitución Nacional, artículo 277).

"Pero si el anterior pronunciamiento no fuera suficientemente claro, bastó con examinar el texto del artículo 184 de la Constitución Nacional, que otorga a todo ciudadano legitimidad para concurrir a solicitar la perdida de la investidura de un Congresista, sin restricción o consideración alguna, razón por la cual, al no distinguir la Constitución en esta materia, no podía hacerlo el interprete."

I.C. FALTA DE AGOTAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE LA MESA DIRECTIVA DE LA CAMARA RESPECTIVA.

Anota que el procedimiento ante la Mesa Directiva del Senado a que se refiere el apoderado de la demandada no está en modo alguno como prerrequisito de la acción incoada por un ciudadano.

Afirma que la acción de solicitar la pérdida de investidura es una acción pública que puede ser incoada directamente por cualquier ciudadano, sin más requisitos que éste, el de ostentar el carácter de ciudadano y el de las mínimas exigencias contempladas en el artículo 4o. de la Ley 144 de 1994.

Para corroborar esta información transcribe apartes de los artículos 184 de la Constitución Política, y 301 de la Ley 5a. de 1992.

I.D. CADUCIDAD DE LA ACCION.

Afirma el solicitante que la pérdida de la investidura al ser una sanción por conductas en las que ha incurrido el Congresista durante el ejercicio de su cargo, puede ser impuesta después de haber terminado el período constitucional.

Son los actos que motivan la solicitud los que deben ocurrir durante el período constitucional para el que hubiera resultado electo el Congresista, como ocurre en el caso en estudio.

Aduce que existe coetaneidad entre los hechos que motivaron la solicitud de pérdida de investidura de la Senadora Regina de Jesús Betancourt de Liska y el período Constitucional para el cual fue electa, y durante el cual ejerció como Senadora de la República.

Transcribe apartes de la sentencia del 8 de septiembre de 1992, expediente A.C.-175, para reafirmar sus argumentos.

II. ALCANCE DE ARTICULO 110 DE LA CONSTITUCION POLITICA Y EL OBJETIVO MORALIZADOR DE LA PERDIDA DE INVESTIDURA.

Realiza un análisis de la norma constitucional citada considerando que su objetivo es bastante preciso: Prohibir a quienes desempeñen funciones públicas, efectuar o inducir a otros para que efectúen contribuciones a partidos o movimientos políticos .

> "El artículo 110 está ubicado en el Título V ("De la participación democrática de los partidos políticos "), capítulo 2 ("De los partidos y movimientos políticos") **y la conducta en él prohibida, cobija a todo aquél que desempeñe funciones públicas,** conclusión que se reitera por su ubicación entre las normas generales de la Carta.

"La redacción del artículo no deja duda alguna en cuanto a su interpretación: quien desarrolle la conducta prohibida y según el tipo de vinculación que tenga con la función pública, podrá, ora ser removido del cargo "o" perder su investidura.

"Se trata de dos posibilidades de sanción, según el tipo de servidor público que incurra en la práctica proscrita (sic); y era necesario que la norma Constitucional incluyera tal disyuntiva pues de lo contrario habían quedado por fuera del alcance de la prohibición, ya los servidores públicos que acceden por designación o concurso, o aquellos que acceden a la función pública por virtud de una decisión popular, de naturaleza política y que son en ultimas los únicos respecto de los cuales procede la pérdida de la investidura.

"No existe duda alguna, conforme a lo establecido en el artículo 123 de la Constitución, de los miembros de las corporaciones públicas, son servidores públicos y que por lo tanto, la prohibición general del artículo 110, extensiva a todo a qué desempeñe funciones públicas, les cobija.

"La sanción consiste en la pérdida de la investidura para el Congresista que incurra en las conductas descritas en el artículo 110 de la Carta Política, no es excluyente frente a las causales que contempla el artículo 183 de la Constitución, en concordancia con los artículos 296 de la Ley 5a. de 1992 y 1o. de la Ley 144 de 1994.

"La pérdida de la investidura sólo está prevista como sanción para los miembros de Corporaciones Públicas la Constitución en ninguna de sus disposiciones establece tal sanción para otro de (sic) tipo de funcionarios (C.N. arts. 110, 183, 291). Para todas las demás personas que desempeñen funciones públicas, las sanciones aplicables son las previstas en el régimen disciplinario (remoción del cargo, suspensión, amonestación, etc.).

III. EL CARACTER NO VOLUNTARIO DE LAS CONTRIBUCIONES: LA INDUCCION A EFECTUAR CONTRIBUCIONES.

En relación con este punto analiza el pronunciamiento de la Sala de Consulta y servicio Civil del Consejo de Estado del 7 de junio de 1993, radicación 513, considera que dejó sentada claramente su posición en la materia al considerar: a) **que la prohibición del artículo 110 es aplicable a todo aquél que desempeñe funciones públicas, y** b) que sólo mediando la voluntad libre y espontánea del servidor público, son de recibo sus contribuciones a movimientos o partidos políticos, lo que contrario sensu permite afirmar que toda contribución efectuada una forma no voluntaria, sea por inducción o por coacción de cualquier tipo, sería ilegítima y haría incurrir a quien induzca o coaccione, en la sanción prevista en el artículo 110 de la C.N.

"El artículo 110 de la C.N. contiene una aclara prohibición: no puede inducirse y menos forzar a otros a efectuar contribuciones económicas en favor de partidos

o movimientos políticos. No hay pues que determinar si quién (sic) induce a otro para efectuar los aportes, recibió directamente esas contribuciones o se lucró con ellas, lo que la Constitución prohibe es el acto de inducir a contribuir, sin que el verbo rector de la norma pueda alterarse para sostener que la inducción ha de estar acompañada de un constreñimiento físico o psíquico o de actos de fuerza".

IV. EL ANALISIS PROBATORIO.

Sostiene que el problema de fondo no es determinar si algunas personas efectuaron aportes en forma voluntaria al Movimiento Unitario Metapolítico o si a otras nada les consta sobre tales aportes; lo que se busca es establecer a nuestro modo de ver ha quedado plenamente probado que :

"Es el hecho que un grupo de personas, que se desempeñan como servidores públicos, fueron INDUCIDOS y en algunos casos FORZADOS a efectuar aportes y contribuciones al citado movimiento, por parte de la Senadora REGINA BETANCOURT DE LISKA, en abierta violación a lo dispuesto en el artículo 110 de la Constitución Nacional (sic), razón por la cual y al haber incurrido la señora BETANCOURT DE LISKA en la conducta prohibida por la norma constitucional, debe imponerse a ella la sanción allí contemplada, esto es, la pérdida de la investidura como congresista".

V. A MANERA DE CONCLUSION.

Finalmente, el Procurador termina sus alegatos con las siguientes conclusiones:

"Está entonces establecido que la prohibición del artículo 110 de la Constitución Nacional, para efectuar o inducir a otros a efectuar aportes a movimientos o partidos políticos, aplica a los congresistas.

"Está igualmente establecido que la sanción establecida para quienes incurran en esa práctica ostentando la calidad de senadores, es la pérdida de la investidura".

"Está demostrado que la Senadora **BETANCOURT DE LISKA** indujo a varios funcionarios públicos para que efectuaran aportes o donaciones al "Movimiento Unitario Metapolítico":

"Está demostrado que esos aportes o donaciones no fueron voluntarios y que por lo contrario, algunas de esas personas tenían claro que de no efectuarlas podrían perder sus empleos".

"El conjunto probatorio existente documental y testimonial, prueba la causal por la cual se solicita la pérdida de investidura que ostentaba para la época de los hechos, la Senadora **BETANCOURT DE LISKA.** Estando probada su identidad y calidad congresional.

CONSIDERACIONES.

Al contestarse la demanda se propusieron excepciones. Es pertinente analizarlas previamente para determinar acerca de su prosperidad.

1o. **Violación al debido proceso, derecho a la defensa y derecho a controvertir las pruebas.**

La Sala considera que la excepción propuesta no se puede entrar a considerar dado que el procedimiento de la solicitud de la pérdida de la investidura se inicia con la presentación de la demanda, no siendo por lo tanto dable entrar a estudiar la averiguación preliminar que adelantó la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa.

De otra parte, esta excepción ya ha sido estudiada en otras acciones similares a la ventilada en este proceso y sobre ella se ha dicho:

> "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 perdida de 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 el ejercer la competencia de "interponer las acciones que considere 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." (Exp. No. AC-535, Consejero Ponente: Dr. Joaquín Barreto Ruiz)

2o. **Carencia de querellante legítimo.**

El Consejo de Estado en reiteradas ocasiones relacionadas con la solicitud de pérdida de investidura ha mantenido el criterio de que el Procurador General de la Nación o sus Delegados sí pueden solicitar la pérdida investidura no sólo por su condición de ciudadanos sino por el desarrollo de las funciones a ellos asignadas en el artículo 277 de la Constitución Política, sin que sea necesario agotar el trámite ante la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente. En la sentencia de 1o. de octubre de 1993, **expediente No. AC-534**, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo se dijo:

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

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

"Sobre este aspecto la Corporación, recientemente, sostuvo:

""...c) La Ley 5a. de 1992 y la pérdida de la investidura. Aunque el trámite del presente proceso se inició con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 5a. de 1992 (18 de junio) y en consecuencia no podía predicarse que la solicitud formulada el 8 de junio de 1992 adolece de algunas fallas en frente de la regulación que sobre el tema trajo la referida ley en sus artículos 296 a 304, debe la Sala precisar que también le da primacía, como es su obligación, a la norma Constitucional, lo cual no exige, como parecería exigirlo la ley, ningún requisito de procedibilidad, de la acción y mucho menos, que la calificación de esa procedibilidad, de que se hace radicar en el Congreso, sea un presupuesto que el Consejo de Estado deba tener en cuenta para adelantar el trámite de las solicitudes que a este respecto se le formulen. La Constitución, sólo exige para que la competencia del Consejo del Estado se active, que cualquier ciudadano o la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente, formule solicitud para que se decrete la pérdida de la investidura de un Congresista acusándolo de estar incurso en algunas de las cinco causales mencionadas en el artículo 183 de la Constitución. La admisión de los medios de prueba y la apreciación que de estos haga el juez, para determinar si en efecto, el congresista acusado incurrió en los hecho de que la Carta prevé como determinantes de la pérdida de la investidura, constituyen la médula del proceso y se gobiernan por sus instrumentos procesales propios y por el principio del derecho universal de la independencia del juez, en buena hora consagrado como norma constitucional en el artículo 228. No pueden ser pues, las calificaciones previas, judicial o congresional, a que se refiere los artículos 297 y 298 de la ley en cita, requisitos de procedibilidad de la acción, sino medios de prueba de los hechos que configuran la causal constitucional para la pérdida de la investidura, con la aclaración que en caso diferentes a los que requieran para su configuración sentencia judicial, no pueden considerarse, como parecía sugerirlo la ley, como medio único de prueba. "Exp. AC-175 sentencia de septiembre 8 de 1992, Consejero Ponente Dr. Chahín Lizcano)."

3o- **Falta de agotamiento del procedimiento ante la Mesa Directiva de la Cámara respectiva, artículo 297 y s.s de la Ley 5a. de 1992.**

A este respecto aclara la Sala que los artículos 297 y 298 de la Ley 5a. de 1992, referidos al previo agotamiento del procedimiento allí establecido fueron declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional mediante sentencia del 14 de julio de 1994.

4o.- **Caducidad de la acción.**

En tratándose de acciones públicas de carácter popular no es usual que se le coloque término de caducidad a la acción y por ninguna parte, ni la Constitución Política, en el artículo 184, ni las leyes que se han referido a la solicitud de pérdida de investidura, como la Ley 5a. de 1992 y 144 de 1994, han establecido término alguno de caducidad para esta acción.

Si lo que pretende la apoderada de la demandada es plantear que la Senadora Regina de Jesús Betancourt de Liska, ya no ostenta tal calidad y que por lo tanto no se le puede decretar la pérdida de la investidura, ello corresponde a otro fenómeno diferente a la caducidad sobre el cual; también el Consejo de Estado se ha pronunciado.

En efecto, **en sentencia de 8 de septiembre de 1992, expediente AC-175, Magistrado Ponente, Dr. Guillermo Chahín Lizcano, se dijo:**

> "Con respecto a la excepción que se plantea como "inexistencia de la investidura cuya pérdida se reclama", basta a la Sala para declararla impróspera decir que no es cierto que la renuncia presentada al cargo de Senador y aceptada por el Senado, tenga la virtualidad de inhibir el proceso sansionatorio que debe concluir con una decisión que puede ser condenatoria o absolutoria. No está, ni puede estar en manos del Congresista que se juzga, inhibir este proceso con la simple dejación voluntaria del cargo ya que la sanción determinada por la constitución puede tener efecto y cumplimiento por anotación en la hoja de vida, en forma similar a lo que acontece en el régimen común sancionatorio de los funcionarios públicos, en el cual la sanción de destitución es aplicable aún a aquellos que ya no permanecen en el cargo al momento de su imposición".

Como quiera que ninguna de las expresiones propuestas alcanza la prosperidad y encontrándose debidamente probada en el expediente la calidad de Senadora que ostentaba la señora REGINA DE JESUS BETANCOURT DE LISKA al haber sido elegida como tal por la circunscripción nacional, por el Movimiento Unitario Metapolítico, para las elecciones del 27 de octubre de 1991; período 1991-1994, según consta en el certificado de la Registraduría Nacional del Estado Civil, que obra en el folio 127 del expediente, corresponde a la Sala analizar el problema de fondo para deducir si es pertinente o no acceder a decretar la pérdida de la investidura solicitada.

La Procuraduría formula su petición aduciendo que la Senadora Regina de Jesús Betancourt de Liska, indujo y coaccionó a algunos militantes de su Movimiento Político, que a su turno ostentaba la calidad de funcionarios públicos, para que de los salarios recibidos hicieran aportes al Movimiento Unitario Metapolítico, conducta ésta, proscrita y sancionada en el artículo 110 de la Constitución Política.

Junto con la solicitud, la Procuraduría allegó el testimonio de algunos de esos empleados y fotocopias de cheques, recibidos de caja y otros documentos, todo ello con

el objeto de demostrar no sólo la realización de los aportes, sino que ellos no fueron producto de la decisión voluntaria de los aportantes, por ser el resultado de la presión que sobre ellos ejercieron tanto la propia Senadora, como algunos directivos del referido Movimiento.

Los testimonios que fueron recaudados en la investigación preliminar de la Procuraduría, se ratificaron dentro del proceso, diligencia en la cual participó, interrogando a los testigos la señora apoderada de la Senadora cuya pérdida de investidura se solicita. De esos testimonios que obran en el expediente a folios 215 a 274, rendidos por Jorge Enrique Orozco, Teresita de Jesús Rivera Gómez, Gloria Stella Vargas Forero, Angel Rafael Molano Inocencio, Gonzalo Ochoa Ochoa, Jaime Rafael Pedraza Vanegas y Juan Francisco Novoa Gutiérrez, puede concluirse indubitablemente que los empleados mencionados, hacían aportes periódicos a las arcas del Movimiento Unitario Metapolítico; este hecho se corrobora además, con la existencia en el expediente de recibos de caja expedidos por la Junta Directiva del Movimiento a las personas que hacían los aportes, así como también con fotocopia de los cheques girados a éste y certificación del Banco de Bogotá y Banco del Comercio que obran a folios 63, 64, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 120, 128, 129, 214, 360, 361, 362, 363, 364, 365, del expediente.

El anterior acervo probatorio permite a la Sala concluir que efectivamente, los empleados públicos referidos, condición ésta que también está probada en el expediente (la mayoría de los funcionarios del Senado y de la Cámara de Representantes), aportaba periódicamente sumas que podían corresponder a niveles entre el 30 y el 50% del sueldo mensual devengado, siendo entonces necesario indagar si la realización de dichos aportes obedecía a una determinación libre de la voluntad de los aportantes, o si como se afirma por la Procuraduría en su solicitud, era el fruto de la inducción, la coacción y las amenazas.

Para dilucidar lo anterior y aunque la Senadora niega rotundamente, en la contestación de la demanda y en audiencia pública, haber inducido o coaccionado a persona alguna para la realización de los aportes referidos, son útiles los testimonios rendidos por los empleados aportantes quienes bajo la gravedad de juramento, primero ante la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa y luego en la diligencia de ratificación ante el Consejo de Estado describen de manera amplia y convincente tanto el procedimiento para la realización de los aportes como las consecuencias que les podría acarrear el abstenerse de hacerlos o incurrir en mora para ello. Algunos de ellos, como se observa en la transcripción que de su respuesta se inserta, son explícitos en afirmar que recibieron directamente de la Senadora Regina de Jesús Betancourt de Liska la respuesta de que si no pagaban los aportes perderían el empleo, pues, habían muchas personas en el Movimiento que si estaban dispuestas a pagar y aun a hacerlo en niveles más elevados.

Teresita de Jesús Rivera de Gómez, en la diligencia da ratificación del testimonio que obra a folios 231 a 242 de expediente afirmó:

"PREGUNTADO. Sírvase decirnos si sabe usted cuál es el motivo por el cual se le ha citado a rendir esta declaración. CONTESTO. Si tengo entendido porque yo coloqué una queja ante las Procuraduría General de la Nación acerca de la obligatoriedad de unas cuotas o de cuotas del sueldo que devengaba en el Senado de la República. PREGUNTADO. Expóngale al Despacho todo lo que sepa o le conste respecto de esas cuotas particularmente a quien debía aportarse y bajo qué circunstancias. CONTESTO El primero de diciembre de 1991 la señora Regina Betancourt de Liska se posesionó en el Senado de la República yo le pedí que por favor me nombrara dentro del grupo de personas que ella podía tener como asistentes en el Senado, ella me dijo que bueno, pero que debía o que tenía con el sueldo que empezaba a ganar ayudarle a pagar a un doctor que se llama Efraín Orlando Sánchez Zambrano, expresa que posee una copia en la cual el me recibía esa plata, en ese entonces mi compañera era Alcira Ferro y ella también tuvo que hacer algunos aportes para ayudarle a pagar al doctor Orlando Sánchez Zambrano, a ese señor le vine haciendo los aportes hasta octubre de 1992, de todas maneras ese mismo año en el receso parlamentario de junio 20 se reunieron en la oficina de la calle 13 con 68, en la oficina de la señora Regina el señor Angel Humberto Rojas Cuesta, el señor Guillermo Martinezguerra Zambrano, de esa reunión hubo un acuerdo entre ellos y era que todos los empleados que a partir de octubre 92 que se reglamentó la Ley 5a. del Congreso cada parlamentario podía tener a su disposición seis empleados y esto se llamaría unidad legislativa, ellos acordaron e hicieron una lista en un papel que era una hoja de libreta de taquigrafía, letra del Dr. Guillermo Martinezguerra Zambrano, en ese entonces eligieron a Efraín Orlando Sánchez Zambrano, él tenía que aportar un valor de ciento cincuenta mil pesos para cancelar sueldo de un señor que trabajaba en la oficina de prensa o que se hacía cargo de todo lo de prensa del Movimiento Unitario Metapolítico, este señor se llama Eduardo Mendoza de Lafam, no precisó el apellido, le segui (sic) en orden el señor Jorge Enrique Orozco Castro, él tenía que aportar ciento cincuenta mil pesos, distribuidos sesenta y cinco mil pesos para un señor llamado Aníbal Meléndez y la otra persona era Islena Castro de López, seguía el Dr.. Jorge Salgado Gutiérrez, de él no puede precisar que personas tenía que pagar con la cuota que le correspondía, seguía yo y a mi me tocaba a una niña llamada Patricia Trujillo, la otra persona únicamente recuerdo el apellido es el joven Acuña pero no recuerdo su nombre, sé que su mamá se llama Aura Pulido de Acuña, esa era la unidad legislativa correspondiente a la Senadora Regina de Liska, la lista que correspondía al Dr. Guillermo Martinezguerra, no se que personas les habrían a colocado a los principales quienes eran Juan Francisco Novoa, Gonzalo Ochoa, Rafael Inocencio Molano, Gloria Stella Suárez y Rocío Fernández... A partir de ese momento se empieza a aportar ciento cincuenta mil pesos mensuales, le hago referencia a la Senadora que esa cuota es muy alta para mi puesto que me están descontando mucho del fondo médico del Congreso, retención en la fuente, que por favor me ayude a disminuir un poco esa cuota porque es muy alta, tengo a mi cargo dos personas de edad, dos tías,

realmente con esa cuota me quedaba un sueldo muy bajito incluso llevaba mi almuerzo en la lonchera por que de lo contrario tenía que aguantar hambre, ella me dice que no, que si no me gustaba así que me retirara. Posteriomente viene un aumento de sueldo y ella sube la cuota a ciento ochenta mil pesos, vuelvo y le pido el favor que esa cuota es muy alta para mí, vuelve a decirme que si no le parece puede irse. Ella le cobra también cuota al señor Martinezguerra Zambrano que incluso por eso también hay disgustos entre ellos por que ella le da un valor que el tiene que pagar ese valor y después el mismo dice que le cambia las reglas de juego y le cobra ya posesionado otro valor, se ve tanta inconformidad tanto entre todos los compañeros por la obligatoriedad de estas cuotas que ellos se acercaban a mi escritorio permanentemente comentado lo injusto de esta situación, un día el doctor Jorge Salgado Gutiérrez le dice a ella: Senadora usted está violando la Constitución Política de Colombia, le muestra le indica en la Constitución los artículos que ella está violando y la señora se enfurece con él por asesorarla en este detalle, posteriormente la Efraín Orlando Sánchez Z., toma la Constitución toma fotocopia de los artículos donde se ve la violación y se los entrega al señor Angel Humberto Rojas y le dice mire ustedes están violando esos artículos por qué no arreglan eso. Yo en una ocasión el señor Efraín Orlando Sánchez se retrasa en las cuotas y la Senadora en ese entonces me dice usted porque no le dice como cosa suya a Efraín Orlando Sánchez que si no se pone al día en la cuota yo lo voy a reemplazar por una persona que me va a dar la mitad del sueldo que devengue y yo le digo Senadora he oído comentarios entre ellos mismos que sumerced lo que está haciendo es violatorio de la Constitución, entonces me dijo no eso es mentira yo no estoy violando nada, yo estoy asesorada por el Consejo de Estado eso estuviera mal si yo fuera a pagaduría o Tesorería del Senado y exigiera que me dieran la cuota de los sueldos pero como son ustedes mismos ahí no hay ese problema".

Gloria Stella Vargas Forero en la ratificación del testimonio que obra a folio 245 a 247 manifestó:

"PREGUNTADO. Sírvase decirle al despacho lo que le conste acerca de los hechos por los cuales Usted rindió testimonio ante la Procuraduría y lo hace ahora. CONTESTO. Ratifico todo lo que dije en la anterior declaración. PREGUNTANDO. Puede usted hacer una síntesis de esto. CONTESTO. Me llamaron a la Procuraduría y me preguntaron que si yo aportaba algún dinero al Movimiento Unitario Metapolítico dijo que si lo hacía. Dije la cantidad eso es el resumen de mi declaración. PREGUNTADO. Los aportes que usted hizo al Movimiento Metapolítico los hizo voluntariamente. CONTESTO. Tal como lo dije en la declaración me propusieron cuando iba a ser posesionada en el Congreso aportar cierta suma y yo lo acepte. PREGUNTADO. Sírvase decirnos quién le propuso realizar el aporte. CONTESTO. En la reunión de profesionales

donde siempre se hablaba de esas cuotas y la que me solicitó esos aportes fue la Senadora Regina".

Angel Rafael Molano Inocencio, en la ratificación de su testimonio que obra a folios 249 a 252 del expediente dijo:

"PREGUNTADO. Puede usted decirnos que le consta. CONTESTO. Se trata de una ratificación tal como lo manifesté en esa ocasión no tengo más que agregar aparte de lo ya dicho y confirmar que se trata de una cuota del salario que se devengaba en el Congreso de la República como asistente del Dr.. Guillermo Martinezguerra como Representante a la Cámara por el Movimiento Unitario Metapolítico, esa cuota el caso particular mío correspondía a un salario mensual, y como queda expresado esto era dispuesto por el administrador del Centro Unitario Metapolítico y ordenado directamente por su directora del mismo centro Regina Bentacourt de Liska, a eso sería el lapso en el cual se pagaron esas cuotas aproximadamente un año fue el tiempo que tuvo que aportar esa suma de lo cual no recibí ningún recibo".

Los testimonios y demás pruebas que obran en el expediente demuestran también sin lugar a dudas que en varios de los casos puestos en conocimiento de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, los aportes hechos al Movimiento Unitario Metapolítico no eran voluntarios sino que se constituían en una especie de regalía o de participación como requisito necesario e indispensable para poder acceder al cargo público y para poder permanecer en él, contra la expresa prohibición de la norma constitucional.

Estima la Sala que para que se tipifique la conducta proscrita por el constituyente de 1991 en el artículo 110 de la Carta no es ni siquiera necesario demostrar que la coacción ejercida se materialice en actos de violencia física o de amenazas directas y concretas, ya que el término "inducir" implica que basta con que, de alguna manera, se dirija la voluntad del funcionario hacia un fin determinado que, desde luego, lo perjudica en cuanto disminuye sus ingresos y beneficia a quien realiza la inducción o al tercero en favor de quien se realiza el aporte.

Mucho más censurable es este procedimiento denigrante de la persona humana, cuando se trata de acceder a un medio de subsistencia, como es el del empleo y se encuentra la persona frente a la disyuntiva de aceptar una remuneración disminuida por el aporte que debe cotizar a quien prevalido de su autoridad y poder político le brinda por cuenta del Estado una oportunidad, o por el contrario optar por continuar en el desempleo.

Considera la Sala que en estos casos no es de ninguna manera posible hablar de voluntariedad así como no es factible hoy en día hablar de condiciones de libre competencia en la fijación de los niveles de salario cuando se mira el problema desde el punto de vista de los asalariados.

Por su parte, ante el Consejo de Estado la apoderada de la Senadora Regina de Jesús Betancourt de Liska presentó los testimonios de algunas personas tendientes a demostrar la inexistencia de los hechos en que se funda la acusación. Dichos testimonios recepcionados por el Magistrado Sustanciador se observan a folios 275 a 311 y comprende a las siguientes personas: Nilsa Moreno Gutiérrez, Ana Patricia Trujillo García, Alcira Ferro, Héctor Alfonso Bernal Sánchez, Gloria Nancy García, Héctor José Vargas Angulo, Paulina Chaparro Agudo, Elizabeth Fontecha Fajardo y Zoila Barrera de Amorocho. No obstante ellos no logran desvirtuar, ni forman en la Sala convicción contraria a la anteriormente expresada. En efecto se trata de la expresión de la admiración y el afecto que le profesan a la Senadora y de apreciaciones subjetivas acerca de que la estiman incapaz de incurrir en la conducta objeto de la acusación, a más de que quienes ostentan la calidad de funcionarios públicos manifiestan que no hicieron aportes del Movimiento o que si los hicieron fue en forma completamente voluntaria.

Lo anteriormente expuesto, como se ha dicho, permite a la Sala concluir de manera categórica que la señora Senadora Regina de Jesús Betancourt de Liska incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 110 de la Carta Política por haber inducido a personas que desempeñaban funciones públicas a hacer contribuciones al Movimiento Unitario Metapolítico orientado por ella.

En consecuencia, obrando de conformidad con lo previsto en el artículo 184 de la Constitución Política y rituado el proceso de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 144 de 1994, decretará la pérdida de la investidura de la Senadora Regina de Jesús Betancourt de Liska.

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

FALLA:

1o.- NO PROSPERAN las excepciones propuestas.

2o.. DECRETASE la pérdida de la investidura como Senadora de la señora REGINA DE JESUS BETANCOURT DE LISKA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 20.033.725 de Bogotá.

3o..- En firme esta providencia, comuníquese a la Mesa Directiva del Senado de la República, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio de Gobierno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese el expediente.

Amado Gutiérrez Velásquez, presidente; *Guillermo Chahín Lizcano; Miguel González Rodríguez,* Salvó el voto; *Jaime Abella Zárate; Carlos Orjuela Góngora,*

Salvó el voto; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Joaquín Barreto Ruiz; Carlos Betancur Jaramillo; Miren De La Lombana de Magyaroff; Alvaro Lecompte Luna,* Salvó el voto; *Dolly Pedraza de Arenas; Luis Eduardo Jaramillo Mejía; Delio Gómez Leyva; Juan de Dios Montes Hernández,* Salvó el voto; *Libardo Rodríguez Rodríguez; Yesid Rojas Serrano; Consuelo Sarria Olcos; Clara Forero de Castro,* Ausente; *Miguel Viana Patiño; Daniel Suárez Hernández; Julio César Uribe Acosta,* Salvó el voto; *Diego Younes Moreno,* Aclara el voto.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración Jurisprudencial de la sentencia de 1° de octubre de 1993, Expediente: AC-534. Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales/**CONTRIBUCION A MOVIMIENTO POLITICO**-Inexistencia/**NORMA CONSTITUCIONAL**-Desarrollo Legal/ **ARTICULO POSTERIOR/** (Salvamento de Voto).

La necesidad de esperar la expedición de la ley sobre el particular en donde se contemplarán seguramente las excepciones, para que se pueda aplicar la prohibición del artículo 110 de la C.P., con sus sanciones consiguientes; las dudas sobre si el artículo 110 precitado consagra una causal adicional de pérdida de investidura, especialmente si se tienen en cuenta principios como aquel que predica que las nulidades, las inhabilidades, las incompatibilidades, las prohibiciones son restrictivas, que no se pueden aplicar por analogía o por deducción, aun de los jueces, ante la evidencia de que el artículo 183 de la Carta no contempla el hecho como causal de pérdida de la investidura de congresista; la misma circunstancia de ser el indicado artículo 183 una norma posterior y especial para congresistas que no contempla la causal, lo que da paso a la aplicación de otras reglas para dilucidar conflictos entre normas preexistentes, como aquella que manda que cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior (art. 10-2 del C.C. y art. 45 de la Ley 57 de 1887) considero que son argumentos o razones más que suficientes para que la Sala se hubiera abstenido de darle viabilidad a la solicitud, conduciendo a una ciudadana que tiene un considerable caudal electoral, que piensa que es ella la que debe representarla en el Congreso de la República, a su muerte política, por razón de la inhabilidad que determina la decisión del Consejo de Estado para poder volver a ser elegida

legítimamente congresista, concejal, alcalde y eventualmente, cuando se expidan otras reglamentaciones, Gobernador y Diputado.

Salvamento de Voto.- *Consejero Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-1899. Pérdida de investidura de Congresista. Actor: Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa.

Las razones o motivos que me llevaron a disentir, respetuosa y comedidamente, de la decisión acogida por la mayoría de la Sala, son las siguientes, en síntesis:

I. La causal de pérdida de la investidura de congresista de la senadora REGINA BETANCOURT DE LISKA, invocada por la Procuraduría General de la Nación en su solicitud, es el quebrantamiento por parte de la citada Senadora de la prohibición establecida expresamente en el artículo 110 de la Constitución Política que conlleva para quien la desconoce, tratándose de persona que desempeña "funciones públicas", la sanción de "remoción del cargo o de pérdida de investidura".

II. No cabe duda alguna que los congresistas, como miembros de las corporaciones de elección popular, desempeñan funciones públicas relacionadas, especialmente, con el ejercicio de la función legislativa en el país, y que, por ello, forman parte del género "servidores públicos" empleado por la nueva Carta Política en su artículo 123, término o expresión que vino a reemplazar la de "empleado oficial", que sólo comprendía las especies "empleado público" y "trabajador oficial", dejando por fuera a los miembros de las corporaciones públicas.

III. Sin embargo, la duda expresada en la sesión de la Sala en donde se discutió y adoptó el proyecto de sentencia, por algunos de los integrantes de la Sala, entre ellos el suscrito Consejero, sobre si realmente la violación de la prohibición contenida en el artículo 110 de la Constitución, es una causal de pérdida de la investidura de congresista, adicional a las expresamente consagradas en el artículo 183 ib., sobre lo cual no llegó la ponencia acogida a ninguna conclusión, previos los razonamientos jurídicos de rigor, pues sin estudio alguno sobre el particular, simplemente se parte del supuesto de que ese desconocimiento de la prohibición de "hacer" o de "inducir a otros" a que hagan alguna contribución a los partidos, movimientos o candidatos, cuando la conducta es realizada por un senador o un representante, constituye causal de pérdida de la investidura de congresista, me impidieron dar mi voto favorable a la ponencia.

IV. Y las dudas, considero que eran y siguen siendo fundadas. En efecto, no solamente uno de los constituyentes de 1991, el Dr. Carlos Lleras de la Fuente, manifiesta esa duda al expresar que "... Debe destacarse la extensión de la prohibición a los miembros de las corporaciones de elección popular, **lo cual no parece muy lógico"**, sino que, igualmente, plantea la alternativa de que "Este es un aspecto que deberá tener presente el legislador al establecer las excepciones que la misma norma

constitucional prevé". (INTERPRETACION Y GENESIS DE LA CONSTITUCION DE COLOMBIA, pág. 234).

Esa ley, entiendo que aún no se ha dictado por el Congreso y no puede decirse que la ley a que se refiere el artículo 110 de la Carta Política es el artículo 10 del Decreto Ley 2400 de 1968 (Decreto 3074 del mismo año), sobre servicio civil y carrera administrativa, vigente todavía parcialmente después de la expedición de la Ley 27 de 1992, que no lo derogó expresa ni tácitamente, en esa materia o aspecto, por cuanto, de una parte, la disposición contiene una prohibición dirigida a los pagadores o habilitados de todas las dependencias administrativas del Estado, de cualquier orden, salvo autorización escrita del empleado, que, por cierto, no se dice que deba ser voluntaria y no inducida o exigida; no es una prohibición dirigida a los empleados públicos que contribuyan, y, por cuanto de otro lado, no son normas aplicables a los congresistas, ni a los empleados de la rama legislativa del poder público.

V. La necesidad entonces de esperar la expedición de la ley sobre el particular en donde se contemplarán seguramente las excepciones, para que se pueda aplicar la prohibición del artículo 110 de la C.P., con sus sanciones consiguientes; las dudas sobre si el artículo 110 precitado consagra una causal adicional de pérdida de investidura, especialmente si se tienen en cuenta principios como aquel que predica que las nulidades, las inhabilidades, las incompatibilidades, las prohibiciones, son restrictivas, que no se pueden aplicar por analogía o por deducción, aún de los jueces, ante la evidencia de que el artículo 183 de la Carta no contempla el hecho como causal de pérdida de la investidura de congresista; la misma circunstancia de ser el indicado artículo 183 una norma posterior y especial para congresistas que no contempla la causal, lo que da paso a la aplicación de otras reglas para dilucidar conflictos entre normas preexistentes, como aquella que manda que cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior (art. 10-2 del C.C., Art. 45 Ley 57 de 1887), considero que son argumentos o razones más que suficientes para que la Sala se hubiera abstenido de darle viabilidad a la solicitud, conduciendo a una ciudadana que tiene un considerable caudal electoral, que piensa que es ella la que debe representarla en el Congreso de la República, a su muerte política, por razón de la inhabilidad que determina la decisión del Consejo de Estado para poder volver a ser elegida legítimamente congresista, concejal, alcalde, y eventualmente, cuando se expidan otras reglamentaciones, Gobernador y Diputado.

Con la debida atención,

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

legítimamente congresista, concejal, alcalde y eventualmente, cuando se expidan otras reglamentaciones, Gobernador y Diputado.

Salvamento de Voto.- *Consejero Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-1899. Pérdida de investidura de Congresista. Actor: Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa.

Las razones o motivos que me llevaron a disentir, respetuosa y comedidamente, de la decisión acogida por la mayoría de la Sala, son las siguientes, en síntesis:

I. La causal de pérdida de la investidura de congresista de la senadora REGINA BETANCOURT DE LISKA, invocada por la Procuraduría General de la Nación en su solicitud, es el quebrantamiento por parte de la citada Senadora de la prohibición establecida expresamente en el artículo 110 de la Constitución Política que conlleva para quien la desconoce, tratándose de persona que desempeña "funciones públicas", la sanción de "remoción del cargo o de pérdida de investidura".

II. No cabe duda alguna que los congresistas, como miembros de las corporaciones de elección popular, desempeñan funciones públicas relacionadas, especialmente, con el ejercicio de la función legislativa en el país, y que, por ello, forman parte del género "servidores públicos" empleado por la nueva Carta Política en su artículo 123, término o expresión que vino a reemplazar la de "empleado oficial", que sólo comprendía las especies "empleado público" y "trabajador oficial", dejando por fuera a los miembros de las corporaciones públicas.

III. Sin embargo, la duda expresada en la sesión de la Sala en donde se discutió y adoptó el proyecto de sentencia, por algunos de los integrantes de la Sala, entre ellos el suscrito Consejero, sobre si realmente la violación de la prohibición contenida en el artículo 110 de la Constitución, es una causal de pérdida de la investidura de congresista, adicional a las expresamente consagradas en el artículo 183 ib., sobre lo cual no llegó la ponencia acogida a ninguna conclusión, previos los razonamientos jurídicos de rigor, pues sin estudio alguno sobre el particular, simplemente se parte del supuesto de que ese desconocimiento de la prohibición de "hacer" o de "inducir a otros" a que hagan alguna contribución a los partidos, movimientos o candidatos, cuando la conducta es realizada por un senador o un representante, constituye causal de pérdida de la investidura de congresista, me impidieron dar mi voto favorable a la ponencia.

IV. Y las dudas, considero que eran y siguen siendo fundadas. En efecto, no solamente uno de los constituyentes de 1991, el Dr. Carlos Lleras de la Fuente, manifiesta esa duda al expresar que "... Debe destacarse la extensión de la prohibición a los miembros de las corporaciones de elección popular, **lo cual no parece muy lógico"**, sino que, igualmente, plantea la alternativa de que "Este es un aspecto que deberá tener presente el legislador al establecer las excepciones que la misma norma

constitucional prevé". (INTERPRETACION Y GENESIS DE LA CONSTITUCION DE COLOMBIA, pág. 234).

Esa ley, entiendo que aún no se ha dictado por el Congreso y no puede decirse que la ley a que se refiere el artículo 110 de la Carta Política es el artículo 10 del Decreto Ley 2400 de 1968 (Decreto 3074 del mismo año), sobre servicio civil y carrera administrativa, vigente todavía parcialmente después de la expedición de la Ley 27 de 1992, que no lo derogó expresa ni tácitamente, en esa materia o aspecto, por cuanto, de una parte, la disposición contiene una prohibición dirigida a los pagadores o habilitados de todas las dependencias administrativas del Estado, de cualquier orden, salvo autorización escrita del empleado, que, por cierto, no se dice que deba ser voluntaria y no inducida o exigida; no es una prohibición dirigida a los empleados públicos que contribuyan, y, por cuanto de otro lado, no son normas aplicables a los congresistas, ni a los empleados de la rama legislativa del poder público.

V. La necesidad entonces de esperar la expedición de la ley sobre el particular en donde se contemplarán seguramente las excepciones, para que se pueda aplicar la prohibición del artículo 110 de la C.P., con sus sanciones consiguientes; las dudas sobre si el artículo 110 precitado consagra una causal adicional de pérdida de investidura, especialmente si se tienen en cuenta principios como aquel que predica que las nulidades, las inhabilidades, las incompatibilidades, las prohibiciones, son restrictivas, que no se pueden aplicar por analogía o por deducción, aún de los jueces, ante la evidencia de que el artículo 183 de la Carta no contempla el hecho como causal de pérdida de la investidura de congresista; la misma circunstancia de ser el indicado artículo 183 una norma posterior y especial para congresistas que no contempla la causal, lo que da paso a la aplicación de otras reglas para dilucidar conflictos entre normas preexistentes, como aquella que manda que cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior (art. 10-2 del C.C., Art. 45 Ley 57 de 1887), considero que son argumentos o razones más que suficientes para que la Sala se hubiera abstenido de darle viabilidad a la solicitud, conduciendo a una ciudadana que tiene un considerable caudal electoral, que piensa que es ella la que debe representarla en el Congreso de la República, a su muerte política, por razón de la inhabilidad que determina la decisión del Consejo de Estado para poder volver a ser elegida legítimamente congresista, concejal, alcalde, y eventualmente, cuando se expidan otras reglamentaciones, Gobernador y Diputado.

Con la debida atención,

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales/**CONTRIBUCION A MOVIMIENTO POLITICO/PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD**/(Salvamento de Voto).

> **A la congresista acusada en el caso de autos se le endilgó y se le juzgó por algo que se prohibe a los "funcionarios públicos" y que no se encuentra dentro de las causales que se han mencionado". El artículo 110 de la C. N., establece una causal más para pérdida de investidura de los congresistas. Las causales, como se ha visto son únicamente las indicadas de manera taxativa y no es hermenéuticamente posible que el juzgador traslade disposiciones que están en otro lugar de la Carta para agregarlas a otras, máxime cuando las normas de la misma son de interpretación restrictiva y cuando las normas de derecho penal también lo son. Y sea pertinente recordar que no sólo los congresistas tienen investidura.**

Salvamento de Voto del Magistrado Alvaro Lecompte Luna.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. AC-1899. Actor: Doctor Carlos Antonio Espinosa Pérez, Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa. ASUNTOS CONSTITUCIONALES- (Solicitud de pérdida de la investidura de Congresista de la Senadora Regina de Jesús Betancourt de Liska)

Con el máximo respeto hacia la ilustrada mayoría de la Sala, el suscrito expone seguidamente los motivos que lo han llevado a apartarse de la tesis central y de la decisión contenidas en el fallo que decretó la pérdida de la investidura de la congresista acusada por haber incurrido en la prohibición contenida en el art. 110 de la Carta.

1.- La figura jurídica mediante la cual es posible despojar de su investidura a un congresista, cuyo decreto confirió la Constitución de 1991 al Consejo de Estado (arts. 184 y 237-5), participa de los principios básicos del derecho disciplinario, del derecho penal y del derecho político y bajo esa triple perspectiva deben medirse y orientarse sus alcances, desarrollos y fines.

2.- Desde esos ángulos han de analizarse las situaciones, las conductas, los comportamientos atribuídos al servidor público que desde el alto sitial de senador o de representante, tiene a su cargo la eminente labor de "hacer las leyes" y de ejercer sus obligaciones, propias de su investidura, dentro de un marco de diafanidad y transparencia, como ahora se suele decir, que va inclusive hacia comportamientos de índole personal e individual.

3.- Mediante los arts. 179 y 180, la Constitución estableció una serie de inhabilidades e incompatibilidades y un severo régimen de conflicto de intereses. Además, en el art. 183 señaló las cinco causales que pueden significar, si así brota de un riguroso examen de las pruebas allegadas, el decreto de la pérdida de la investidura. Por lo tanto, en criterio del suscrito, no es posible agregar conductas antijurídicas por fuera de esas causales, es decir, "por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses", "por inasistencia, en mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en la que se voten proyectos de acto legislativo, de ley, o mociones de censura", "por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras, o a la fecha en que fueren llamados o posesionarse", "por indebida destinación de dineros públicos" o "por tráfico de influencias debidamente comprobado".

4.- A la congresista acusada en el caso de autos se le endilgó y se le juzgó por algo que se prohibe a los "funcionarios públicos que no se encuentra dentro de las causales que se han mencionado. Dice así la norma del art. 110 de la Carta:

> "Se prohibe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura".

5.- A ojos del suscrito, esa norma no establece una causal más para pérdida de la investidura de los congresistas. Las causales, como se ha visto son únicamente las indicadas de manera taxativa y no es hermenéuticamente posible que el juzgador traslade disposiciones que están en otro lugar de la Carta para agregarlas a otras, máxime cuando las normas de la misma son de interpretación restrictiva y cuando las normas de derecho penal también lo son. Y sea pertinente recordar que no sólo los congresistas tienen investidura.

Por otra parte, el suscrito hace suyas, con su venia, las palabras del señor Magistrado González Rodríguez en su salvamento de voto y, por lo tanto, en aras a la brevedad y a la rapidez que exige esta clase de asuntos, a ellas se remite.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna.

Fecha: 23 de agosto de 1994.-

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales/**CONTRIBUCION A MOVIMIENTOS POLITICOS**-Inexistencia/**PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD/ FUNCION PUBLICA/NORMA CONSTITUCIONAL**-Desarrollo Legal/ (Salvamento de Voto).

La norma en comento dice, en su parte inicial, que le está prohibido a quienes desempeñan funciones públicas "hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley". Y a primera vista me parece casi elemental que los dirigentes de los partidos o movimientos políticos y los candidatos a las corporaciones públicas, son los primeros interesados en hacer - si tienen con qué - o en conseguir contribuciones para financiar las campañas y actividades del respectivo grupo al cual pertenecen. Otra cosa es que cuando las obtengan de terceros, pudiesen emplear métodos coercitivos o faltos de ética; sinembargo, en este caso pienso que entrarían en juego las normas disciplinarias o penales que regulen la materia. En últimas, esta temática debe ser desarrollada y reglamentada por la ley, y en la medida en que persistan las dudas planteadas considero que no puede aplicarse la norma para despojar de su investidura a los Congresistas.

Salvamento de voto.- Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto treinta (30) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. AC-1899. Actor: Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa. (Solicitud de pérdida de investidura de la Congresista Regina Betancourt de Liska).

Con el respeto de siempre por las decisiones mayoritarias de la Sala, me permito consignar las razones de mi disentimiento, así:

1.- Estimo que las causales de pérdida de investidura de los Congresistas están taxativamente contempladas en el Título VI, Capítulo 6, "De los Congresistas", de la Carta Política de 1991.

2.- Por tal razón, considero que el artículo 110 de dicho estatuto no le es aplicable a los Congresistas, y antes bien, creo que por su redacción los excluye, particularmente a quienes tienen la calidad de dirigentes de los partidos o movimientos políticos, o son candidatos a las corporaciones públicas.

3.- En efecto, la norma en comento dice, en su parte inicial, que le está prohibido a quienes desempeñan funciones públicas **"hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley".** Y a primera vista me parece casi elemental que los dirigentes de los partidos o movimientos políticos y los candidatos a las corporaciones públicas, son los primeros interesados en hacer - si tienen con qué -, o en conseguir contribuciones para financiar las campañas y actividades del respectivo grupo al cual pertenecen. Otra cosa es que cuando las obtengan de terceros pudiesen emplear métodos coercitivos o faltos de ética; sin embargo, en este caso pienso que entrarían en juego las normas disciplinarias o penales que regulen la materia. En últimas, esta temática debe ser desarrollada y reglamentada por la ley, y en la medida en que persistan las dudas planteadas considero que no puede aplicarse la norma para despojar de su investidura a los Congresistas.

4.- Ahora bien, como buena parte de las pruebas invocadas contra la señora Betancourt de Liska son los testimonios de antiguos miembros de su movimiento políticos, expulsados del mismo creo que sus dichos no tienen la imparcialidad y serenidad de ánimo indispensables para tenerlos como cabalmente demostrativos de los hechos que se le imputan a la Senadora; a lo sumo tendrían el carácter de indicios, pero no de plena prueba.

Por todo lo anterior, entonces, considero que no debió decretarse la pérdida de investidura de la señora Regina de Jesús Betancourt de Liska.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

EXP. AC-1899.- ASUNTOS CONSTITUCIONALES.- ACTOR: PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO PARA LA VIGILANCIA ADMINISTRATIVA (Solicitud de pérdida de investidura de la señora Regina B. de Liska).-

CONTRIBUCION A MOVIMIENTOS POLITICOS /(Aclaración de Voto).

La regulación de las contribuciones espontáneas y libres, a las campañas o partidos políticos, está autorizadas por el Decreto 2400 de 1968 pero con las adiciones que le hizo el Decreto Extraordinario 3074 del mismo año, que dispuso que "Queda prohibido a los pagadores y habilitados de todas las dependencias administrativas nacionales, departamentales y municipales y de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, hacer descuento o retenciones de sueldos o salarios con destino a los fondos de partidos políticos o para cualquier finalidad de carácter partidista, salvo que medie autorización libre y estricta del empleado.

Aclaración de Voto: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. AC-1899. Actor: Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa. Asuntos Constitucionales.

Me permito aclarar el voto para expresar que la regulación de las contribuciones espontáneas y libres, a las campañas o partidos políticos, están autorizadas por el Decreto 2400 de 1968 pero con las adiciones que le hizo el Decreto Extraordinario 3074 del mismo año, que dispuso que "Queda prohibido a los pagadores y habilitados de todas las dependencias administrativas nacionales, departamentales y municipales de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, hacer descuentos o retenciones de sueldos o salarios con destino a los fondos de los partidos políticos o para cualquier finalidad de carácter partidista, **salvo que medie la autorización libre y escrita del empleado".**

Considero que esta disposición está vigente mientras no sea derogada por otra norma o declarada inexequible por la Corte Constitucional. De todas maneras, es clara la ilegalidad de las contribuciones, cuando no son libres de parte de quien quiera contribuir.

Atentamente,

Diego Younes Moreno.

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

No obstante que la Ley 144 de 1994, al regular el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas estatuye en su artículo 1o. como en su parágrafo que la competencia le corresponde al Consejo de Estado en pleno, esto es, a la reunión de las dos Salas que lo conforman: La de lo Contencioso Administrativo y la de Consulta y Servicio Civil, cabe tener en cuenta que la Corte Constitucional al declarar inexequibles los artículos 297 y 298 de la Ley 5a. de 1992, que consagraban idéntica preceptiva, precisó: que la declaratoria de pérdida de la investidura entraña una función típicamente jurisdiccional; que dentro de las atribuciones que atañen al Consejo de Estado en pleno nunca han estado las referentes a materias que tengan que ver con dicha función; y que si la decisión es producto de una actuación jurisdiccional, no hay duda que esta función sólo corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Con fundamento en lo antes expuesto en el artículo 4o. de la Carta Política la Sala habrá de inaplicar la expresión: "en pleno" del artículo 1o. y la totalidad de su parágrafo de la Ley 144 de 1994, y así lo dispondrá en la parte resolutiva de esta sentencia, ante la ostensible violación del artículo 236 del Estatuto Superior por parte de dichos preceptos legales.

EXCEPCION DE FONDO.

Si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como

acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho Derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por el demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consistía simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos modificativos, o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la Ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la corte ha considerado que la excepción "representa un verdadero contra derecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción".

PERDIDA DE LA INVESTIDURA / CONFLICTO DE INTERESES-Inexistencia/ **LEY ESTATUTARIA/LIBERTAD DE CULTO/LIBERTAD RELIGIOSA.**

Del contenido de la Ley Estatutaria antes enunciado no se vislumbra regulación alguna que se pueda pregonar en favor de determinada iglesia o confesión religiosa, de los ministros o pastores de éstas, así como de sus creyentes. Por el contrario, se trata del desarrollo de manera general, impersonal y abstracta del derecho constitucional fundamental de libertad religiosa y de cultos, previstos en el artículo 19 de la Constitución Política, que por mandato del artículo 152 literal a) de la misma le corresponde al Congreso de la República y que es predicable de todas las personas consideradas como seres humanos. La congresista no incurrió en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses ya que el interés, por razón de la investidura que ostentaba, que podía tener en la iniciativa, trámite y aprobación del proyecto de ley estatutaria se confunde con el que le asiste a todas las personas sin discriminación alguna respecto de regulación de los derechos constitucionales fundamentales, de tal manera que el beneficio que se pueda derivar de ésta es de carácter general, impersonal y abstracto, razón por la cual debe denegarse la solicitud de pérdida de su investidura impetrada por la actora.

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

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. AC-1675; Proceso: Pérdida de Investidura de Congresista. Actora: Aura Nancy Pedraza Piragauta.

La ciudadana **AURA NANCY PEDRAZA PIRAGAUTA**, en escrito presentado ante la Secretaría General de esta Corporación el 18 de abril del presente año, solicita al Consejo de Estado se decrete la pérdida de investidura de la congresista **VIVIANE MORALES HOYOS** por violación del régimen de conflicto de intereses, previsto en

el ordinal 1o. del artículo 183 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 286 y s.s. de la Ley 5a. de 1992.

I-. CAUSA *PETENDI*

En apoyo de su solicitud la actora adujo, en síntesis, lo siguiente:

1o): Dentro del conflicto de intereses se halla la Representante a la Cámara doctora Viviane Morales Hoyos, por ser autora de la ley de "Libertad Religiosa y de Cultos", como miembro que es del Partido Cristiano, o sea, protestante, y esposa del Reverendo Luis Alfonso Gutiérrez, alto Directivo de la entidad conocida con el nombre de "Iglesia de Dios en Colombia", a la cual le fue reconocida personería jurídica mediante Resolución No. 1635 de 15 de abril de 1964, expedida por el Ministerio de Justicia.

2o): La mencionada Representante presentó el referido proyecto de ley, tomó parte de los debates, conformó la Comisión Accidental y no se declaró impedida durante el trámite de dicho proyecto, a pesar del beneficio que recibían: ella como miembro del Movimiento Unión Cristiana; la "Iglesia de Dios en Colombia", entidad de la cual era directivo su esposo; y éste como Pastor de la misma.

II-. TRAMITE DE LA SOLICITUD.

II.1-. Conforme a criterio adoptado reiteradamente por la Sala en los procesos de pérdida de investidura de congresistas, a la solicitud se le imprimió inicialmente el trámite del procedimiento ordinario contencioso administrativo, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista y probatoria.

Entrada en vigencia la Ley 144 el 19 de julio de 1994, que regula el procedimiento especial de pérdida de la investidura de los congresistas, y para ajustarse a sus previsiones, y en particular a su artículo 10, se procedió mediante auto de 28 del mismo mes y año a señalar fecha y la hora para la celebración de la audiencia pública, la cual se surtió a las 3.00 p.m. del día 9 del mes en curso.

II.2-. INTERVENCION DE LA DEMANDA.

La representante a la cámara Viviane Morales Hoyos, a través de apoderado, en escrito presentado el último día de la etapa de fijación de lista contestó la solicitud y para oponerse a las pretensiones de la misma arguyó, principalmente, lo siguiente:

A): EXCEPCIONES.

Planteó las siguientes:

1a): **INEXISTENCIA DE LOS HECHOS INVOCADOS COMO VIOLATORIOS DEL REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES.**

Es inexacta la afirmación de la actora en cuanto a que hay una ley de "Libertad Religiosa y de Cultos" ya que ni al momento de la presentación de la solicitud ni a la fecha de la contestación de la misma existe ley sobre la materia. Se supone que se refiere al proyecto de ley estatutaria presentado por la demandada a consideración del Congreso. Sin embargo estos dos hechos no los prueba aquélla.

Los hechos invocados como violatorios del régimen del conflicto de intereses son inexistentes pues la sola lectura del contenido del proyecto de ley estatutaria No. 1 de 1992 "Por el cual se desarrolla el derecho de la libertad Religiosa y de Cultos", publicado en la Gaceta del Congreso No. 7 de 28 de julio de 1992, permite observar que éste no beneficia en forma directa a una iglesia o confesión en particular, pues está inspirado en el enunciado del inciso final del artículo 19 de la Constitución Política, que trata sobre la igualdad de todas las iglesias y confesiones religiosas. No podría ser de otra manera la regulación legislativa de derechos fundamentales que por naturaleza se predican de todas las personas sin distinciones ni discriminaciones de índole alguna.

Al hablar el proyecto de ley sobre libertad e igualdad religiosa lo hace con respecto a todas las iglesias y confesiones que funcionan en el país y no en forma directa, específica y concreta a la Iglesia Evangélica. Pero no sólo se refiere a las iglesias sino también a las personas que las conforman, a los creyentes, seguidores, fieles, o como quiera llamárseles. Las regulaciones del proyecto impide que se hagan inane el artículo 19 de la Carta Política, al mismo tiempo que posibilitan uno de los fines esenciales del Estado consagrado en el artículo 2o. de la misma Carta, como es el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

2a): **INEXISTENCIA DE VIOLACION DEL REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES CONSAGRADO EN EL NUMERAL 1o. DEL ARTICULO 183 DE LA CONSTITUCION POLITICA.**

La demandada participó en los debates y votó su iniciativa porque a conciencia, al tenor de las disposiciones legales vigentes y según el contenido del proyecto de ley no existe ningún hecho, circunstancia o motivo constitutivo de la causal de conflicto de intereses.

Del contenido del proyecto de ley estatutaria No. 1 de 1992 sobre Libertad Religiosa no aparece disposición alguna que en forma particular y concreta beneficie a determinada iglesia, confesión o persona en forma exclusiva, con lo cual se descarta que aproveche directamente a la congresista y a las personas que cita el artículo 286 de la Ley 5a. de 1992.

B): SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO.

Adujo, esencialmente, lo siguiente:

1o): La demandada fue elegida el 27 de octubre de 1991 como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Bogotá en una lista a nombre del Movimiento Unión Cristiana, para el período que finalizó el 19 de julio de 1994.

2o): La demandada es protestante, pues profesa la religión cristiana evangélica, creencia religiosa que pertenece a su fuero interno y ejercita libremente .

3o): El señor Luis Alfonso Gutiérrez es esposo de la demandada y ostenta el cargo de Supervisor Nacional de la "Iglesia de Dios en Colombia", que es una de las denominaciones evangélicas que existen en el país.

4o): La demandada presentó el 20 de julio de 1992 a la consideración del Congreso de la República el proyecto de ley estatutaria No. 1 de 1992 -Cámara-, que desarrolla el derecho fundamental de libertad religiosa y de cultos, y participó de manera efectiva en el trámite del mismo ilustrando a la Cámara de Representantes y al Senado de la República sobre su contenido y alcance.

5o): La demandada no se declaró impedida en el trámite del referido proyecto de ley porque en todo su articulado no existe disposición alguna que en forma directa y discriminatoria la beneficie personalmente o a su cónyuge, como tampoco creó beneficios para ninguna iglesia o confesión en particular.

II.3-. AUDIENCIA PUBLICA.

En su desarrollo intervinieron y dejaron resumen escrito de lo alegado en ella la actora, la Agente del Ministerio Público, la demandada y su apoderado.

II.3.1-. La actora manifestó que se encuentra probado en el proceso: que la congresista demanda fue la autora del proyecto de ley de libertad religiosa, tomó parte activa en la discusión del mismo y formó parte de la Comisión Accidental que aprobó la redacción final del texto de dicha ley; que está casada con el Reverendo Luis Alfonso Gutiérrez, quien es el representante legal de la " Iglesia de Dios en Colombia"; que dentro del texto de la ley se establecieron beneficios como la celebración de matrimonios, disolución de los mismos para las iglesias y pastores, así como para las asociaciones de ministros; y que la demandada ha debido declararse impedida por cuanto la ley trataba sobre actividades o asuntos que realiza su esposo.

II.3.2-. La Procuradora Sexta Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación, en su calidad de Agente del Ministerio Público, solicitó la denegatoria de las pretensiones de la solicitud habida cuenta que la conducta de la Representante a la Cámara se ajustó a la Constitución y a la Ley y no incurrió en la causal de violación al régimen de conflicto de intereses porque el texto final de la Ley 133 de 1994, de cuyo proyecto fue autora, no se deriva un beneficio particular para su cónyuge como representante legal de la "Iglesia de Dios en Colombia", y por cuanto al desarrollarse el artículo 19 de la Constitución Política mediante dicha ley se busca hacer efectivos los

derechos fundamentales de la libertad de cultos y de la igualdad ante la ley de todas las iglesias y confesiones religiosas.

II.3.3-. La congresista VIVIANE MORALES HOYOS y su apoderado, por su parte, reiteraron lo expuesto en el escrito de la contestación de la demanda en el sentido de que al haber presentado ella el proyecto de ley sobre el derecho de libertad religiosa y de cultos y participado en su trámite no incurrió en la causal de conflicto de intereses ya que dicha ley estatutaria no hace cosa distinta que desarrollar de manera abstracta e impersonal los derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución Política.

III-. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

III.1-. COMPETENCIA.

No obstante que la Ley 144 de 1994, al regular el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas estatuye en su artículo 1o. como en su parágrafo que la competencia le corresponde al Consejo de Estado en pleno, esto es, a la reunión de las dos Salas que lo conforman: la de lo Contencioso Administrativo y la de Consulta y Servicio Civil, cabe tener en cuenta que la Corte Constitucional al declarar inexequibles los artículos 297 y 298 de la Ley 5a. de 1992, que consagraban idéntica preceptiva, precisó : que la declaratoria de pérdida de la investidura entraña una función típicamente jurisdiccional; que dentro de las atribuciones que atañen al Consejo de Estado en pleno, nunca han estado las referentes materias que tengan que ver con dicha función; y que si la decisión es producto de una actuación jurisdiccional, no hay duda que esa función sólo corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Además, la Sala estima que, a la luz de lo preceptuado en el artículo 236 de la Carta Política, la razón de ser de la división del Consejo de Estado en Salas y Secciones es para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y las leyes, y para el cumplimiento de las referidas funciones jurisdiccionales las ha reservado la ley: el Código Contencioso Administrativo, a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y las cinco secciones que la conforman.

Con fundamento en lo antes expuesto y en el artículo 4o. de la Carta Política la Sala habrá de inaplicar la expresión "en pleno" del artículo 1o. y la totalidad de su parágrafo de la Ley 144 de 1994, y así lo dispondrá en la parte resolutiva de esta sentencia, ante la ostensible violación del artículo 236 del Estatuto Superior por parte de dichos preceptos legales.

III.2-. LAS EXCEPCIONES.

En lo tocante a las dos excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede

englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho Derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por el demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción "representa un verdadero contra derecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su yez, como acción".

Deben, en consecuencia, declararse no probadas las excepciones propuestas.

III.3-. EL FONDO DEL ASUNTO.

El cargo que se formula en la solicitud es el de que la Representante a la Cámara VIVIANE MORALES HOYOS es merecedora de la pérdida de su investidura de congresista por haber incurrido en la causal contemplada en el artículo 183 numeral 1o. de la Constitución Política por violación del régimen de conflicto de intereses, el cual se hace descansar en que fue la autora del proyecto de ley estatutaria No. 1 de 1992.-Cámara de Representantes "sobre la libertad religiosa", participó en los debates del mismo, conformó la Comisión Accidental de la Cámara de Representantes y no se declaró impedida durante su trámite a pesar del beneficio que recibían: ella como miembro del Movimiento Unión Cristiana; la entidad denominada "Iglesia de Dios en Colombia"; y su esposo el Reverendo Luis Alfonso Gutiérrez, representante legal en calidad de Supervisor Nacional de la citada iglesia.

Para demostrar dicha censura aparece acreditado en el proceso lo siguiente:

a): Que la doctora VIVIANE MORALES HOYOS fue elegida representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Santafé de Bogotá D.C., en representación del Movimiento Unión Cristiana, en las elecciones del 27 de octubre de 1991, para el período constitucional comprendido entre el 1o. de diciembre de 1991 y el 19 de julio de 1994, conforme a certificación expedida por la Directora Nacional Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil (folio 119 cuaderno No. 2).

b): Que el Reverendo Luis Alfonso Gutiérrez, en calidad de Supervisor Nacional, es el representante legal de la Corporación "Iglesia de Dios en Colombia", entidad sin ánimo de lucro, con personería jurídica reconocida mediante resolución No. 1635 de 15 de abril de 1964, del Ministerio de Justicia, según certificación expedida por el Jefe de la División Personas Jurídicas de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá D.C. (folios 94 y 95 cuaderno No. 3).

c): Que Luis Alfonso Gutiérrez contrajo matrimonio con VIVIANE MORALES HOYOS, según da cuenta el certificado del registro civil de matrimonio expedido por la Notaría Primera de Bogotá (folio 102 cuaderno No.1).

d): Que la representante a la Cámara VIVIANE MORALES HOYOS, fue la autora del proyecto de ley estatutario No. 1 de 1992 Cámara de Representantes sobre la libertad religiosa, participó en los debates del mismo y conformó la Comisión Accidental de la Cámara de Representantes, según dan cuenta las gacetas del congreso Nos: 7 de 28 de julio de 1992 , 125 de 26 de octubre de 1992, 150 de 10 de noviembre de 1992 y 406 de 22 de noviembre de 1993 (folios 21 a 28 del cuaderno No. 1 y 65 a 92 del cuaderno No. 3).

e): Que al proyecto de ley estatutaria en referencia le correspondió en su trámite en el Senado de la República el No. 209, donde se le dieron los debates respectivos, conforme consta en las Gacetas del Congreso Nos. 53 de 26 de marzo de 1993, 126 de 12 de mayo de 1993, 201 de 15 de junio de 1993, 213 de 18 de junio de 1993 y 217 de 19 de junio de 1993 (folios 2 a 61 del cuaderno No. 3).

f): Que el mencionado proyecto de ley estatutaria se convirtió en la Ley 133 de 23 de mayo de 1994 "Por la cual se desarrolla el derecho de libertad religiosa y de cultos reconocido en el artículo 19 de la Constitución Política", previa revisión de la Corte Constitucional en sentencia No. C-088/94 de 3 de marzo de 1994 (folios 59 a 66 del cuaderno No. 1 y 2 a 113 del cuaderno No. 2).

En orden a decidir, la Sala observa lo siguiente:

1-. El artículo 183 numeral 1o. de la Carta Política consagra como causal de pérdida de la investidura de los congresistas la violación del régimen de conflicto de intereses.

El artículo 182 *ibídem* establece que los congresistas deben 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 y defiere a la ley la determinación de lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones.

2-. La ley 5a. de 1992, que contiene las normas reguladoras sobre reuniones y funcionamiento del Congreso de la República en pleno y de la Cámaras que lo integran, que entró en vigencia el 18 de junio de 1992, en su Sección IV (artículos 286 a 295), reglamentó lo relativo al conflicto de intereses y estatuyó en su artículo 286 que todo congresista, cuando existe 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.

3-. La causal antes mencionada implica la transgresión del deber que el artículo 133 de la Constitución Política impone a los miembros de los cuerpos colegiados de elección popular de actuar en cumplimiento de sus funciones consultando la justicia y el bien común.

4-. Para establecer si se configuró el conflicto de intereses a que alude la actora se hace necesario analizar el contenido y alcance de la Ley Estatutaria No. 133 de 23 de mayo de 1994.

Para ello, la Sala precisa lo siguiente:

a): En el texto de la Ley Estatutaria en mención se regula principalmente lo siguiente: la obligación del Estado de garantizar el derecho de libertad religiosa y de cultos; el carácter no oficial o estatal de las iglesias o confesiones religiosas; la protección del Poder Público a las personas en sus creencias, así como a las iglesias y confesiones religiosas; la libertad e igualdad ante la ley de las iglesias y creencias religiosas (Capítulo I, artículos 1o. a 5o.); el ámbito de la libertad religiosa y de cultos, que comprende: los derechos de profesar las creencias religiosas o no profesar ninguna, cambiar de confesión, manifestar libremente su religión, practicar en privado o en público actos de oración o de culto, recibir sepultura digna observando los preceptos y ritos religiosos del difunto, contraer y celebrar matrimonio y establecer una familia conforme a su religión, recibir e impartir enseñanza o información religiosa, elegir la educación religiosa y no ser impedido por motivos religiosos para acceder y desempeñar cargos civiles o funciones públicas; el derecho de las iglesias o confesiones religiosas: de establecer lugares de culto, ejercer libremente su propio ministerio, conferir órdenes religiosas, designar para los cargos pastorales, establecer su propia jerarquía, designar los correspondientes ministros, tener y dirigir autónomamente sus propios institutos de formación y estudios teológicos, escribir, publicar y usar los libros sobre cuestiones religiosas; la autorización a los Concejos Municipales para conceder exenciones tributarias (Capítulo II , Arts. 6o. a 8o.); la facultad al Ministerio de Gobierno para reconocer personerías jurídicas a las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, fundaciones y sus confederaciones, y asociaciones de ministros y para llevar un registro público de entidades religiosas (Capítulo III, artículo 9o. a 12); el reconocimiento de autonomía y libertad de las iglesias y confesiones religiosas para establecer sus propias normas de organización, régimen interno y disposiciones para sus miembros; el reconocimiento de la competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos para decidir sobre la validez de los actos o ceremonias religiosas relativas al estado civil de las personas; los derechos de las iglesias y confesiones religiosas de crear y fomentar fundaciones o instituciones, para adquirir, enajenar y administrar libremente sus bienes, de solicitar y recibir donaciones de personas naturales o jurídicas o colectas entre sus fieles para el culto (Capítulo IV, artículos 13 a 16).

b): Del contenido de la ley estatutaria antes enunciado no se vislumbra regulación alguna que se pueda pregonar en favor de determinada iglesia o confesión religiosa, de los ministros o pastores de éstas, así como de sus creyentes. Por el contrario, se trata del desarrollo de manera general, impersonal y abstracta del derecho constitucional fundamental de libertad religiosa y de cultos, previsto en el artículo 19 de la Constitución Política, que por mandato del artículo 152 literal a) de la misma le corresponde al Congreso de la República y que es predicable de todas las personas consideradas como seres humanos.

c): Torna más evidente el carácter general de la ley en mención el hecho de que a través de sus previsiones se da cumplimiento a los principios fundamentales consagrados en la Carta Política, tales como: que Colombia está organizada en forma de República participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana (artículo 1o.); que dentro de los fines esenciales del Estado están los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y que las autoridades están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus creencias, derechos y libertades (artículo 2o.); y que todas las personas son libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de religión (artículo 13).

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a concluir que la Congresista VIVIANE MORALES HOYOS no incurrió en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses ya que el interés, por razón de la investidura que ostentaba, que podía tener en la iniciativa, trámite y aprobación del proyecto de ley estatutaria se confunde con el que le asiste a todas las personas sin discriminación alguna respecto de la regulación de los derechos constitucionales fundamentales, de tal manera que el beneficio que se pueda derivar de ésta es de carácter general, impersonal y abstracto, razón por la cual debe denegarse la solicitud de pérdida de su investidura impetrada por la actora.

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

FALLA:

1o): **INAPLICASE** la expresión "en pleno" contenida en el artículo 1o. y la totalidad del parágrafo del mismo, de la Ley 144 de 1994.

2o): **DECLARANSE NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la demandada.

3o): **DENIEGASE** la solicitud de pérdida de la investidura de la Congresista **VIVIANE MORALES HOYOS.**

4o): **COMUNIQUESE** a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, al señor Presidente del Consejo Nacional Electoral y al señor Ministro de Gobierno, para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 22 de agosto 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, Miren De La Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna* (ausente), *Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta* (aclaración de voto), *Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno.*

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 aceptada por la doctrina extranjera, y encuentra 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.

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

Referencia: Expediente No. AC-1675. Actor: Aura Nancy Pedraza Piragauta. PERDIDA DE INVESTIDURA DEL DRA. VIVIANE MORALES HOYOS.

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 Drs. 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 implícitos 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,** atentan 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 sí mismo.
>
> "7. Por esto, no es absurdo plantear la inconstitucionalidad de una disposición constitucional frente a los postulados del preámbulo, **ya que él forma parte de la Constitución, tiene fuerza directiva sobre el texto constitucional y expresa los fines para cuya realización es simple herramientas la Constitución...".** (Subrayas 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 cláusulas 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 síntesis 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" (art. 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, en 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 integra 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 hermenéutico 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 y 52 incluídos 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. (art. 53.3).

"3) Cláusulas generales. Un numeroso grupo de derechos fundamentales acogidos en el articulado 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 puede 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 (art. 14) o la prohibición de los tribunales de honor (art. 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 y 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 preceptúa 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 Presidente 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 podrán presentar todas las pruebas requeridas para la defensa, o controvertir las que se alleguen por los interesados?. Acaso no se enseña en la doctrina 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 Constitución de 1991. Dr. 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 NACION** 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 particulares?** 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 tipo de relación que se ha venido instaurando en la mayor parte de los Estados democráticos europeos dentro de 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 sistema social que ha sido llamado, con razón o sin ella, neocorporativo. Tal sistema se caracteriza 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 se 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 sí, 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 - página 32).

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

> "Nunca aprenderán 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 como 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 ($500.000.00), 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 PERJUICIOS SUBLIMINALES.

Preocupa que en los procesos orientados a que se decrete la pérdida de 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 puede cometer muchas injusticias. Esta verdad jurídica lleva al jurista Karl Larez, 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 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 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 su 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 propias, las palabras del citado maestro y filósofo, La Sala se resiste a contribuir, en casos como 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 Janes, páginas 15 y ss..).

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta.

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

La competencia para decidir respecto de solicitudes de pérdida de investidura de congresistas le corresponde a la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado. Así lo ha sostenido la Corporación en vigencia de la Ley 5a. de 1992, la cual en su artículo 297 y 298 regulaban la materia. Los anteriores razonamientos dados por la Corte Constitucional en el fallo de 1° de julio de 199 son válidos a juicio de la Sala para aplicar la excepción de inconstitucionalidad al artículo 1o. de la Ley 144 de 1994, que se refirió a la competencia del Consejo de Estado en pleno, toda vez que como lo dijo la Corte Constitucional en el fallo citado la competencia para resolver sobre solicitudes de pérdida de investidura corresponde a la Sala Plena Contenciosa de la Corporación.

NORMA CONSTITUCIONAL/ PROHIBICION CONSTITUCIONAL- Sujetos Pasivos/ **FUNCIONES PUBLICAS-** Ejercicio/**SERVIDORES PUBLICOS-** Contribuyentes/ **CONGRESISTAS/ CORPORACIONES PUBLICAS -** Miembros/ **CONTRIBUCION/ APORTES/PARTIDO O MOVIMIENTO POLITICO-** Beneficiarios/**CANDIDATO POLITICO/ PROHIBICION INCONSTITUCIONAL-** Incumplimiento/ **SANCION/ REMOCION DEL CARGO/ PERDIDA DE LA INVESTIDURA/LEGISLADOR/ PROHIBICION CONSTITUCIONAL-** Excepciones Legales.

Es precisa la norma (se refiere al art. 110 de la C.P.) al establecer una expresa prohibición para quienes desempeñen funciones públicas, de hacer contribu-

ciones a los partidos o movimientos políticos o a los candidatos, o inducir a otros a que lo hagan so pena de hacerse acreedores a la sanción de remoción del cargo o de pérdida de la investidura. La norma prevé la posibilidad de que la ley establezca excepciones a la prohibición. Los sujetos pasivos de la prohibición están determinados por los términos" quienes ejerzan funciones públicas" y ejercen funciones públicas no solamente los servidores de la rama ejecutiva del poder público, sino también los miembros del Congreso Nacional, tal como lo determina claramente el artículo 123 de la Constitución Nacional. Es claro entonces, que la prohibición a que se hace referencia cobija a los congresistas, en cuanto como miembros de corporaciones públicas, ejercen funciones públicas. La conducta prohibida es la de hacer contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que consagra la ley.

PROHIBICION CONSTITUCIONAL- Excepción/**APORTES DINERARIOS/ DESCUENTOS VOLUNTARIOS/ SERVIDORES PUBLICOS**-Contribuyentes/ **PARTIDOS O MOVIMIENTOS POLITICOS**- Beneficiarios/**CANDIDATO POLITICO**-Beneficiario/**PROHIBICION CONSTITUCIONAL**-Violación/**REMOCION DEL CARGO/ PERDIDA DE LA INVESTIDURA.**

De conformidad con la ley 27 de 1992, art. 30, el Decreto 200 de 1968, art. 10; Decreto 3074 de 1968 art. 1o.; y la ley 130 de 199, art. 1, es claro para la Sala que la prohibición de hacer aportes y de retener o descontar sumas de dinero con destino a los partidos políticos, a los movimientos políticos y aún a los candidatos tiene como excepción, por expreso mandato legal, posterior a la expedición de la Constitución de 1991, los que se hagan voluntariamente en el caso de los aportes y previa autorización libre y expresa en el caso de los descuentos y retenciones. La violación de la prohibición constituye causal de remoción del cargo o pérdida de la investidura, según el mismo artículo 110 comentado.

INVESTIDURA- Definición/**CORPORACIONES PUBLICAS DE ELECCION POPULAR**-Miembros/**SERVIDORES PUBLICOS**-Clasificación

Por investidura se entiende, según el Diccionario de la Lengua Española, el "carácter que se adquiere con la toma de posesión de ciertos cargos o dignidades", es decir que se trata de un concepto de carácter genérico que bien puede estar referido a cargos o dignidades. Si bien, no existe, desde el punto de vista jurídico, una definición sobre el concepto de investidura, es la misma Constitución Nacional a la que al referirse a ciertos servidores públicos, miembros de corporaciones públicas de elección popular, ha utilizado dicho término para mencionar su dignidad, título o cargo.

NORMA CONSTITUCIONAL/ PROHIBICION CONSTITUCIONAL/ FUNCIONARIOS PUBLICOS- Clasificación **/SERVIDORES PUBLICOS/**Clases/ **PERDIDA DE LA INVESTIDURA-** Sujeto Pasivo/**CORPORACIONES PUBLICAS DE ELECCION POPULAR-** Miembros/**PERDIDA DE INVESTIDURA-** Causal **/CONGRESISTAS.**

Cuando el artículo 110 consagra una prohibición genérica para todos aquellos que ejerzan sus funciones públicas y establece la respectiva sanción, hace la diferenciación en el mismo sentido, y ha de entenderse entonces que cuando habla de la pérdida de investidura se refiere, como lo hace en las demás normas constitucionales que se han citado, a los miembros de las Corporaciones públicas quienes son escogidos por elección, y por ello a juicio de la Sala sí se consagra allí una causal de pérdida de investidura adicional a las enumeradas en el artículo 183 de la Constitución Nacional para los congresistas. El hecho de que la Asamblea Constituyente hubiera discutido las causales de pérdida de investidura al estudiar el artículo 183 no puede llevar a desconocer que, cuando reguló lo previsto en el artículo 110 y se refirió expresamente a la pérdida de investidura precisamente era para establecer la sanción de quienes ha calificado como servidores públicos que detentan una investidura, como lo son los congresistas.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales/**CONGRESISTA/LEGISLADOR-** Exclusión de causal/**CAUSAL ADICIONAL.**

El hecho de que normas de rango legal, como la ley 5a. de 1992, no incluyan dentro de las causales de pérdida de la investidura la prevista en el citado artículo 110 de la Constitución no puede tener como consecuencia desconocer la causal que de una manera expresa consagra la Carta Fundamental. El artículo 110 de la Constitución es una causal de pérdida de investidura, adicional a las previstas en el artículo 183 *ibidem* y por lo tanto si es un congresista quien incurre en la conducta prohibida, la sanción será la pérdida de la investidura y si es el empleado público la sanción será remoción del cargo.

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

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Ref: Radicación AC-1587. Pérdida de la investidura del Doctor Roberto Elías Cano Zuleta como Representante a la Cámara. Actor: Carlos Arturo Hoyos Barrera y Otros. FALLO.

Procede la Sala a resolver sobre la solicitud de pérdida de la investidura de ROBERTO ELIAS CANO ZULETA como representante a la Cámara, solicitada por los Señores: CARLOS ARTURO HOYOS BARRERA, HORACIO DE JESUS DIAZ HIGUITA, MARIO DE JESUS CHAVARRIAGA BAENA, JOSE LUIS HOYOS MONTOYA Y GLORIA HELENA URIBE HINCAPIE.

LA SOLICITUD

Los Señores CARLOS ARTURO HOYOS BARRERA, HORACIO DE JESUS DIAZ HIGUITA, MARIO DE JESUS CHAVARRIAGA BAENA, JOSE LUIS HOYOS MONTOYA Y GLORIA HELENA URIBE HINCAPIE, en memorial presentado personalmente por el primero de los mencionados en la Secretaría General del Consejo de Estado y con reconocimiento de las firmas de los señores Horacio de Jesús Díaz Higuita y Mario de Jesús Chavarriaga, solicitan "la declaración de pérdida de investidura" del Representante a la Cámara ROBERTO ELIAS CANO ZULETA, por cuanto a su juicio, el citado Señor ha incurrido en violación del artículo 110 de la Constitución Política, ya que "... desde el momento de acceder a la Corporación Legislativa y estando en ejercicio de sus funciones congresionales, ha venido induciendo, constriñendo y amenazando a los suscritos y a las personas que adelante se relacionan a hacer contribuciones de carácter económico en beneficio suyo directo como candidato a la Cámara de Representantes por el período de 1994-1998 y de su movimiento político..."

Fundamentan su solicitud en los siguientes hechos que se transcriben textualmente:

> "1.- El señor Roberto Elías Cano Zuleta estando en ejercicio de funciones congresionales ha venido induciendo las contribuciones de carácter económico para su candidatura a la Cámara de Representantes período 1994-1998 y para el Directorio Liberal Popular línea (sic) Gavirista, profiriendo para ello amenazas y constreñimientos sociológicos a los denunciantes".
>
> "2.- El congresista Cano Zuleta no cuenta con una declaración tácita ni expresa de la voluntad de los denunciantes en cotizar económicamente para su candidatura a la Cámara de Representantes y a su Directorio Liberal Popular línea (sic) Gavirista por tal razón emplea amenazas"
>
> "3.- El señor Cano Zuleta puede intervenir en el nombramiento y despido de personal que presta sus servicios en el ISS seccional Antioquia y que pertenecen a la Cooperativa Multiactiva de Trabajo Comunitario".

Los anteriores hechos son relatados por los solicitantes en declaraciones extrajuicio que se adjuntaron a su solicitud y que se sintetizan en el memorial introductorio, respecto de cada uno de ellos así:

CARLOS ARTURO HOYOS BARRERA manifiesta conocer por causa propia de las amenazas e inducciones directas del congresista Cano Zuleta contra varias personas que militan en el Directorio Liberal Popular línea Gavirista ya que hasta él fue afectado por tales conductas irregulares y mediante su Secretaría General Gloria Zuleta, el Gerente de la Cooperativa Multiactiva Comunitaria Andrés Felipe Alvarez, el Gerente del ISS Seccional Antioquia Guillermo Mejía Mejía y el cobrador oficial del Directorio señor Horacio Díaz, "transmite el amenazador mensaje so pena de negarles el apoyo político y ser despedidos de sus empleos".

Afirma que mediante amenazas logra que las personas coticen a su favor y da orden a los gerentes de la citada Cooperativa del ISS Seccional Antioquia de contratar y suprimir los cargos que considere incumplen con los obligatorios pagos.

Precisa que los gerentes de la Cooperativa Multiactiva Comunitaria y del ISS Seccional de Antioquia son cuotas políticas del Directorio Liberal Popular línea Gavirista y por ello el congresista puede influir en los movimientos de personal en ambas instituciones, por lo cual el Sindicato del ISS Seccional Antioquia ya puso la queja a las autoridades competentes y a Dancoop.

El señor **HORACIO DE JESUS DIAZ HIGUITA,** afirma que trabajó como cobrador oficial del Directorio Liberal Popular línea Gavirista, orientado por el Representante Cano Zuleta, se refiere a la reiterada amenaza del Congresista, de su secretaria, del gerente de la Cooperativa Multiactiva Comunitaria Dr. Andrés Felipe Alvarez y que fue removido por no reunir el valor de las cuotas que el parlamentario solicitaba como obligatorias.

Declara que la amenaza cotidiana hecha por el Representante, por su secretaria, por el gerente de la Cooperativa y por él mismo como cobrador ha hecho posible que las personas realicen la cotización y que en su caso personal, la amenaza se cumplió por no allegar adecuadas contribuciones económicas.

Afirma que el ISS Seccional Antioquia es cuota política del Directorio Liberal Popular línea Gavirista y la dirección está a cargo de un seguidor de dicho movimiento, el Doctor Guillermo Mejía Mejía quien ha contratado los servicios de la Cooperativa Multiactiva de Trabajo Comunitario, gerenciado por el señor Andrés Felipe Alvarez, del mismo directorio político, para prestar los servicios de aseo y limpieza en las dependencias del ISS y la Cooperativa siguiendo las instrucciones del congresista Cano Zuleta en materia de nombramientos, despidos y contribuciones, y quienes cotizan lo hacen por temor al despido si no aportan a favor del denunciado.

El señor **MARIO DE JESUS CHAVARRIAGA** indica que el parlamentario Cano Zuleta utiliza su posición como Representante a la Cámara para inducir cotizaciones económicas en favor de su movimiento y profiere amenazas de pérdida del empleo a las personas que habiendo accedido a puestos en la administración municipal de Medellín por el Directorio Liberal Popular línea Gavirista, si incumplen la orden de

cotizar a su favor. Dichas amenazas las hace directamente o a través de su secretaria, su tesorero, el gerente de la Cooperativa y de su cobrador oficial. El señor Chavarriaga fue despedido en febrero de 1994 por incumplir las cotizaciones.

Precisa que nunca ha manifestado su voluntad de hacer dichos aportes ni para la Cooperativa, ni para el Directorio del señor Cano Zuleta y que lo hacía por temor a ser despedido, por lo mismo que lo hacían los demás empleados.

Se refiere en su declaración a la Cooperativa Multiactiva, afirma que fue creada por el Directorio Liberal Popular línea Gavirista y que mediante convenio presta algunos servicios al ISS Seccional Antioquia, que su gerente es agente de confianza del parlamentario denunciado y que obedece sus instrucciones en cuanto a nombramientos, despidos y cotizaciones al movimiento político y que viene cotizando a favor del señor Cano Zuleta, pues de lo contrario le suprime el apoyo político.

El señor **JOSE LUIS HOYOS,** quien se afirma se desempeñó como asistente de la Unidad Legislativa del parlamentario Cano Zuleta desde 1992 hasta el 17 de enero de 1994 cuando fue removido del cargo por no cotizar al Directorio Liberal Popular línea Gavirista y a su candidatura y no obtener las contribuciones de las personas que debían hacerlas.

Le correspondía, se afirma, por orden del parlamentario preparar actividades proselitistas dentro y fuera del Directorio e intimidar o llevar ante el señor Cano Zuleta las personas a quienes éste presionaba y amenazaba para obtener los aportes económicos. Igualmente actuaba como cobrador de las cuotas a quienes se les había incluido en cargos en la administración municipal, en el ISS Seccional Antioquia o en la Cooperativa Multiactiva de Trabajo Comunitario, conjuntamente con el señor Horacio Díaz.

Se indica que el señor Cano Zuleta nunca tuvo la aceptación de los contribuyentes y siempre fue cuestionado por su manera de presionar y amenazar para obtener las cotizaciones, ya que se vale de su poder político para constreñir, directamente o a través de sus seguidores más cercanos.

Se agrega que como su asistente conoció "todas las anormalidades, inducciones y amenazas contra humildes trabajadores que cotizaban, no por voluntad propia".

Finalmente se anota que el ISS Seccional Antioquia es un legado del político desaparecido Alberto Foronda a quien Cano Zuleta reemplazó y por ello tanto el Gerente del ISS, como el de la Cooperativa Multiactiva actúan bajo sus ordenes nombrando y desvinculando a quien él ordena.

Como fundamentos de derecho de su petición citan inicial y erróneamente el artículo 100 de la Constitución, aunque más adelante se refieren al artículo 110 para afirmar que la conducta del Representante Cano Zuleta, encaja dentro de la hipótesis prevista en la norma, la cual constituye una causal de pérdida de la investidura por

haber inducido a funcionarios públicos a contribuir a un partido y haberlos obligado a pagar determinadas cuotas, sin contar con su consentimiento. Esto último indica que no es posible aplicar al caso lo previsto por el Decreto 2400 de 1968 y por la Ley 27 de 1992, ya que dichas normas se refieren a contribuciones voluntarias.

Indican que la conducta denunciada es posterior al momento de su vinculación como miembro de la Cámara de Representantes, lo cual equivale a una incompatibilidad por cuanto son actos realizados estando en ejercicio de funciones públicas, todo lo cual indica que el artículo 180 de la Constitución Nacional no es una norma taxativa, configurándose en el caso del Representante Cano Zuleta la causal de pérdida de la investidura, por haber incurrido en una incompatibilidad.

Agregan que la enumeración del artículo 183 de la Constitución Nacional no es taxativa ya que hay otras normas en la misma Constitución que se refieren al tema como el artículo 291, donde se prevé la pérdida de la investidura para los diputados y concejales.

Insisten en que lo previsto por el artículo 110 de la Constitución constituye una causal de pérdida de la investidura, aunque no esté prevista en el artículo 183 *ibídem*, dada la falta de técnica jurídica de la Constitución de 1991 y por ello afirma que este punto hace necesaria la revisión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, respecto de las causales de pérdida de la investidura.

Anexan a la solicitud las respectivas declaraciones extrajuicio rendidas ante el Notario 18 del Círculo Notarial de Medellín en las cuales se refieren a los temas relatados.

LA CONTESTACION DE LA SOLICITUD

El doctor Roberto Elías Cano Zuleta, mediante apoderado se opuso a la solicitud de pérdida de su investidura, como representante a la Cámara.

Anota en primer lugar que en la demanda no consta nota de presentación personal.

Para fundamentar su defensa se refiere a los diferentes aspectos planteados en la solicitud así:

1.- **"Recibos elaborados por los mismos denunciantes"**

Afirma que los recibos allegados, de aportes hechos por HENRY CARDENAS, MARIO DE JESUS CHAVARRIAGA Y GLORIA URIBE son firmados por los mimos denunciantes JOSE LUIS HOYOS MONTOYA Y HORACIO DE JESUS DIAZ HIGUITA, lo cual haría que el Representante quedara a merced de las pruebas documentales que quisieran fabricarle.

Por otra parte, se trata de fotocopias informales y no los originales, lo cual desconoce el artículo 268 del código de Procedimiento Civil, según el cual las partes

deben aportar el original de los documentos privados cuando estuvieren en su poder y en cuanto a su autenticidad precisa que según el artículo 252 del mismo código las copias tienen valor probatorio cuando sean autenticadas por Notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le presente.

2.- **"Amenazas de Despido".**

El representante CANO ZULETA jamás ha proferido amenazas de despido, ni siquiera las ha insinuado a funcionarios públicos o a sus cobradores que han sido JOSE LUIS HOYOS MONTOYA Y HORACIO DE JESUS DIAZ, quienes bajo la gravedad de juramento confiesan que eran ellos los que amenazaban con despedir funcionarios tal como consta en sus respectivas declaraciones que obran en el expediente. Y si lo hicieron fue por su propia cuenta y riesgo ya que nunca recibieron instrucciones de coaccionar y constreñir a nadie.

3.- **"Tesorería del Directorio".**

La tesorera era GLORIA INES ZULETA CIRO y ella administraba las cuentas del Directorio Liberal Popular línea Gavirista desde la jefatura política del Representante ALBERTO FORONDA (q.e.p.d.), antes de que llegara al citado Directorio el Representante CANO ZULETA.

4.-**"Contribuciones Espontáneas".**

Los ingresos económicos del Directorio en cuestión tienen en su origen en contribuciones voluntarias de simpatizantes y amigos personales y eran recibidas directamente por la Secretaria y Tesorera del Directorio GLORIA ZULETA CIRO sin que ello interviniera el demandado; ella las administraba desde cuando se desempeñaba como jefe el representante fallecido ALBERTO FORONDA PIMIENTA.

Con esos dineros se cubrían los gastos ordinarios de una sede política como el arriendo, los servicios públicos domiciliarios, gastos de personal, aportes a la seguridad social, etc.

Se pregunta: ¿Cómo estar seguros que realmente existen nexos jurídicos y contables entre las sumas recaudadas y las arcas del Directorio?

Considera que no está debidamente demostrada la transferencia a la Tesorera del Directorio, del dinero que según los recibos firmados por los denunciantes ellos recaudaron, recibos que ni siquiera aparecen numerados.

Si no están comprobados los nexos jurídicos y contables entre las sumas recaudadas y las arcas del Directorio no es posible afirmar que el demandado conocía la lista de los funcionarios que dejaban de pagar y a quienes había que amenazar, constreñir y coaccionar por intermedio de los cobradores .

5.- **Exmilitantes Políticos.**

Los denunciantes ya no pertenecen al Directorio Liberal Popular Línea Gavirista y han adherido políticamente a otro Directorio rival y sus declaraciones ante el notario fueron rendidas en el período de proselitismo político inmediatamente anterior a las elecciones parlamentarias del 13 de marzo, en la creencia de que la pérdida de investidura que llegaren a decretarle al representante CANO ZULETA le impediría desempeñarse como parlamentario en el período 1994-1998.

La deformación de los hechos y las falsedades en que incurren los demandantes muestran la animadversión por su antiguo representante en el parlamento y dicha circunstancia merma credibilidad a sus testimonios.

6.- **Credibilidad de los denunciantes.**

Afirma que está dispuesto a formular denuncia penal contra los denunciantes, por los delitos de injuria, falso testimonio y fraude procesal y afirma que ante la ausencia de pruebas de documentales serias que pudieran comprometer al representante CANO ZULETA, las cuales son imposibles de conseguir, es del caso hacer algunos comentarios sobre la credibilidad de los denunciantes y sus testimonios en razón de sus calidades personales y su moralidad y así detectar los pactos tácicos entre los testigos y unos terceros adversarios políticos del demandado.

Luego de citar doctrina sobre el tema de la ineptitud sustantiva del testimonio, menciona que el denunciante JOSE LUIS HOYOS MONTOYA pagó tres años de cárcel por el delito de peculado y estuvo recluido en un Centro de Rehabilitación para Drogadictos en San Luis (Antioquia); el señor MARIO DE JESUS CHAVARRIAGA registra capturas por extorsión y chantaje y fue demandado penalmente por amenazas de muerte por el Dr. Andrés Felipe Alvarez Grajales.

7.- **Comunicados del Sindicato.**

Los califica de faltos de objetividad y explica su contenido cuestionando las decisiones neoliberales y privatizadoras del ISS en el hecho de haber sido el representante CANO ZULETA co-ponente en la Cámara de Representantes del proyecto de ley No. 204 de 1992, que posteriormente se convirtió en la Ley 100 de 1993, sobre el sistema de Seguridad Social, modificando substancialmente el ISS. Dicha situación de persecución se dio también respecto de otros parlamentarios ponentes del mismo proyecto, tales como la representante MARIA DEL SOCORRO BUSTAMANTE y el Senador ALVARO URIBE VELEZ.

8.- **Vinculaciones al ISS, Regional de Antioquia.**

Dentro de su estructura centralizada, tanto las vinculaciones de personal, como el retiro de personal médico, técnico administrativo y operativo del ISS corresponde a la sede Central de Santafé de Bogotá, aunque sí se realizan dos procesos de verificación técnica de los dos requisitos para cada empleo, contrato o comisión ya que éste se hace

en la oficina de Personal de la Seccional de Antioquia y luego se repite en el nivel central razón por la cual no resultan válidos los argumentos de la denuncia.

9.- **Cooperativa de Trabajo Asociado.**

Las aseveraciones de los denunciantes son temerarias porque el Representante CANO ZULETA no hace parte de los organismos directivos de la Cooperativa Multiactiva de Trabajo Asociado Comunitario, por expresa prohibición del artículo 180 numerales 1 y 4 de la Constitución Nacional y no teniendo influencia sobre el manejo de personal de la cooperativa no tenía tampoco poder coercitivo para amenazar con despedir a alguien o para exigir cuotas económicas.

El artículo 110 de la Constitución Nacional no puede ser violado por trabajadores privados, porque se refiere es a personas que desempeñen funciones públicas.

10.- **Inexistencia de causal constitucional específica.**

Califica de taxativas las causales previstas por el artículo 183 de la Constitución Nacional y aunque el artículo 110 trae una prohibición y unas sanciones, por no hallarse incluidas en los artículos 183 y 184 no es posible asimilarlas a causales de pérdida de investidura.

11.- **Ley 27 de 1992 y Decreto 2400**

Los invoca para precisar que antes y después de la reforma constitucional de 1991, la prohibición de hacer aportes a los grupos políticos no es absoluta ya que es posible que la ley establezca excepciones, tal como lo hizo la Ley 27 de 1992 en su artículo 30, el cual le dio plena vigencia al artículo 10 del Decreto 2400 de 1968, según el cual son posibles los aportes voluntarios.

TRAMITE DEL PROCESO.

Habiéndose iniciado el proceso antes de la vigencia de la Ley 144 de 1994 y no existiendo un trámite especial, se tramitó según el procedimiento ordinario, en aplicación del principio general de procedimiento según el cual, en aquellos casos en los que no existe un trámite especial se aplica el procedimiento ordinario, tal como lo ha decidido reiteradamente la Sala.

Al terminar la etapa probatoria ya se encontraba vigente la Ley 144 de 1994, como ésta no prevé el traslado a las partes para alegar de conclusión, y en aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1886, se citó para **AUDIENCIA PUBLICA** dando cumplimiento al artículo 10 de la citada ley.

Según acta que obra en el expediente, se realizó la audiencia pública a la cual concurrieron el Señor Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado y el acusado Ex representante ROBERTO ELIAS CANO ZULETA.

No asistieron los denunciantes.

RESUMEN DE LAS INTERVENCIONES EN LA AUDIENCIA PUBLICA

1.-Intervención del Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, Doctor JUAN CARLOS HENAO PEREZ.

El señor Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado luego de precisar algunos antecedentes del proceso se refiere al artículo 110 de la Constitución Nacional y se cuestiona si " es procedente la declaratoria de pérdida de investidura pronunciada por el consejo de Estado en virtud de su atribución del numeral 5 del artículo 237 de nuestra Constitución Política cuando se invoca el artículo 110?. En otras palabras: El artículo 110 es una causal de pérdida de investidura que debe sumarse a las 5 enumeradas por el artículo 183 de la Carta Magna?".

Considera que el punto es de extrema importancia teórica pues si se responde afirmativamente es procedente estudiar el caso concreto para decidir si se configura o no la causal prevista en el artículo citado y si por el contrario se considera que las únicas causales de pérdida de investidura son previstas en el artículo 183 de la Constitución, no se puede decidir de fondo y las solicitudes que se fundamentaren exclusivamente en dicho artículo deberán ser rechazadas.

Afirma que el Consejo de Estado aún no se ha pronunciado sobre el tema y que sólo tangencialmente se ha mencionado el citado artículo 110 de la Constitución Nacional.

Precisan los argumentos que permitían considerar que "el artículo 110 de la Constitución no puede ser sumado como causal al artículo 183 *ibídem*", en síntesis, así: a) cuando la Asamblea constituyente discutió y aprobó las causales de pérdida de la investidura se concretó a las señaladas en el artículo 183 y durante las discusiones no se refirió al artículo 110; b) las causales contempladas en el artículo 183 son específicas para los congresistas y fueron debatidas dentro de las ponencias que se referían exclusivamente al estatuto de senadores y representantes mientras que el artículo 110 trata de todos los servidores públicos y por ello su ubicación en el título IV, Capítulo II de la Constitución, el cual se refiere a la participación democrática y a los partidos políticos; 3) el artículo 301 de la Ley 5 de 1992 señala como causales de pérdida de investidura las consagradas en el artículo 183 de la Constitución; 4) El Consejo de Estado en fallo del 8 de septiembre de 1992 se refirió expresamente a las cinco causales mencionadas en el artículo 183 de la Constitución; 5) La conducta prohibida en el artículo 110 de la Carta, sería susceptible de ser sancionada por normas diferentes al artículo 183 pues bien podría utilizarse el procedimiento disciplinario y/o penal; 6) el supuesto del artículo 110 de la Constitución encaja dentro del deber contemplado en el numeral 4 del artículo 268 de la Ley 5 de 1992 según el cual corresponde a los congresistas abstenerse de invocar su condición que conduzca a la obtención de algún provecho personal indebido y su violación es sancionada según lo previsto en el artículo 270 de la misma Ley 5 de 1992 y 7) la interpretación en materia de sanciones es restrictiva.

Precisa el criterio de la Procuraduría Delegada en el sentido de que el artículo 110 de la Constitución Política es una causal que debe tener igual tratamiento a las señaladas en el artículo 183 *ibídem*, porque: 1) la noción de pérdida de investidura respecto de los congresistas es única y tiene constitucionalmente sólo una acepción; 2) el artículo 110 trae la noción respecto de un género: "a quienes ejerzan funciones públicas en el cual se incluyen los Congresistas, lo cual hace que para éstos se aplique el concepto de pérdida de investidura; 3) las sanciones a la violación de la prohibición contenida en el artículo 110 son de dos clases dependiendo de la clase de funcionario de que se trate; 4) el Constituyente quiso, como en las causales del artículo 183 purificar la política al colocar la sanción de pérdida de investidura de los congresistas que violaran la prohibición de la causal enunciada en todo el texto constitucional, que para el caso de los congresistas se limita a los artículos 110 y 183 de la Carta.

Luego de desarrollar cuidadosa y extensamente cada uno de los cuatro argumentos mencionados concluye que "... la prohibición contenida en el artículo 110, cuando es desarrollada por miembros del Congreso de la República, supone que se pierda la investidura que se sustenta sin que pueda recuperarse jamás...".

Cuestiona cada uno de los argumentos mencionados para afirmar la tesis contraria y procede a analizar el caso concreto, para lo cual hace un recuento de los hechos de la demanda y precisa que en el expediente se encuentra probado:

> "1. Que los señores Cárdenas Henry y Chavarriaga Mario en el mes de octubre y la señora Uribe Gloria en los meses de noviembre y diciembre, pagaron en total la suma de $22.000, de los cuales hay recibos expedidos por el Directorio Liberal Popular Línea Gavirista por la suma de $12.000, firmados como recibido por Díaz Horacio, quien en su declaración afirmó ser el cobrador del directorio mencionado (fls. 26-27).
>
> "2. Que el representante legal (Alvarez Grajales) y la tesorera (Zuleta Ciro), de la Cooperativa COMUNITARIO, tenían vinculaciones con el directorio político del ex Representante Cano Zuleta (testimonios obrantes a fls. 54-56 y 62-63 c. No. 2), como que los dos hicieron parte de la Unidad Legislativa del representante cuestionado (Certificación obrante a fl. 199).
>
> "3. Que el señor Chavarriaga Mario fue 'suspendido de manera definitiva' de la Cooperativa Multiactiva de Trabajo Comunitario, el día 9 de febrero de 1994 (fl. 28). El representante legal de la Cooperativa alegó como causal para la 'suspensión', los atentados a la moral en que incurrió el señor Chavarriaga (fl.55 c. No. 2).
>
> "4. Que la Dirección Regional de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia citó el día 14 de abril de 1994 al señor Zuleta Cano (sic), por solicitud del señor Díaz Higuita (fl. 31).

"5. Que el señor Hoyos Montoya José Luis, por resolución No. MD-013 del 19 de enero de 1994, fue declarado insubsistente del cargo de Asistente III de la Unidad Legislativa del Representante Cano Zuleta (fl. 199).

"6. Que el Sindicato Nacional de Trabajadores del ISS presentó denuncia el día 24 de enero de 1994 ante el '42 Encuentro de Gerentes Seccionales del ISS', en la que se acusa al señor Zuleta Cano (sic) por manejos clientelistas en la vinculación de personal a la Seccional Antioquia del ISS, a través de la Cooperativa COMUNITARIO a la cual obliga a cotizar a todos quienes reciben sus favores políticos (fls. 32-36)".

" ...

"1. Que el ciudadano Cano Zuleta Roberto Elías participó en las elecciones del 27 de octubre de 1991, pero no fue elegido (Registraduría Nacional del Estado Civil. fl. 182).

"2. Que el señor Cano Zuleta figuraba como segundo renglón en la lista encabezada por el Dr. Foronda Pimienta Alberto, quien fue elegido como Representante por la circunscripción electoral de Antioquia, para el período constitucional 1991-1994 (fl. 288).

"3. Que el día 11 de noviembre de 1992 el señor Cano Zuleta se posesionó de la curul del Representante Foronda Pimienta, por muerte de éste y en su calidad de segundo renglón en lista (fl. 209).

"4. Que el Representante Cano Zuleta fue nombrado el día 17 de noviembre de 1993 ponente del proyecto de ley No. 204, 'POR MEDIO DE LA CUAL SE CREA EL SISTEMA DE AHORRO PENSIONAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL' (fl. 199).

"5. Que por resolución No. MD-1326 de 3 de diciembre de 1992 se nombró al señor codemandante Hoyos Montoya José Luis como miembro de la Unidad Legislativa del señor Cano Zuleta (fl. 199).

"6. Que el señor codemandante hoyos Montoya José Luis tuvo ingreso a la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín, por el delito de peculado. Obtuvo su libertad el 7 de abril de 1986 (fl. 180).

"7. Que, por certificación del Director del Centro de Rehabilitación que tiene como sede la finca 'Levis", el señor Hoyos José Luis 'sí estuvo en vía de Rehabilitación en este centro y hace una (sic) año se retiró y por el momento no sabemos nada de él ...'(fl. 226).

"8. Que, según certificado expedido por el Directorio Liberal Popular, el señor Zuleta Cano (sic) no es militante de esa 'agencia política' (fl.218).

"9. Que el señor Cano Zuleta no hace parte de los órganos directivos de la Cooperativa Multiactiva de Trabajo -COMUNITARIO- (fl.69).

"10. Que obran testimonios de los señores Gómez Moreno Gloria Stella, Zapata Escobar Francisco, Alvarez Grajales Andrés Felipe, Villegas Jaramillo Olga Lucía, Restrepo Madrid Francisco Javier y Zuleta Ciro Gloria Inés, quienes son uniformes al afirmar que fueron ayudados por la 'agencia política' en la consecución de sus empleos, pero que no han sido obligados a 'cotizar' en beneficio del Directorio Popular Liberal y que, por el contrario, sus aportes han sido voluntarios. Así mismo, la declaración del señor Mejía Mejía Guillermo (avalada por la de Córdoba Bustamante Jhon Jairo), quien explica el sistema de vinculación al Seguro Social, para la que se requiere el apoyo del sindicato y haber sido trabajador oficial o dependiente por contrato, y su papel - de él, Mejía Mejía - en la creación de cooperativas, por ser entidades patrocinadas por la Ley 100/93 y la Ley 80/93, que representan una alternativa de sustento para trabajadores desvinculados del Instituto. Afirma que con la Cooperativa COMUNITARIO el ISS ha contratado servicios de aseo y vigilancia, pero que no conoce los móviles políticos de sus organizadores.

"11. Que el señor Alvarez Grajales Andrés Felipe, representante legal de la Cooperativa Multiactiva de Trabajo Asociado Comunitario, formuló denuncia ante la Fiscalía 151 Seccional de Medellín por amenazas contra el codemandante Chavarriaga Mario de Jesús (fls. 184-190). Se demiente (sic) que el señor Chavarriaga Mario de Jesús aparezca registrado por capturas por extorsión y chantaje. Por el contrario, no aparece 'ningún tipo de anotación', según certificado del Ejército Nacional - Primera División - Cuarta Brigada (fl. 219)".

De todo lo anterior concluye que si bien el señor CANO ZULETA no hace parte de los órganos directivos de la Cooperativa Multiactiva de Trabajo Asociado Comunitario, sí existen vínculos entre algunos de sus directivos y asociados y el Directorio Liberal Popular Línea Gavirista, y si bien es cierto que existe prueba de que ha habido pagos a favor del Directorio Liberal Popular Línea Gavirista y de que dichos pagos fueron recaudados por Horacio Díaz no aparece claro el concepto por el cual fueron hechos ni si se trató de aportes voluntarios o no.

Por otra parte aunque hay soporte a la afirmación de varios de los actores acerca de su desvinculación, no está probada la razón de la misma y obran en el expediente varios testimonios de personas distintas a las partes en los que se expresa que no han sido obligadas a pagar aportes.

Considera cierto que el Sindicato de ISS de la Seccional Antioquia hizo denuncias sobre manejos clientelistas del ex representante CANO ZULETA pero, a su juicio, dicha actuación no da elementos de tiempo, modo y lugar sobre los hechos que denuncia.

Hace énfasis en que de los cinco denunciantes tan solo uno se ratificó en el proceso y afirma que la no ratificación fue debido a que la dirección que reportaron en las declaraciones extraproceso eran erradas.

Con base en todo lo anterior, solicita que se niegue la solicitud de pérdida de investidura porque para que prospere una solicitud fundamentada en el artículo 110 de la Constitución Nacional es necesario probar que se realizaron aportes a partidos o movimientos, pero sobre todo que dichos aportes fueron consecuencia de una inducción ilícita por parte del acusado, es decir, mediando constreñimiento. A su juicio, el primer extremo está débilmente probado en el expediente y del segundo no obra prueba alguna.

2.- **Intervención del Doctor ROBERTO ELIAS CANO ZULETA.**

Aunque el señor Apoderado del acusado no asistió a la audiencia pública el informe escrito de la intervención que hizo el Doctor CANO ZULETA aparece presentado y firmado por los dos y se refiere a diferentes aspectos constitucionales, legales y probatorios, en síntesis, así:

a) **Inexistencia de causal constitucional específica.**

Alega que las causales de pérdida de investidura contempladas en el artículo 183 de la Constitución son taxativas, tal como fueron reproducidas en el artículo 296 de la Ley 5 de 1992 y en la Ley 144 de 1994.

Por lo tanto, la causal prevista en el artículo 110 de la Constitución Nacional no fue prevista ni por la Ley 5 de 1992, ni por la Ley 144 de 1994 y por lo tanto "... el Consejo de Estado no se halla encerrado en el término apremiante de 20 días hábiles para fallar, sino que debería regirse por el procedimiento ordinario contemplado en el decreto 01/84".

Se trata entonces de una causal constitucional de pérdida de investidura que carece de procedimiento específico para su juzgamiento.

Aunque el artículo 110 de la Carta contiene una prohibición y sus correlativas sanciones, por no hallarse incluídas en los artículos 183 y 184 no se pueden asimilar a las previstas en éstos.

Anota que es la primera vez en tres años de vigencia de la Constitución que un parlamentario es acusado de haber incurrido en petición de dinero a funcionarios públicos y se cuestiona por qué el Constituyente separó esta causal de las demás previstas en el artículo 183 y por qué aplicar un procedimiento tan veloz como el de la Ley 144 de 1994.

b) **Contexto participativo.**

En la Constitución de 1991 se consagraron las más amplias formas de participación política y es tal la norma general y la excepción las prohibiciones y por lo tanto el artículo

110, ubicado dentro del título de la participación , no puede tener el alcance de una prohibición absoluta a participar económicamente en el sostenimiento de las organizaciones políticas. Solo quiso impedir el Constituyente las presiones indebidas o conductas abusivas para obtener contribuciones económicas de los funcionarios a sus respectivos jefes partidistas, so pena de pérdida de respaldo político y desvinculación de los cargos, que sería una forma de extorsión tipificada en el Código Penal, art. 355.

c) **Alcance del Artículo 110.**

Afirma que, en un Estado democrático y participativo, el alcance del artículo 110 constitucional no puede ser el de una prohibición genérica a la colaboración económica, de los empleados oficiales a las causas políticas de sus partidos.

Dicha norma sólo puede interpretarse como una "radical censura de toda modalidad de presión coercitiva tendiente a forzar el comportamiento de cotización...".

Por ello, "la Ley 27 de 1992 al introducir la excepción de la colaboración voluntaria, no hizo otra cosa que dar cuenta de una intención implícita en la norma 110 fundamental, por lo que, en realidad, la referida Ley 27 de alguna manera resulta superflua para los efectos de sustraer la colaboración voluntaria del ámbito prohibido en el artículo constitucional. En realidad, ella no contiene ninguna excepción sino una ratificación del auténtico espíritu del canon constitucional".

d) **Ley Estatutaria de los Partidos Políticos.**

Cita el artículo 14 de la Ley 130 de 1994 denominada ley de los partidos y movimientos políticos, para afirmar que luego de una interpretación opuesta a que los particulares contribuyeran a la financiación de los partidos y movimientos políticos, la necesidad de sostener económicamente las agrupaciones políticas y los canales de participación ciudadana se ha llegado a aceptar que con base en los derechos de participación y la libertad económica **las personas naturales y jurídicas den aportes voluntarios, que merecen el estímulo de ser deducibles de la base gravable.** Invoca en apoyo de su afirmación la declaratoria de exequibilidad de dicha ley hecha por la Corte Constitucional.

e) **Ley 27 de 1992 y Decreto 2400 de 1968.**

Insiste en que la Constitución no hizo una prohibición absoluta sino que permitió "salvedades legales a la regla prohibitiva" y una de ellas es la prevista en el artículo 30 de la Ley 27 de 1992, ley de carrera administrativa, la cual otorgó vigencia al artículo 10 del Decreto 2400 de 1968 el cual permite tales aportes a los grupos políticos, siempre y cuando exista voluntad expresa y libre del funcionario contribuyente.

f) **Vinculación al ISS.**

Describe como, de acuerdo con la estructura centralizada del Instituto, las vinculaciones del personal al ISS Regional Antioquia, así como su retiro obedecían a

decisiones tomadas directamente por la Presidencia del ISS en Bogotá. Se refiere a la declaración que en este sentido rindió el Gerente Regional del ISS en Antioquia, así como la Subgerente de Personal de la misma entidad.

Considera que tan intrincados procedimientos y las presiones de sus poderosos sindicatos sobre todas las decisiones laborales han hecho del ISS una entidad lenta en sus decisiones y de ella se afirma que es tan difícil entrar como salir, porque es prácticamente imposible despedir a nadie.

No es entonces viable que los cobradores de una agencia política pudieran amenazar con despedir a un funcionario del ISS y menos que éstos creyeran que tales amedrentamientos se cumplirían, por lo cual resulta imposible dar credibilidad a los denunciantes.

g) **Cooperativa de Trabajo Asociado**

Cuestiona la posible relación existente entre las denuncias sobre la política de personal de la Cooperativa de Trabajo Asociado COMUNITARIO, entidad de carácter privado, con la supuesta inducción a empleados públicos a cotizar en un movimiento político.

El ex representante CANO ZULETA no hace parte de las directivas de la Cooperativa citada, toda vez que de conformidad con el artículo 180, numerales 1 y 4 de la Constitución un congresista no puede desempeñar cargos o empleos privados, como tampoco realizar gestiones con personas jurídicas contratistas del Estado y si lo hace viola el régimen de incompatibilidades, por ello las afirmaciones de los denunciantes son temerarias.

Por otra parte, el carácter de privada de la Cooperativa en cuestión, hace imposible la violación del artículo 110 de la Constitución que califica el sujeto pasivo de la infracción con el desempeño de funciones públicas. Dicha calidad jurídica no puede predicarse de quienes son miembros asociados o personal laboral de una cooperativa privada.

Si el mismo tenor literal del artículo 110 impide que pueda ser infringido por trabajadores privados, las sindicaciones hechas por los denunciantes Gloria Elena Uribe y Mario de Jesús Chavarriaga son intrascendentes.

h) Críticas a la Ley 100/93.

También evidencia el carácter político de las denuncias, las críticas que se hacen a la Ley 100 de 1993 creadora del Sistema de Seguridad Social Integral.

Aparecen en el expediente los comunicados de la Junta Directiva de SINTRAISS, Seccional de Antioquia, "Incendiarios y Virulentos" que a su juicio se explican porque el acusado fue coponente en la Comisión VII de la Cámara del proyecto de ley No. 204

de 1992, hoy Ley 100 de 1993 que introdujo sustanciales reformas al ISS, como consta en la certificación que obra a folio 210 del expediente.

i) Aportes Voluntarios.

En los testimonios de algunos militantes y simpatizantes del Directorio Liberal Popular Línea Gavirista, así como en el del único denunciante que ratificó su declaración se corrobora el carácter voluntario de los aportes económicos y su destinación para el mantenimiento de la sede política.

j) **Otros testimonios.**

Se refiere a los testimonios dados por la Doctora Gloria Gómez, el Señor Francisco Zapata, según los cuales los aportes son totalmente voluntarios.

k) **Testimonio del Denunciante.**

El único denunciante que ratifica su declaración ante el Notario se contradice en su dicho y afirma primero que ciertas personas cotizaban obligatoriamente y luego dice que "cotizaban voluntariamente".

Es que el declarante tuvo que corregir lo antes afirmado falsamente, porque las personas a que él aludía acababan de testimoniar, bajo juramento, la voluntariedad de su contribución económica esporádica para el Directorio.

De su declaración es de resaltar también que el denunciante no es capaz de mencionar un solo nombre completo de quien aportara obligatoriamente: dice no recordar los nombres, lo que resulta sospechoso. Como cobrador no recuerda los nombres de quienes deberían servir para sustentar su denuncia. No reconoce con ello que son inexistentes?. Qué fundamento tienen sus denuncias?. Ninguna de las pruebas merecen un grado mínimo de credibilidad.

l) **Recibos elaborados por los mismos denunciantes.**

Cuestiona los recibos que fueron aportados al expediente, por cuanto aparecen firmados por los mismos denunciantes, lo que haría que el acusado quedara a merced de las pruebas documentales que quisieran fabricarle. Lo anterior además de que se trata de fotocopias informales y no se aportaron los originales o por lo menos fotocopias autenticadas.

m) Ex-militantes Políticos.

Resalta que ninguno de los denunciantes hoy milita en el Directorio Liberal Popular Línea Gavirista, han adherido políticamente a otro Directorio "rival" y tratan de demostrar su repudio al anterior jefe lo que configura un interés personal que merma credibilidad a su testimonio.

n) **Credibilidad de los denunciantes.**

Cuestiona la credibilidad de los denunciantes en cuanto, teniendo un interés en su dicho, se crea una ineptitud subjetiva del testimonio.

Como **CONCLUSIONES** precisa que:

- En asuntos políticos la participación es la regla general y las prohibiciones han de entenderse lo más restrictivamente posible.

- El artículo 110 de la Constitución no establece una prohibición absoluta y solo quiso impedir las presiones indebidas y las conductas abusivas.

- La causal prevista en el artículo 110 citado carece de procedimiento específico para su juzgamiento y debería tramitarse por el procedimiento ordinario del Código Contencioso Administrativo.

- Las Leyes 27/92 y 130 de 1994 permiten en forma explícita los aportes de particulares para movimientos y campañas políticas, en consonancia con los derechos políticos y de libertad económica.

- Las declaraciones y pruebas documentales son contradictorias y nada dignas de credibilidad: las denuncias no pudieron ser certificadas ni qué certidumbre tienen recibos elaborados por los mismos denunciantes?

-La fecha de la demanda, días antes de las elecciones del 13 de marzo; el cambio de grupo político de quienes habían sido asistentes parlamentarios del acusado; la inclusión de panfletos sindicalistas censurando la orientación de la Ley 100 de 1993 constituyen indicios serios, plurales y concordantes acerca del ánimo de vindicta política que inspiraba a los denunciantes.

- Los testimonios de quienes afirma que los aportes eran voluntarios guardan perfecta hilación, lógica interna y consistencia y son ampliamente demostrativos de la voluntariedad con que actuaban quienes los efectuaban.

Como **PETICION FINAL** solicita que se niegue la declaratoria de pérdida de investidura del Doctor ROBERTO ELIAS CANO ZULETA y que se compulsen copias a la Fiscalía General de la Nación para que investigue lo de su cargo por advertirse temeridad y mala fe en las acusaciones (art. 13 de la Ley 144 de 1994).

3. **Alegato de los Denunciantes.**

Durante la Audiencia Pública se recibió en la Corporación una comunicación sin firmas de los señores Horacio de Jesús Díaz Higuita y José Luis Hoyos que titulan como "Resumen escrito de las alegaciones", la cual no puede tenerse en cuenta, toda vez que no aparece suscrita por quienes supuestamente fueron sus autores.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. Competencia.

La competencia para decidir respecto de solicitudes de pérdida de investidura de congresistas le corresponde a la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado. Así lo ha sostenido la Corporación en vigencia de la Ley 5 de 1992, la cual en sus artículos 297 y 298 regulaban la materia y así lo ratificó la Corte Constitucional en sentencia C-319, proferida en el Proceso D-470, Actor Carlos Navia Palacios, con ponencia del Magistrado Dr. Hernando Herrera Vergara, de julio 14 de 1994, al declarar la inexiquibilidad de dichos artículos, entre otros, cuando dijo:

> "De esta manera, si la decisión que adopta el Consejo de Estado, como atribución constitucional, sobre pérdida de la investidura, es producto de una actuación jurisdiccional, no hay duda que dicha función encaja dentro de la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y no de la plenaria de la misma Corporación, ya que como función jurisdiccional, la pérdida de investidura termina con una sentencia de la Corporación.
>
> "Así, pues, estima la Corte que la pérdida de la investidura entraña una función jurisdiccional en forma inequívoca, y en el caso de las normas en comento, el término "Consejo de Estado" alude al Pleno de su Sala Contencioso Administrativa, para estos efectos. No a la reunión de ésta con la Sala de Consulta y Servicio Civil, pues, por disposición del mismo Constituyente, la división del Consejo en Salas y Secciones persigue dar efectividad al mandato constitucional que obliga al legislador a separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la constitución y la ley".
>
> "En esas condiciones, no podía el legislador al expedir una ley que trata sobre el "Reglamento del Congreso" como lo hizo en el numeral 3 del artículo 298, asignarle una función judicial (sic) al Pleno del Consejo de Estado, pues ello, además desconoce los principios de autonomía e independencia que rige la administración de justicia y los que informan la organización y división de trabajo al interior de esa Corporación Judicial".

Los anteriores razonamientos son válidos a juicio de la Sala para aplicar la excepción de inconstitucionalidad al artículo 1 de la Ley 144 de 1994, que se refirió a la competencia del Consejo de Estado en Pleno, toda vez que como lo dijo la Corte Constitucional en el fallo citado la competencia para resolver sobre solicitudes de pérdida de investidura corresponde a la Sala Plena Contenciosa de la Corporación.

2. El Artículo 110 de la Constitución Nacional.

Como el señor apoderado del ex representante CANO ZULETA afirma, que la norma prevista en el artículo 110 de la Constitución Nacional no puede considerarse como una causal de pérdida de investidura adicional a las previstas en el artículo 183

de la Constitución Nacional, y por su parte el Señor Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado expresa su criterio en sentido opuesto, la Sala procede a precisar el punto.

El artículo 110 de la Constitución Nacional dice textualmente:

> "Art. 110. - Se prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura".

Es precisa la norma al establecer una expresa prohibición para quienes desempeñen funciones públicas, de hacer contribuciones a los partidos o movimientos políticos o a los candidatos, o inducir a otros a que lo hagan so pena de hacerse acreedores a la sanción de remoción del cargo o de pérdida de la investidura.

La norma prevé la posibilidad de que la ley establezca excepciones a la prohibición.

- Los sujetos pasivos de la prohibición están determinados por los términos **"quienes ejerzan funciones públicas"** y ejercen funciones públicas no solamente los servidores de la rama ejecutiva del poder público, sino también los miembros del Congreso Nacional, tal como lo determina claramente el artículo 123 de la Constitución Nacional cuando dispone 'Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado..."

Es claro entonces, que la prohibición a que se hace referencia cobija a los congresistas, en cuanto como miembros de **corporaciones públicas**, ejercen funciones públicas.

- La conducta prohibida es la de hacer contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos o **inducir a otros a que lo hagan**, salvo las excepciones que consagre la ley.

Si bien no existe ley especial que regule de manera expresa las excepciones a que se refiere la norma constitucional, la ley 27 de 1992, en su artículo 30 dispuso que "El artículo 10 del decreto Ley 2400 de 1968 continuará vigente en todas sus partes y para todos su efectos, a partir de la vigencia de esta ley".

Por su parte el artículo 10, inciso 1 del Decreto Ley 2400 de 1968, sin perjuicio del derecho al sufragio, había prohibido a los empleados "desarrollar actividades partidiarias", entendiendo por tales las de "aceptar la designación o formar parte de directorios y comités de partidos políticos aún cuando no ejerzan las funciones correspondientes, intervenir en la organización de manifestaciones o reuniones públicas de los partidos; pronunciar discursos o conferencias de carácter partidario y comentar

por medio de periódicos, noticieros u otros medios de información, temas de la misma naturaleza, tomar en cuenta la filiación política de los ciudadanos para darles un tratamiento de favor o para ejercer discriminaciones en contra, coartar por cualquier clase de influencia o presión la libertad de opinión o de sufragio de los subalternos.".

Y el mismo artículo 101 del Decreto Ley 2400 de 1968, en su inciso 2 prohibía terminante "hacer descuentos o retenciones de sueldos o salarios con destino a los fondos de los partidos políticos o para cualquier finalidad de carácter partidario aún cuando medie autorización escrita de los empleados".

Dicha norma fue sustituída por el artículo 1o. del Decreto Ley 3074 de 1968 y la norma quedó textualmente así:

> "Queda prohibido a los pagadores y habilitados de todas las dependencias administrativas nacionales, departamentales y municipales y de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado hacer descuentos o retenciones de sueldos o salarios con destino a los fondos de los partidos políticos o para cualquier finalidad de carácter partidista, **salvo que medie autorización libre y escrita del empleado".** (Se subraya).

Y el artículo 14 de la Ley 130 de 1994 dispuso:

> "Aportes de particulares. Los partidos, movimientos políticos y candidatos, al igual que las organizaciones adscritas a grupos sociales que postulen candidatos, podrán recibir ayuda o contribuciones económicas de personas naturales o jurídicas.
>
> "..."

De conformidad con las normas citadas es claro para la Sala que la prohibición de hacer aportes y retener o descontar sumas de dinero con destino a los partidos políticos, a los movimientos políticos y aún a los candidatos tiene como excepción, por expreso mandato legal, posterior a la expedición de la Constitución de 1991, los que se hagan voluntariamente en el caso de los aportes y previa autorización libre y expresa en el caso de los descuentos y retenciones.

- La violación de la prohibición constituye causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura, según el mismo artículo 110 comentado.

Si como se anotó, la norma se refiere de manera genérica a todo aquel que desempeñe funciones públicas, debe tenerse en cuenta que existen diferentes formas de escogencia y vinculación de quienes adquieren el carácter de servidores públicos, y sin necesidad de entrar a estudiar cada uno de ellos, para el tema que se analiza, resulta pertinente hacer las siguientes precisiones:

Por **investidura** se entiende, según el diccionario de la Lengua Española, el "carácter que se adquiere con la toma de posesión de ciertos cargos o dignidades", es

decir que se trata de un concepto de carácter genérico que bien puede estar referido a cargos o a dignidades.

Si bien, no existe, desde el punto de vista jurídico, una definición sobre el concepto de investidura, es la misma Constitución Nacional la que al referirse a ciertos servidores públicos, miembros de corporaciones públicas de elección popular, ha utilizado dicho término para mencionar su dignidad, título o cargo.

Así, el artículo 113 preceptúa que "los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo (...) el elegido es responsable ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su**investidura"**; el artículo 179 numeral 4 se refiere a "quienes hayan perdido la **investidura** de congresista"; el artículo 183 prescribe que "los congresistas perderán su**investidura..."**; el artículo 237 numeral 5 al enumerar las funciones del Consejo de Estado, le atribuye la de "Conocer de los casos sobre pérdida de **investidura** de los congresistas"; el artículo 291 dispone que "los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública y si lo hicieren **perderán su investidura...".**

De acuerdo con lo anterior puede afirmarse que si bien todos los servidores públicos tienen una "investidura", en nuestra Carta Fundamental se utiliza dicho término en relación con los miembros de la corporaciones públicas, que son escogidos por elección.

Por ello cuando el artículo 110 consagra una prohibición genérica para todos aquellos que ejerzan funciones públicas y establece la respectiva sanción, hace la diferenciación en el mismo sentido, y ha de entenderse que entonces cuando habla de la pérdida de la investidura se refiere, como lo hace en las demás normas constitucionales que se han citado, a los miembros de las corporaciones públicas quienes son escogidos por elección, y por ello a juicio de la Sala sí se consagra allí una causal de la pérdida de la investidura adicional a las enumeradas en el artículo 183 de la Constitución Nacional para los congresistas.

El hecho de que la Asamblea Constituyente hubiera discutido las causales de pérdida de investidura al estudiar el artículo 183 no puede llevar a desconocer que, cuando reguló lo previsto en el artículo 110 se refirió expresamente a la pérdida de investidura precisamente era para establecer la sanción de quienes ha calificado como servidores públicos que detentan una investidura, como lo son los congresistas.

A juicio de la Sala no resulta válida la afirmación de que la conducta descrita en el artículo 110 de la Constitución Nacional pueda ser sancionada con la remoción del cargo en el caso de los Congresistas, pues justamente cuando la norma distingue entre remoción del cargo o pérdida de investidura es para referirse en este último caso a quienes ejercen funciones públicas y tienen una investidura como miembros de la

Corporación pública, que es el tratamiento que la Constitución en las normas correspondientes, y por ello utiliza la conjunción disyuntiva ö".

El hecho de que las normas de rango legal, como la Ley 5a. de 1992, no incluyan dentro de las causales de pérdida de investidura la prevista en el citado artículo 110 de la Constitución no puede tener como consecuencia desconocer la causal que de una manera expresa consagra la Carta Fundamental.

Por todo lo anterior la Sala comparte lo afirmado por el Señor Procurador Primero Delegado ante la Corporación, en el sentido de afirmar que la prevista en el artículo 110 de la Constitución es una causal de pérdida de investidura, adicional a las previstas en el artículo 183 *ibídem* y por lo tanto si es un congresista quien incurre en la conducta prohibida, la sanción será la pérdida de la investidura y si es un empleado público la sanción será la remoción del cargo.

3.**Procedimiento.**

Estando definido por la Sala en los términos anteriores que el artículo 110 de la Constitución Nacional consagra una causal de pérdida de investidura, es consecuencia necesaria de tal planteamiento que el procedimiento a seguir en el caso de autos era el previsto para tal efecto en la Constitución y la ley y por ello habiendo entrado a regir durante su tramitación la Ley 144 de 1994, se procedió a aplicar el procedimiento allí previsto hasta culminar el proceso, previa realización de la audiencia pública que tuvo lugar el día 9 de agosto del presente año.

Por lo anterior, no es posible aceptar los planteamientos hecho por el señor Apoderado del acusado, en el sentido de que en relación con el Dr. Cano Zuleta no existía una causal de pérdida de investidura y por lo tanto no se debía dar aplicación al procedimiento previsto en la legislación positiva para el efecto.

4. **El Caso Concreto.**

Habiéndose precisado los aspectos anteriores propuestos en el proceso y estando debidamente comprobado que el Doctor ROBERTO ELIAS CANO ZULETA, se desempeñó como representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Antioquia desde el 11 de noviembre de 1992, al tomar posesión para reemplazar al Doctor ALBERTO FORONDA quien falleció, según certificado que obra a folio 208 cuaderno principal, corresponde a la Sala analizar el problema de fondo para establecer si el acusado incurrió, como representante en violación de la prohibición establecida en el artículo 110 de la Constitución Nacional y por ello es acreedor de la sanción de pérdida de su investidura.

Los denunciantes afirman que el Representante CANO ZULETA indujo y coaccionó a algunos funcionarios públicos para que hicieran contribuciones de carácter económico, en beneficio suyo como candidato a la Cámara de Representantes para el período 1994-1998, y para su movimiento político el Directorio Liberal Popular

línea Gavirista. Afirman también que el Doctor CANO ZULETA utilizaba la posibilidad de intervenir en el nombramiento y despido de personal que presta servicios en el ISS Seccional Antioquia y que pertenecen a la Cooperativa Multiactiva de Trabajo Comunitario, porque sus directivos pertenecen al mismo grupo político del representante cuestionado.

La solicitud la fundamentan en sus propias declaraciones rendidas ante un Notario, algunos recibos, comunicados del Sindicato de Trabajadores del ISS y otros documentos tendientes a demostrar la real existencia de los aportes hechos, contra la voluntad de los aportantes y en razón de las amenazas y presiones hechas por el Representante Cano Zuleta.

Del conjunto de pruebas allegadas al expediente se observa:

PRUEBAS SOLICITADAS POR LOS DENUNCIANTES.

1. Declaraciones de los denunciantes.

De las declaraciones extrajuicio allegadas con la solicitud de pérdida de investidura, correspondiente a cada uno de los cinco denunciantes solo fue ratificada la rendida por el Señor Horacio de Jesús Díaz Higuita y de su dicho es del caso resaltar lo siguiente:

> "PREGUNTADO: Díganos si Ud. conoce al Congresista Ramón Elías Cano Zuleta, cuanto hace que lo conoce y porque. CONTESTO Lo conozco hace dos años, yo lo conozco, porque yo empecé laborando en el Directorio liberal de Antioquia, cuando estaba el difunto Alberto Foronda, yo era voluntario, hacia Diligencias en el Directorio, yo tenía una moto, y con esa moto ya hacía diligencias, me daban para la gasolina, PREGUNTADO: Ud. desempeñaba alguna función de cobro en ese Directorio, frente a los empleados. CONTESTO Si yo era cobrador de las cuotas de octubre a noviembre del 92 al 93.- PREGUNTADO Ud. a quién le recogía esas cuotas, y ellas eran voluntarias u obligatorias CONTESTO Yo recogía con recibos oficiales del Directorio Liberal Gavirista, las cuotas las daban voluntariamente, y otros eran amenazados, si no daban o cotizaban, se le cancelaba el empleo o que daba fuera de apoyo político. El Dr. Cano Zuleta y la Secretaria, Gloria Zuleta, eran los que amenazaban, ellos me decían a mi, y yo les decía a los empleados, PREGUNTANDO: Ud. sabe que relación tiene el Congresista Cano Zuleta con la cooperativa Multiactiva. CONTESTO: No se si será jefe de la Cooperativa, el Gerente Andrés Felipe, la cooperativa la fundó Oscar Villegas, y dentro estaba el Dr. Cano Zuleta. El Dr. Cano Zuleta maneja la cooperativa, por que el es el dueño yo me di cuenta que cuando fundaron la cooperativa, el manejaba eso desde Bogotá, a mí, me dijo que me iba a dar trabajo en la cooperativa y no me dio nada," me mamo gallo" PREGUNTADO Ud. recuerda qué personas cotizaban obligatoriamente al Directorio. CONTESTO Aníbal Zapata del EDA, Francisco López de Contraloría Auditor, Gustavo Escalante, la Dra. Gloria Gómez, PREGUNTADO qué

personas recuerda Ud. para que nos precise tenían que cotizar obligatoriamente, pues si no lo hacían podían perder el puesto. Las personas que Ud. mencionó anteriormente cotizaban voluntariamente o bajo amenazas. CONTESTO: En este momento recuerdo a Margarita no recuerdo el apellido, trabajaba en la lavandería de los Seguros Sociales tengo dos mas pendientes, pero no recuerdo nombres.- Los que mencioné anteriormente cotizaban voluntariamente, pero me exigían el recibo oficial, PREGUNTADO Ud. recuerda las siguientes personas, Arturo Hoyos, Mario Chavarriaga, José Luis Hoyos y Gloria Uribe. CONTESTO: Las conozco a José Luis del Directorio Liberal Gavirista, lo conocí en el Directorio por haber sido cobrador de allá. A los otros los conozco, Arturo es el hijo de José Luis Hoyos, lo conocí en el Directorio, y la Dra. Gloria Elena la conocí dentro del Directorio, fue Gerente de la Cooperativa, y luego la sacaron de allá, la despidieron. A Mario lo conocí, cobrando las cuotas del Directorio, unos que no podían no podían, y otros no daban cinco centavos yo pasaba el informe, y allá decían que si no daban cinco centavos fuera el apoyo político. Había mucha gente que se obligaba a cotizar, pero no recuerdo en este momento.- PREGUNTADO: Las personas que Ud. nos mencionó ahora, o mejor Chavarriaga, los Hoyos, la Dra. Gloria Elena, Ud. se volvió a ver con ellos. CONTESTO: Los vi en marzo, como el 8 algo así, a José Luis en el Directorio de Orlando Vásquez a los otros no los he visto, ni he hablado con ellos, PREGUNTADO: Ud porque se retiro del Directorio Gavirista. CONTESTO: Yo me retiré porque no me dieron puesto allá, no me han dado liquidación, me sacaron por un volado" yo cité al Dr. Cano a la oficina del Trabajo, yo lo demandé.- Yo no peleé con el Dr. Cano, salí como cualquier persona, a mi me robaron la moto haciendo diligencias". Hasta aquí la declaración .- Que lo expuesto es verdad y firma en constancia . Se advierte que ésta se hace de conformidad con el Art. 229 del C.P.C. por tratarse de ratificación de testimonios extraproceso.- La presente por lo avanzado de la hora se suspende para continuarla a las 2:00 p.m." (sic todo el texto).

Las otras declaraciones allegadas con la solicitud de pérdida de investidura no fueron ratificadas.

2. **Prueba Documental.**

A folios 26 y 27 del Cuaderno Principal obran cuatro (4) recibos de pago así: dos de ellos en copias al carbón, en papel membreteado del Directorio Liberal Popular de Antioquia, Federico Estrada Vélez, Línea Gavirista, firmados por el señor Horacio de Jesús Díaz Higuita y expedidos a nombre de Henry Cárdenas por $ 7.000.00 y de Mario Chavarriaga por $ 5.000.00. Las firmas están autenticadas en la Notaría.

Los otros dos recibos constan en formatos de recibos preimpresos, firmados por el señor José Luis Hoyos Montoya y expedidos a nombre de Gloria Uribe, cada uno por $ 5.000.00.

A folios 28 y 29 obran fotocopias autenticadas de comunicaciones del Gerente de la Cooperativa Multiactiva de Trabajo Comunitario y del Instituto de Seguros Sociales en relación con el señor Mario Chavarriaga, solicitando su cambio y suspendiendo de manera definitiva su contrato de convenio comunitario y a folios 30 y 31 aparecen fotocopias autenticadas de citaciones hechas al Dr. Roberto "Carlos" Zuleta a la Dirección Regional del Trabajo y Seguridad Social de Antioquia para adelantar diligencia de carácter laboral relacionada con el Señor Horacio Díaz.

Igualmente aparece una hoja del Diario El Colombiano, del martes 25 de enero de 1994, en el cual está publicado un aviso de "Denuncias al 42 Encuentro de Gerentes Seccionales del ISS, en el cual se afirma que el ISS se mantiene contra querer de los neoliberales y privatizadores y se hace referencia a "Contratos del ISS, Seccional de Antioquia con Cooperativas, maniobra del Directorio Político" y a que "... esta Cooperativa no es otra cosa que un Directorio Político, que orienta el Representante a la Cámara ROBERTO CANO ZULETA, quien ejerce al interior del ISS el más descarado clientelismo politiquero a través de la citada COOPERATIVA, con el patrocinio del señor Gerente Seccional, ofreciéndoles a humildes ciudadanos cargos en el ISS, para luego de ubicados saquearlos sustrayéndoles del irrisorio salario que se les paga, fuertes cuotas para el sostenimiento del directorio en mención...".

A folio 32A y 33 se encuentra el mismo documento publicado en el Diario El Colombiano a que se ha hecho referencia, impreso con membrete del Sindicato Nacional de Trabajadores del ISS Seccional Antioquia.

En relación con el cargo de violación del artículo 110 de la Constitución por haber inducido a funcionarios públicos a hacer contribuciones a un directorio político y para financiar su campaña política, de las anteriores pruebas, que son las únicas allegadas al proceso por los denunciantes para respaldar su solicitud de pérdida de la investidura del Representante Roberto Elías Cano Zuleta, puede establecerse **solamente** que los señores Héctor Cárdenas y Mario Chavarriaga aportaron $ 7.000.00 y $ 5.000.00, respectivamente para el Directorio Liberal Popular de Antioquia, Línea Gavirista, Federico Estrada Vélez; mientras que los recibos correspondientes a Doña Gloria Uribe simplemente dicen: "cuota mensual", pero de su texto no es posible establecer quien recibió la suma que en ellos se registra y ni de los unos, ni de los otros puede preciarse si hubo o no presión, inducción o constreñimiento por parte del representante acusado.

Y en cuanto a la declaración rendida por el mismo Señor Horacio de Jesús Díaz Higuita quien firma los recibos, quien actúa como denunciante y ratificó su declaración allegada con la solicitud de pérdida de investidura, observa la Sala que si bien afirma que fue cobrador del Directorio Político en cuestión y que había cuotas voluntarias y obligatorias, que se amenazaba a algunos si no cotizaba se les cancelaba el empleo y que el representante y su secretaria le decían a él y él les transmitía a los empleados las

amenazas; cuando es precisado el respecto de los denunciantes y de quienes si no pagaban serían despedidos, dice **"las personas que Ud. mencionó anteriormente, cotizaban voluntariamente o bajo amenazas"** y luego agrega **"los que mencioné anteriormente cotizaban voluntariamente, pero me exigían el recibo".** Lo anterior, permite afirmar, en un todo de acuerdo con el Señor Procurador Primero Delegado que no se encuentran probados los hechos invocados por los accionantes que impliquen la violación del citado artículo 110 de la Constitución.

En efecto, de las pruebas anteriores no puede establecerse la inducción o presión que se afirma hacía el representante y por el contrario es el mismo declarante quien precisa que había aportes voluntarios, caso con el cual no se configura la causal invocada; tampoco se ha probado cual era el destino de esos aportes que el declarante afirma haber recaudado, pues si bien aparecen en dos de los recibos allegados como recibidos por un Directorio Político, no está comprobado que evidentemente entraron a formar parte de sus fondos o que ingresaron a los fondos del Doctor Cano Zuleta o de su campaña política.

Considera la Sala que lo anterior apenas si puede constituir un indicio de los hechos afirmados, pero no su plena prueba, toda vez que los recibos en sí mismos no prueben el destino de los aportes, ni su carácter de voluntarios o no, ni la inducción amenaza o presión que se endilga al Doctor Cano Zuleta y la declaración de parte además de ser el dicho del denunciante, es confusa y contradictoria.

PRUEBAS SOLICITADAS POR EL DOCTOR ROBERTO ELIAS CANO ZULETA

1. **Pruebas Documentales.**

De las pruebas solicitadas por el Señor Apoderado del Doctor CANO ZULETA que se decretaron, es del caso mencionar las siguientes:

- Estatutos de la Cooperativa Multiactiva de Trabajo Asociado Comunitario COMUNITARIO y el certificado de su personería jurídica y representación, así como el acta de su Asamblea donde consta quienes conforman su Consejo de Administración y la Junta de Vigilancia.

- Certificación del INPEC sobre el señor José Luis Hoyos Montoya, que obra a folios 203, 204 y 205 según la cual el citado Señor, uno de los denunciantes que no ratificó su declaración, antes de 1985 tuvo una entrada a la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín, por el delito de peculado.

- Certificado del Centro de Rehabilitación de Drogadictos de San Luis (Antioquia), según el cual el Señor José Luis Hoyos estuvo en vía de rehabilitación en dicho centro y "hace un año se retiró" (folio 226).

- Fotocopia de la denuncia penal formulada por la Fiscalía 151 Seccional de Medellín contra el Señor Mario de Jesús Chavarriaga por amenazas contra el Doctor Andrés Felipe Alvarez Grajales, en la cual se hace referencia al delito de tortura moral. (folios 183 a 188).

- Certificado expedido por el Secretario de la Comisión Séptima de la Cámara, según el cual el Doctor Roberto Elías Cano Zuleta fue nombrado el 17 de noviembre de 1993 como ponente del proyecto de Ley No.204 Cámara y 155 Senado de 1992, por medio de la cual se crea el Sistema de Ahorro pensional y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social. (folio 210).

- Certificado expedido por el Secretario General del Dirtectorio Liberal Popular, Orientador ORLANDO VASQUEZ VELASQUEZ, en el cual afirma que le Doctor Roberto Elias Cano Zuleta "... es militante de esta agencia política" y que "el Doctor Roberto Elias Cano Zuleta anteriormente militaba el (sic) Directorio Liberal Popular de Antioquia-Línea Gavirista que orientaba el inmolado, Doctor Alberto Foronda Pimienta ..."(folio 218).

2. Testimonios.

De los testimonios solicitados como prueba por el señor apoderado del Doctor CANO ZULETA se decretaron los siguientes: Doctor Guillermo Mejía Mejía, Gerente del ISS, Regional Antioquia; Doctor Jhon Jairo Córdoba, Subgerente de Personal del ISS Regional de Antioquia; Doctor Andrés Felipe Alvarez Grajales, Gerente de la Cooperativa Comunitaria Multiactiva; Doctora Olga Lucía Villegas, Tesorera de la Cooperativa Comunitaria Multiactiva; Gloria Inés Zuleta Ciro, ex secretaria del Directorio Liberal Línea Gavirista; Doctora Gloria Gómez, abogada de la personería de Medellín; Doctor Aníbal Zapata, auditor especial de la Contraloría Departamental de Antioquia y Francisco Restrepo, empleado de la Contraloría General de Antioquia.

Habiéndose ordenado la respectiva comisión, las anteriores declaraciones fueron recibidas por el Tribunal Administrativo de Antioquia y las que se refieren al tema de los aportes, (las de Gloria Stella Gómez, Francisco Zapata Escobar, Andrés Felipe Alvarez Grajales, Olga Lucía Villegas Jaramillo, Francisco Restrepo y Gloria Zuleta Ciro) coinciden al afirmar que sí fueron apoyados por el Directorio Político en cuestión para la vinculación a los cargos, pero que no han sido objeto de presiones o amenazas y que los aportes que han hecho para el Directorio Popular Liberal fueron voluntarios.

Las declaraciones de los Doctores Mejía Mejía y Córdoba Bustamante, funcionarios del ISS explican los trámites que se cumplen para la vincularon del personal al ISS y la participación del Dr. Mejía en la creación de Cooperativas como alternativa para los trabajadores desvinculados del ISS, luego de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y la celebración de un contrato entre la regional del ISS y la Cooperativa Comunitaria Multiactiva para la prestación de los servicios de aseo y vigilancia.

Del análisis del anterior acervo probatorio concluye la Sala que si bien, sí existieron algunos aportes al Directorio Liberal Popular Línea Gavirista y que algunos de ellos fueron recaudados por el señor Horacio de Jesús Díaz Higuita, el denunciante, no es posible establecer de manera cierta su destino y si fueron hechos voluntariamente o no, ya que mientras solo el denunciante ratificado afirma, de manera contradictoria, dentro de su declaración que había amenazas y cuotas obligatorias, los testigos que declararon en el proceso afirman que sus aportes eran voluntarios y la que definitivamente no aparece probada es la actuación del ex representante CANO ZULETA que permita afirmar que indujo o presionó a funcionarios públicos a hacer aportes para si mismo o para su directorio político, razón por la cual la petición de su pérdida de investidura habrá de denegarse, toda vez que no se encuentra probada la causal prevista en el artículo 110 de la Constitución Nacional.

Por último, en relación con la solicitud hecha por el señor Apoderado del Doctor CANO ZULETA, y por él mismo, en el sentido de que en aplicación del artículo 13 de la Ley 144 de 1994, se compulsen copias a la Fiscalía General de la Nación, considera la Sala que del desarrollo del proceso, tal como consta en el expediente se observa la falta de pruebas, pero no es posible afirmar que hubo mala fe en los denunciantes, ni su temeridad, razón por la cual no se accederá a esta petición específica.

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

FALLA:

Niégase la solicitud de pérdida de la investidura como Representante a la Cámara de Representantes al Doctor ROBERTO ELIAS CANO ZULETA, presentada por los señores CARLOS ARTURO HOYOS BARRERA, HORACIO DE JESUS DIAZ HIGUITA, JOSE LUIS HOYOS MONTOYA y GLORIA HELENA URIBE HINCAPIE.

Niégase la petición de remitir el expediente a la Fiscalía General de la Nación.

En firme esta providencia, comuníquese a la mesa Directiva de la Cámara de Representantes, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio de Gobierno.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, ARCHIVESE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente*; Jaime Abella Zárate, Ausente; Ernesto Rafael Ariza; Joaquín Barreto Ruiz; Carlos Betancur Jaramillo; Guillermo Chahín Lizcano.*

Los Consejeros...

Miren De La Lombana de M., Clara Forero de Castro, Ausente*; Delio Gómez Leyva, Miguel González Rodríguez,* Ausente*; Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández,* Aclaración de Voto*; Carlos A. Orjuela Góngora,* con Aclaración de Voto*; Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez,* Ausente*; Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno;* Ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales/**DERECHO PENAL**-Principios/ **INTERPRETACION RESTRICTIVA**/(Aclaración de Voto).

Siendo una sanción, y de tan grandes magnitudes, participa de los principios fundamentales que rigen el Derecho Penal, como el de la legalidad, el del hecho punible, el de la tipicidad, el de la antijuridicidad, el de la culpabilidad, el de la favorabilidad y el de exclusión de analogía, además del de igualdad ante la ley, por todo lo cual las normatividades que rigen la figura han de ser de interpretación restrictiva y circunscrita a las causales que para la pérdida de la investidura de congresista ha establecido la disposición del caso, que lo es el art. 183 de la Constitución sin que sea dable recurrir a otras, aplicándolas por analogía. El artículo 110 del supremo estatuto, "norma de normas" (art. 4o.) consagra unas prohibiciones y unas sanciones causales a quienes las infrinjan. Las prohibiciones hacen vocación a contribuir, por parte de los funcionarios públicos, en forma alguna, el sostenimiento de los partidos, movimientos o candidatos y en el inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. Incurrir en una de esas prohibiciones acarrea la remoción del cargo o la pérdida de investidura: las palabras subrayadas son las que se han hecho estimar a la ilustrada mayoría de la Corporación que estas causales también cobijan a los congresistas, quienes si bien desempeñan funciones públicas, y que por lo tanto son servidores públicos, no es a éstos a quienes se refiere la norma sino a quienes desempeñen en carácter de funcionarios públicos, servicios públicos.

Aclaración de Voto: *Magistrado Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. AC-1587. Pérdida de investidura del ex representante Doctor Roberto Elías Cano Zuleta. Denuncia presentada por los ciudadanos Carlos Arturo Hoyos Barrera, Horacio de Jesús Díaz Higuita, Mario de Jesús Cavarriaga Baena, José Luis Hoyos Montoya y Gloria Helena Uribe Hincapié.

El suscrito está de acuerdo con la decisión del fallo, consistente en negar la solicitud de pérdida de investidura como congresista del hoy ex representante a la Cámara, Dr. Roberto Elías Cano Zuleta. Sin embargo, muy respetuosamente difiere de los planteamientos expuestos en las consideraciones y, de manera principal, por tener como causal de esa figura creada por la Constitución de 1991 (arts. 184 y 237-5), aquella de que habla para efectos genéricos, el art. 110 de la misma Carta Política. Y ello porque, según piensa el suscrito, al respecto cabe anotar los siguientes criterios:

1o.) La institución de la pérdida de la investidura de los congresistas conlleva a una **sanción.** Ella acarrea, nada menos, que la imposibilidad, para el futuro, de volver a ostentar la dignidad de congresitas -senador o representante- (art. 179-5), o de diputado (art. 299, inciso tercero), o de gobernador (art. 303, inciso segundo), o de concejal (art. 312, segundo inciso) o de magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (art. 233 -"mientras observen buena conducta"-), o de presidente o vicepresidente de la República (art. 191 concordante con los arts. 272 y 202), lo que equivale, en la práctica, a una "muerte política".

2o.) Siendo una sanción y de tan grandes magnitudes, participa de los principios fundamentales que rigen el Derecho Penal, como el de la legalidad, el derecho punible, el de la tipicidad, el de la antijurisdicidad, el de la culpabilidad, el de la favorabilidad y el de exclusión de analogía, además el de igualdad ante la ley, por todo lo cual las normatividades que rigen la figura que ha de ser de interpretación restrictiva y circunscrita a las causales que para la pérdida de la investidura de congresista ha establecido la disposición del caso, que lo es el art. 183 de la Constitución sin que sea dable recurrir a otras, aplicándolas por analogía.

3o.) El art. 183 de la Constitución dice a la letra:

"Los congresistas perderán su investidura:

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

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

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

4. Por indebida destinación de dineros públicos.

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

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

Esa norma, por tanto, sólo permite concordancia respecto a los arts. 179 y 180, que establecen, en su orden, el régimen de inhabilidades y el régimen de incompatibilidades, y respecto a los cánones legales que hayan desarrollado lo atinente al "régimen de conflicto de intereses".

4o.) Además, a ojos del suscrito, la norma se refiere a otra clase de investiduras, como la de los ministros, viceministros, magistrados de las corporaciones judiciales, etc., mas no así a los congresistas, por las razones dadas en el numeral 1 de esta aclaración de voto y porque sería ilógico que estuviera prohibido a los congresistas hacer contribuciones a los partidos o movimientos o a los candidatos de sus simpatías, pese a que ellos desempeñan tareas eminentemente políticas y a que deben su investidura a la elección popular. También sería ilógico, piensa el suscrito, que un congresista, que es, por regla general, un político, no pudiera para sus campañas solicitar -que es una forma de "inducir"- de sus adherentes contribuciones de cualquier clase, inclusive de tipo pecuniario. Es un hecho notorio el gran costo que tienen las campañas electorales las que no solamente se pueden solventar con el beneficio de financiación de que habla el art. 109 de la Carta.

5o.) Obsérvese, por último, que lo que la Constitución quiso prohibir es que los funcionarios públicos contribuyan al sostenimiento de los partidos o movimientos o candidatos, o que induzcan a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley, lo que en sí envuelve una prohibición, a los funcionarios de intervención en política, lo que descarta, como se ha explicado a los congresistas.

6o.) Por todo ello, como ha tenido el suscrito ocasión de explicarlo en otras oportunidades semejantes, no es posible erigir en una causal más de pérdida de investidura de los congresistas, las prohibiciones contenidas en el art. 110 de la Constitución.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna.

Fecha: 2 de septiembre de 1994.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento de voto adhirió el Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales/**PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD EN LAS CAUSALES**/(Aclaración de Voto).

Estimo que las causales de pérdida de investidura de los Congresistas están taxativamente contempladas en el Título VI, Capítulo 6, "De los Congresistas", de la Carta Política de 1991. Por tal razón considero que el artículo 110 de dicho estatuto no le es aplicable a los Congresistas y, antes bien, creo que por su redacción los excluye, particularmente a quienes tienen la calidad de dirigentes de los partidos o movimientos políticos, o son candidatos a las corporaciones públicas.

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

Referencia: Expediente AC-1587. Asuntos Constitucionales. Actores: Carlos Arturo Hoyos Barrera y otros. (Solicitud de pérdida de investidura del Congresista Roberto Elías Cano Zuleta).-

Con el respeto de siempre me permito aclarar mi posición en cuanto a la materia de fondo de este asunto, así:

1. Estimo que las causales de pérdida de investidura de los Congresitas están taxativamente contempladas en el Título VI, Capítulo 6, "De los Congresistas", de la Carta Política de 1991.

2. Por tal razón, considero que el artículo 110 de dicho estatuto no le es aplicable a los Congresistas, y antes bien, creo que por su redacción los excluye, particularmente a quienes tienen la calidad de dirigentes de los partidos o movimientos políticos, o son candidatos a las corporaciones públicas.

3. En efecto, la norma en comento dice, en su parte inicial, que le está prohibido a quienes desempeñan funciones públicas "hacer contribución alguna a los partidos., movimientos o candidatos, inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. "Y a primera vista me parece casi elemental que los dirigentes de los partidos o movimientos políticos y los candidatos a las corporaciones públicas, son los primeros interesados en hacer -si tienen con qué-, o en conseguir contribuciones para financiar las campañas y actividades del respectivo grupo al cual pertenecen. Otra cosa es que cuando las obtengan de terceros pudiesen emplear métodos coercitivos o faltos de ética; sin embargo, en este caso pienso que entrarían en juego las normas disciplinarias o penales que regulen la materia. En últimas, esta temática debe ser desarrollada y reglamentada por la ley, y en la medida en que persistan las dudas planteadas considero que no puede aplicarse la norma para despojar de su investidura a los Congresistas.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

NOTA DE RELATORIA: El salvamento de voto del Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA es el mismo expresado entre otros en los procesos AC-1215 de abril 1° de 1994, Actor: IVAN VERGARA GOMEZ, en la pérdida de la investidura del representante a la Cámara RICARDO ROSALES ZAMBRANO; AC-1491 de abril 25 de 199 , actora: MERYS PASTRANA NEGRETE, con Ponencia del Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA, en la pérdida de la investidura del Representante a la Cámara PLINIO D'PAOLA CUELLO.

CONGRESISTA-Incompatibilidades/**EMPLEO PRIVADO**

A los congresistas les está vedada la realización de tareas o funciones distintas a las propias de su calidad de congresista, sean éstas públicas o privadas, remuneradas o no, con dependencia laboral o sin ella, dentro de la jornada de las Cámaras o en su tiempo libre. Lo que prohibe la Constitución Política no es la superposición de jornadas laborales, sino el quebrantamiento de la condición de dedicación exclusiva que impuso el constituyente al cargo de congresista y la utilización del poder que imprime tal calidad, en cargo, empleo o dignidad diferente. Las dos facetas de incompatibilidad son igualmente importantes y no basta probar que el trabajo congresional no fue afectado para sustraerse de la sanción constitucional, si como el caso de*sub lite* **aparece que la Presidencia de la Fundación implicó el ejercicio simultáneo y permanente de las funciones propias de una representación legal de entidad privada por parte del Senador y que su presencia colocaba a la fundación en una situación de notorio privilegio y la posibilitaba para influir sobre organismos públicos y privados y sobre la comunidad en general.

CONGRESISTA- Incompatibilidades/ **TRAFICO DE INFLUENCIAS**

No era una fundación cualquiera la que presidía y representaba el Senador; se trataba de una entidad que actuaba como intermediaria entre el Estadó y la comunidad en la distribución de becas y auxilios y que se nutría casi exclusivamente de auxilios y donaciones de personas públicas y privadas, es decir, que gozaba del favor estatal y la buena voluntad de los participantes para el ejercicio de su actividad, por lo cual la presencia del Senador le era

especialmente valiosa. Esta especial circunstancia le impedía al Senador desempeñar el cargo de Presidente, dado que su investidura de congresista por sí sola le confiere esa capacidad excepcional de influencia sobre la comunidad y sobre quienes manejan dineros de Estado, conducta que la Carta Fundamental quiso evitar.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Santafé de Bogotá D.C. septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas.

Referencia: Expediente No. AC-1610. ASUNTOS CONSTITUCIONALES. Actor: CESAR RAMON ARAQUE RODRIGUEZ. (Solicitud de pérdida de investidura como Senador del doctor RICAURTE LOSADA VALDERRAMA).

Improbada por decisión mayoritaria la ponencia presentada por el Consejero Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora., procede la Sala a decidir la solicitud formulada por el ciudadano César Ramón Araque Rodríguez, para que se decrete la pérdida de la investidura como Senador del doctor Ricaurte Losada Valderrama.

LA DEMANDA

El ciudadano Araque Rodríguez indicó que el señor Ricaurte Losada Valderrama fue elegido Senador de la República el 27 de octubre de 1991, para el período que comenzó el 1o. de diciembre de 1991, dignidad que actualmente ostenta.

Para solicitar la perdida de investidura se adujo el motivo definido en el numeral 1 del artículo 180 de la Constitución Nacional, ante la circunstancia de haber ejercido simultáneamente hasta el 5 de noviembre de 1992, tanto la senaturía como la representación legal de la Fundación "Fondo Educativa Jorge Eliécer Gaitán", cuya personería jurídica se le confirió mediante la resolución No. 0236 emanada de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá; y por que en el mismo lapso regentó una cátedra en la Universidad Libre de Colombia.

Así mismo, se refirió a que el Doctor Ricaurte Losada estaba incurso en una inhabilidad constitucionalidad para ser elegido como Congresista porque a través de la mencionada Fundación administraba "contribuciones parafiscales" (auxilios), que constituían la principal fuente económica de la entidad, lo cual encuadra dentro de la prohibición del numeral 3 del artículo 179 de la Carta Política.

De igual manera, se adujo que participó por interpuesta persona en la Asamblea Nacional Constituyente, en la medida que la esposa del Congresista se desempeño como asesora de uno de los delegatarios en la misma.

Finalmente, se planteó que el Senador se ha empeñado en impulsar una "contrareforma" que echara por tierra los logros de la nueva Carta Fundamental. (Fls. 1-4).

LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

En el escrito de contestación, el Senador Losada Valderrama se opuso a las pretensiones de la demanda, se refirió a los hechos invocados por el actor y formuló la excepción de inconstitucionalidad.

Esta, en su opinión, deviene de la aplicación del procedimiento ordinario Contencioso Administrativo al juicio de pérdida de investidura, pues tanto en la Asamblea Nacional Constituyente como la Carta expedida en 1991, se indicó que el legalizador expediría un procedimiento especial para resolver esta clase de controversias en un término no superior a veinte días, que luego fue reiterado por el inciso 3o del artículo 305 de la Ley 5a. de 1992, lo cual implica una violación del debido proceso (Art. 29, C.N.), en cuanto se estaba tramitando bajo las normas del proceso ordinario por mandato del art. 205 del C.C.A. (Fl. 12, C. No. 2).

En cuanto tiene que ver con los hechos argumentó la defensa, respectivamente, que no era cierto que hubiera ejercido la representación legal de la expresada Fundación, pues de manera irrevocable renunció a la dignidad que en ella ostentaba desde el 28 de abril de 1992; y que tampoco lo era que hubiese desempeñado realmente su Presidencia, "pues no realizó durante el período ninguno de los actos a que se refiere el artículo quinto de los estatutos, pues no adquirió ni enajenó bienes, ni los gravó, ni limitó su dominio, ni los entregó a título prendiario, como tampoco renovó obligaciones, ni designó apoderados judiciales o extrajudiciales (...), ni tampoco desempeñó ninguna de las atribuciones del artículo 18 de los mismos estatutos, durante el período a que se refiere la solicitud." (Fl. 2, C. No.2).

Prosiguió aceptando que la fundación recibió y ejecutó ayudas oficiales denominadas en el pasado "auxilios, como actividad de fomento, que se destinaron y ejecutaron dentro de los estrictos límites de la ley y de su capacidad jurídica, y sobre cuya legitimidad se pronunció la Corte Constitucional en fallo del 4 de febrero de 1993, para confirmarla.

No aceptó haber administrado "contribuciones parafiscales" ni en el momento de su elección, ni antes, ni después.

Del mismo modo, se negó haber participado por la interpuesta persona en la Asamblea Nacional Constituyente, explicando la forma reglamentaria como su consorte cumplió con el cargo de asesora; y, para terminar, discutió los asertos del peticionario sobre la contrareforma constitucional, lo cual, al contrario, en su opinión, muestra como cumplió cabalmente, con su asidua asistencia y su participación en los asuntos del

Legislativo, con el ejercicio del cargo. Por ello pidió se aportaran como pruebas los Anales del Congreso y las Gacetas del Congreso donde constan sus participaciones.

TERCERO IMPUGNANTE:

El ciudadano Mario R. Montoya Negrete impugnó la demanda, pues como elector del Senador Ricaurte Losada Valderrama, según su propio dicho, se halla interesado en las resultas de la misma.

Por ello, pidió la nulidad del proceso porque se le había impuesto un trámite diferente al que le correspondía, conforme al numeral 4 del artículo 140 del C de P. C., y a; artículo 165 del C.C.A., ya que como no se había determinado por la época del escrito- su procedimiento especial, -según el querer del constituyente-, existía un procedimiento como presupuesto procesal que imposibilitaba, entre tanto, el ejercicio de la competencia del Consejo de Estado para conocer del proceso (Fls. 33-45, C. No. 1).

Dicha nulidad procesal fue resuelta negativamente en providencia del 12 de mayo de 1994. (Fls. 57-62).

PRUEBAS:

En atención a las reglas del proceso ordinario se decretaron y practicaron las pruebas pedidas por las partes, y en forma oficiosa otra por el Consejero conductor del proceso.

Así las cosas, se dispuso a tener como tales los documentos presentados por el solicitante, entre ellos:

- La fotocopia simple de los estatutos de la Fundación FONDO EDUCATIVO JORGE ELIECER GAITAN, "FEJEG" (Fls. 5-8).

- La certificación expedida por el Jefe de la División de Personas Jurídicas, de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., relacionada con la existencia y representación legal de la mencionada Fundación y sobre el ejercicio del cargo de Presidente por la persona del doctor Ricaurte Losada Valderrama, hasta el 5 de noviembre de 1992 (f. 9).

- El original de la carta del 28 de abril de 1992, suscrita por el Dr. Ricaurte Losada Valderrama y dirigida a los miembros del Consejo Administrativo de aquella, para dimitir al Consejo Administrativo y a la Presidencia de la Fundación (Fl. 10).

-La fotocopia simple del documento suscrito por el Senador Losada Valderrama, dirigido a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, remitiendo la nota dimisoria, con la reproducción de un sello numerador y fechado el 6 de mayo de 1992 (Fl. 11).

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Como pruebas pedidas por el Senador se dispuso tener en cuanto tales los documentos aportados con su contestación de la demanda (Fls. 30-335, del C. No. 2), entre ellos la fotocopia de la nota de renuncia a sus posiciones en la Fundación (fl. 19) el documento privado, sin autenticar, donde dos miembros fundadores le informan sobre la aceptación de su renuncia (Fl. 19); la síntesis de la actividad parlamentaria del Senador (Fls. 21-26); el informe de la labor realizada por el Senador suscrito por él (Fls. 27-29); la certificación sobre su asistencia a las sesiones plenarias del Congreso, expedida por el Secretario General del Senado de la República (Fls. 30-31), y la fotocopia de un proyecto de acto legislativo y de su exposición de motivos (Fls. 32-335).

De igual manera, a instancias del demandado se aportaron ejemplares de los Anales del Congreso y de la Gaceta del Congreso, que comenzó a publicarse a partir del mes de junio de 1992, donde se recogió parte de su actividad pública como Senador. Allí aparece publicada la constancia-comunicado que el Senador Ricaurte Losada Valderrama leyó en el curso de la sección plenaria del día 1o. de abril de 1992, relacionada con el manejo de los fondos de la Fundación "Fondo Educativo Jorge Eliécer Gaitán", a la sazón presidida por él (Anales del Congreso No. 45), martes 7 de abril de 1992, pag. 4a., columna 1a.). (Fl. 148 vto. m del C. No. 3 del; expediente).

En este momento procesal, ya en vigencia de la Ley 144 sancionada en 1994, se imprimió al proceso el trámite especial en ella ordenado., se señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia pública y se decretaron pruebas de oficio por el Consejero Ponente.

No obstante la insistencia, la Univesidad Libre de Colombia no dio respuesta a lo pedido, concerniente con el ejercicio de la cátedra universitaria por parte del demandado en esa institución de la educación superior, tal como reza el informe secretarial respectivo (Fl. 159, C. No. 1).

La Gerencia Nacional de Operaciones Bancarias de la Caja Agraria, certificó que:

> "Las órdenes de pago de la Fundación "FONDO EDUCATIVO JORGE ELIECER GAITAN", correspondiente a la Cuenta 1007-059351-0, eran dadas por los señores Ricaurte Losada Valderrama con cédula de ciudadanía No. 19.119.027 de Bogotá y PEDRO EDUARDO FONTAL APONTE con cédula de ciudadanía 19.318.043 de Bogotá, tal como consta en la fotocopia autenticada de la tarjeta de firmas, anexa".
>
> "Me permito manifestarle que el número de cuenta relacionado corresponde a cuenta de ahorros y no a cuenta corriente". (fl. 122). C. No. 1).

A folio 123 obra la fotocopia mencionada en la certificación bancaria.

AUDIENCIA PUBLICA:

Tal como se había dispuesto, el 16 de agosto se llevó a cabo la audiencia pública de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ordenada en el auto del 5 de los

mismos mes y año, en la que intervinieron el solicitante, el Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, el demandado y su apoderado.

El ciudadano actor hizo uso de la palabra y fue grabado en casete y anexada al expediente su intervención. Presentó, además, un escrito sustentario de su petición, que reiteró, insistiendo en que el Senador se desempeñó simultáneamente como tal y como Presidente y Representante Legal de la multicitada Fundación, hecho subsumido en el motivo dispuesto por el numeral 1 del artículo 180 de la Constitución Política vigente, que define como incompatible el cargo de congresista con el desempeño de cualquiera otro público o privado. Igualmente, se hallaba incurso en la inhabilidad para ser congresista, porque manejaba omnímodamente los dineros oficiales captados como "auxilios" por esa Fundación, por lo que pidió al Consejo de Estado, si lo estimaba conveniente, pidiera la prueba documental aportada al asunto penal que se sigue contra el Senador ante la H. Corte Suprema de Justicia.

Luego, dio razón de las alusiones que hizo en la demanda sobre el comportamiento del demandado para resaltar que actuó de modo consciente en la trasgresión del orden jurídico, a través de su conducta nepótica y clientelista (Fls. 127-131).

La intervención del señor Procurador Tercero Delegado ante la Corporación versó sobre la teología de las causales de desinvestidura y la situación del Senador demandado. En su criterio, la intención del Constituyente pretendía la moralización de la actividad del Congreso, por factores que se relevó de ampliar; y, por otro lado, la profesionalización de la función congresional.

En lo relacionado con los hechos atribuídos al demandado, en su concepto, que igualmente aportó por escrito, observó que la Presidencia de la Fundación únicamente la ostentó hasta el 7 de mayo de 1992 y no como lo asevera el solicitante, sin que efectuara ninguna actividad propia - o al menos no se demostró así - de la dignidad comentada.

Apuntó que esta Corporación ha distinguido entre cargo y empleo, bien como vínculo laboral contractual o legal y reglamentario, ora como dignidad, tarea o encargo, pero que se pueden ejercer aquéllos mientras no se altere la actividad congresional y no se comprometa la responsabilidad frente al mandato político (Fl. 139), como puede seguirse de las sentencias de esta Corporación fechadas el 22 de mayo, el 14 y el 27 de abril del presente año.

Prosiguió tratando la naturaleza social de la Fundación y su labor de fomento a la educación y la cultura y explicando cómo la tarea del Senador no resultó interferida por ella, tanto que la Ley 5a. de 1992 reconoce la compatibilidad de la función del congresista con las actividades de las fundaciones cuyos objetivos sociales las proyecten en los campos de la salud, la educación, la vivienda y las obras públicas para beneficio de la comunidad, como las científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas.

De conformidad con este análisis, se repara en que el solicitante no cuestionó el ejercicio de la actividad de la Fundación ni el manejo de sus fondos, pero se explica que de todas maneras no incurrió en la inhabilidad que se le atribuye porque no administró contribuciones parafiscales (fl. 132-143).

El demandado intervino para referirse a su actividad congresional y a los cargos del libelo, dentro del hilo expositivo de la contestación de la demanda. Habló también su apoderado y aportó un escrito de conclusiones sobre los hechos y la petición.

Coincidió con el Ministerio Público en lo tocante con la finalidad de las incompatibilidades en procura de la moralización del Congreso. Pasó luego a referirse a la distinción entre cargo y empleo, siguiendo en ello providencias de la Corporación en asuntos de la desinvestidura congresional, como la del 22 de marzo de 1994, cuya conclusión básica permite sostener que ningún congresista puede detentar, simultáneamente con su investidura, una relación contractual laboral con empleadores privados o públicos, ni una relación de derecho público distinta con un organismo oficial; y apoyado en un enfoque semejante, sostuvo que es claro que la materialidad de la incompatibilidad exige que el conjunto de actividades, por su densidad y frecuencia, no obstaculicen o estorben la delicada tarea congresional (fl. 147). Lo propio hizo su apoderado respecto de la noción de desempeño del cargo, apoyándose en decisiones pretéritas de la Corporación (fl. 148-150).

En lo que hace con el cargo relativo a la administración de contribuciones parafiscales, -con cita de providencias de la Corte Constitucional que precisan esa noción-, se limitó a la acusación para decidir que no hay en el expediente copia auténtica de los estatutos de la Fundación que permita el análisis de su estructura y de su modo operativo, aunque recalcó que el demandado no ejerció su presidencia ni su representación legal, ni durante el período de incompatibilidad ejecutó los actos propios del cargo, ni generó un contrato de trabajo entre él y la fundación; y aunque la Caja Agraria certificó la existencia de la cuenta de la Fundación y el registro de la firma del Senador como ordenante, en su criterio no se concluye que el congresista hubiera dedicado su tiempo, durante el periodo a que alude la demanda, a administrar los asuntos de la Fundación; ni existe una sola prueba sobre la dedicación transitoria, menos permanente, en detrimento de su función constitucional de Congresista; en cambio, sí existe suficiente prueba de su dedicación por entero en ese mismo tiempo a la labor parlamentaria (Fl. 152).

Para finalizar, se ocupó de la inhabilidad planteada por el actor, derivada del hecho de haber administrado contribuciones parafiscales, lo que no corresponde a la realidad, pues los auxilios oficiales que recibían las instituciones al amparo del antiguo ordenamiento constitucional no son recursos parafiscales (Fl. 157).

Como no se observa causal de nulidad procesal, se procede a resolver sobre lo pedido, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

En cuanto al aspecto relacionado con la competencia, la Sala debe reiterar su posición en el sentido de que el conocimiento de estos procesos le compete a la Sala de lo Contencioso Administrativo, como lo venía sosteniendo esta Corporación y lo señaló tajantemente la Corte Constitucional en su sentencia C-319, proferida el 14 de julio de 1994 en el proceso D-470 (Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 296 a 304 de la Ley 5a. de 1992 "por la cual se expide el reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes"; Actor: Carlos Navia Palacios; Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara). Por esa circunstancia, no se aplicarán, por inconstitucionales, la expresión **"en pleno" del** artículo primero y el parágrafo del mismo, de la Ley 144 de 1994, "por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas", en la medida que reproduce el artículo 298 de la Ley 5a. de 1992, declarado inexequible en la providencia mencionada.

De idéntico modo, se declarará no probada la excepción de inconstitucionalidad propuesta por la parte demandada, en cuanto a la adopción -antes de la Ley 144 de 1994-, del procedimiento ordinario para el desarrollo de este juicio, habida cuenta de que como se dijo en todas las oportunidades anteriores que trataban de la misma materia, el Consejo de Estado no podía soslayar su obligación constitucional de pronunciarse al respecto, so pretexto de que no existía un procedimiento especial para estos efectos. Cuestión distinta es la de que, -como se hizo en este evento-, a partir de su promulgación se aplique el trámite especial contemplado en la Ley 144 de 1994.

ASPECTO DE FONDO

Ahora bien, respecto de los cargos que han sido formulados al senador Losada Valderrama, la Sala encuentra probados los siguientes hechos que considera relevantes para su decisión:

1- El señor Ricaurte Losada Valderrama fue elegido Senador por la circunscripción nacional por el Partido Liberal Colombiano para el período constitucional 1991-1994 (fl. 96 c.ppal.).

2- La denominada FUNDACION FONDO EDUCATIVO JORGE ELIECER GAITAN es una fundación de carácter privado sin ánimo de lucro con personería jurídica reconocida mediante resolución especial No. 0236 de 3 de agosto de 1987 (fl 9 c.ppal.).

3- Los objetivos de la Fundación, de conformidad con el artículo tercero de sus estatutos, son los de "propender por la promoción de la educación, la cultura y la colaboración mutua de carácter social, de la juventud estudiosa del país, buscando la recuperación y fortalecimiento de los valores populares en sus diversas formas de expresión por lo cual **la fundación otorgará becas y auxilios** con el objeto de

promocionar a la educación de los sectores medios y populares de Colombia". (Se destaca) (fl. 5 c.ppal.).

4- Según el artículo cuarto de los mismos estatutos el patrimonio inicial de la fundación fue de $ 2.100.000 provenientes de un auxilio decretado por el Concejo Distrital de Bogotá, y conforme al artículo séptimo, la fundación podrá aceptar donaciones, auxilios, herencias, legados y todo aporte voluntario de**personas naturales o jurídicas oficiales o particulares..**" (**nuevamente** se destaca) (fl 5 c.ppal).

5- El artículo décimo sexto de los estatutos dispone que la Fundación tendrá un Presidente elegido por el Consejo Administrativo, que durará en el ejercicio de sus funciones hasta que se designe a quien deba reemplazarlo y que mientras se designa Presidente, el señor Ricaurte Losada Valderrama lo será para todos los efectos estatutarios.

6- Como funciones del Presidente se señalaron las siguientes:

> "a) Representar a la Fundación judicial y extrajudicialmente y ante funcionarios administrativos; b) Celebrar contratos y ejecutar los actos en que la fundación sea parte de suscribir las correspondientes escrituras o documentos; c) Crear los cargos que la Fundación requiera para su buen funcionamiento, fijar asignaciones y remover a los empleados; d) Cumplir y hacer cumplir los estatutos y reglamentos; e) Presidir las reuniones del Consejo Administrativo; f) Autorizar los pagos de la fundación y delegar esta atribución cuando lo estime conveniente; h) (sic) Dictar las normas que estime conveniente para el normal funcionamiento Administrativo de la Fundación; i) Las demás que señale el Consejo Administrativo ". (art. décimo octavo de los estatutos).

7) al mismo tiempo en que el señor Losada Valderrama se desempeñaba como Senador, ejercía la Presidencia de la Fundación, a la cual renunció mediante comunicación privada el 28 de abril de 1992, respondía también mediante comunicación privada el 9 de mayo siguiente. Obra sin embargo prueba de que el Consejo Administrativo de la Fundación sólo inscribió nuevo representante legal en el registro público de personas jurídicas de la Alcaldía de Bogotá, el 5 de noviembre de 1992, por lo cual según certificación de la División de Personas Jurídicas de la citada Alcaldía Mayor, el señor Ricaurte Losada Valderrama desempeñó la Presidencia 'hasta el 5 de noviembre de 1992" (fls 9 y 10 c.ppal).

8- En el período en el que coetáneamente el señor Ricaurte Losada se desempeñó como Senador y como Presidente de la Fundación, la entidad cumplió con su objetivo social. Según informe rendido al Senado el 1o. de abril de 1992 por el mismo acusado, "hasta el 26 de marzo del año en curso" la Fundación otorgó becas y auxilios por $ 34.474.156 distribuyendo así el auxilio otorgado por el Distrito Capital de Bogotá, el 26 de julio de 1991, por $ 42.000.000. (fl. 148 v. c. 3 y 108 c. 1.).

9- Según certificación de la Gerencia Nacional de Operaciones Bancarias de la Caja Agraria, uno de los dos ordenadores de pago de la cuenta de la Fundación Fondo Educativo Jorge Eliécer Gaitán era el Senador Ricaurte Losada Valderrama en su calidad de Presidente; su firma obra registrada en la fotocopia de la tarjeta que se anexa a la certificación. En dicha tarjeta aparece además que la cuenta se canceló según su oficio del 3 de abril de 1992 y que el saldo se situó en el Banco Popular, depósitos judiciales, mediante cheque de gerencia por valor de $ 7.606.979. Igualmente obra una anotación manuscrita que dice "cancelada embargo". (fls 122 y 123 c.ppal.).

De lo anterior se desprende que simultáneamente con el ejercicio del cargo de Senador, el señor Ricaurte Losada Valderrama desempeñó la Presidencia de la Fundación Fondo Educativo Jorge Eliécer Gaitán, hecho que por lo demás acepta el demandado aun cuando sólo hasta el 28 de abril de 1992 fecha en la que presentó renuncia.

Pues bien, la Presidencia de la Fundación tiene asignadas varias funciones administrativas, entre ellas dos muy importantes que ejerció el Senador, según se encuentra comprobado: representar legalmente a la entidad y ordenar los pagos para el cumplimiento del objetivo social. Y se encuentra probado, porque la oficina competente certifica que el Senador fue el representante legal inscrito de la Fundación hasta el día 5 de noviembre de 1992, y el Gerente de Operaciones Bancarias de la Caja Agraria informa que él era uno de los ordenadores de los pagos en una cuenta de ahorros de ésta, adjuntando copia de las tarjetas de registro de firma en donde hasta el 3 de abril de 1992, fecha en la que se canceló la cuenta, aparece registrada la del Senador como Presidente de la Fundación.

La Fundación, por otra parte, estuvo siempre activa cumpliendo su objetivo social mediante el otorgamiento de becas y auxilios en operaciones de las que no pueden sustraerse al Senador, por su condición de Presidente, y especialmente de representante legal y ordenador de pagos. Bien es sabido que las personas jurídicas, sólo pueden actuar a través de sus representantes y en el caso *sub-júdice,* el representante legal inscrito en la Fundación hasta el 5 de noviembre de 1992, fecha en que fue inscrito su reemplazo, fue el señor Losada Valderrama, como figura en la certificación de que da cuenta el oficio visible a folio 9 cdno. ppal., no obstante que aparezca la dimisión en carta de ábril 28 de 1992, pues los mismos estatutos consagraron en su artículo décimo sexto que el Presidente durará en el ejercicio de sus funciones hasta que el Consejo designe a quien deba reemplazarlo.

Luego si como lo acepta el mismo demandado, la Fundación cumplió estrictamente con los fines para los cuales fue creada, conceder becas y auxilios escolares, surge evidente la actuación del representante legal en todos los trámites para su asignación, en la misión de las órdenes de pago respectivas, y en fin todas las actividades que suponen el funcionamiento activo de la entidad. Por manera que no puede aceptarse que el Senador durante el tiempo en que se desempeñó como representante legal de la Fundación no realizó ningún acto para ella, como lo afirma el demandado.

Extractada esta primera conclusión, ha de examinarse si el Senador con su conducta traspasó el marco de la prohibición señalada en el artículo 180 numeral 1 de la Constitución Nacional, para lo cual es preciso hacer claridad sobre los elementos que edifican esta causal incompatibilidad.

Dispone el artículo 180 de la C.N., en su numeral 1, lo siguiente:

"Los congresistas no podrán:...

1.- Desempeñar cargo o empleo público o privado."

La anterior preceptiva fue recogida en los mismos términos por el numeral 1 del artículo 282 de la Ley 5a. de 1992, reglamento del congreso, estatuto que además señaló las excepciones a dicho régimen de incompatibilidades, que en cuanto a esta conducta se refiere, quedaron consignadas en los numerales 1, 9, 10, 11 y 12 del artículo 283. Reza dicha disposición:

> "EXCEPCION A LAS INCOMPATIBILIDADES. Las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los Congresistas puedan directamente o por medio de apoderado:
>
> 1.- Ejercer la cátedra universitaria.
>
> .....
>
> 9.- Participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley.
>
> 10.- Siendo profesional de la Salud, prestar el servicio cuando se cumpla en forma gratuita.
>
> 11.- Participar en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas.
>
> 12.- Pertenecer a organizaciones cívicas y comunitarias.
>
> ....."

Dentro de la interpretación armónica de estas disposiciones debe entenderse entonces que, con excepción de las actividades enlistadas como permitidas, a los congresistas les está vedada la realización de tareas o funciones distintas a las propias de su calidad de congresista, sean éstas públicas o privadas, remuneradas o no, con dependencia laboral o sin ella, dentro de la jornada laboral de las Cámaras o en su tiempo libre.

El señor Ricaurte Losada Valderrama alega en su defensa que ha ejercido siempre y a plenitud su mandato parlamentario, que durante el período a que alude la demanda faltó sólo una vez a las sesiones plenarias del Senado, con excusa, y que su actividad congresional siempre lo ha colocado por su trabajo en los primeros puestos del

congresista responsable y cumplidor de sus deberes y se pregunta que, "en donde radica la incompatibilidad, entendida como sustracción de tiempo al trabajo parlamentario", planteamiento que refleja el que parece ser su pensamiento respecto a que la incompatibilidad constitucional únicamente ocurre cuando el desempeño del cargo público o privado interfiera con la jornada de trabajo del Congreso, es decir, cuando las jornadas de trabajo de los dos cargos coincidan total o parcialmente.

Apoya el Senador su razonamiento en sentencias anteriores proferidas por esta corporación, entre ella la dictada en el expediente AC- 1351 de marzo 22 de 1994, Actor: Ligia Flor Sánchez de Mendoza, la que interpreta erróneamente y fuera de contexto.

El Consejo en el fallo en mención hizo claridad respecto a que las expresiones "cargo o empleo" tienen dos connotaciones, la del vínculo laboral, y la de dignidad tarea o encargo, y frente a la segunda, analizó los hechos propios del *sub lite,* para concluir que en este caso concreto la actuación no ejecutiva y esporádica que realizaba el Congresista como miembro de una junta directiva, no lo hacía incurso en la incompatibilidad primera del artículo 180 de la C.N.

Pero además, ya en sentencia proferida en el expediente AC-500 de octubre 5 de 1993, Actor: Procuraduría General de la Nación, esta Corporación analizó cómo la incompatibilidad primera del artículo 180 de la Carta tiene dos claros objetivos: el de garantizar la dedicación exclusiva del congresista al ejercicio de tan delicada función el de precaver la posibilidad de un tráfico de influencias.

Se pronunció así el Consejo en aquella oportunidad:

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

"2- **INCOMPATIBILIDADES .**

2.1 OBJETO: Asegurar que el congresista no utilice su poder sobre las otras ramas del poder público y sobre la comunidad en general para obtener privilegios y crear condiciones para el mejor desempeño del cargo y para prevenir las acumulaciones de honores o poderes.

.....

Por otra parte el congresista debe ser alguien que dedique de manera real su capacidad de producción intelectual y su tiempo a las labores del parlamento.

.....

2.3.3. El posible tráfico de influencias que permitiría la investidura parlamentaria, obliga a prohibir también el desempeño de cualquier otro cargo o empleo público o privado....."

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

"5.2 **Incompatibilidades en el ejercicio del cargo:** Para este capítulo se contempla la necesidad de asegurar que el congresista no utilice su poder o su influencia sobre otras ramas del sector público o sobre la comunidad en general para obtener privilegios (tráfico de influencias). Además se consideró la búsqueda de mecanismos que aseguren la dedicación y eficiencia del parlamentario en la labor legislativa...."

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

De manera que, debe reiterar la Sala, lo que prohibe la Constitución Política no es la superposición de jornadas laborales, sino el quebrantamiento de la condición de dedicación exclusiva que impuso el constituyente al cargo de congresista y la utilización del poder que imprime tal calidad, en cargo, empleo o dignidad diferente.

Las dos facetas de la incompatibilidad son igualmente importantes y no basta probar que el trabajo congresional no fue afectado para sustraerse de la sanción constitucional, si como en el caso *sub-lite* aparece que la Presidencia de la Fundación implicó el ejercicio simultáneo y permanente de las funciones propias de una representación legal de entidad privada por parte del Senador y que su presencia colocaba a la Fundación en una situación de notorio privilegio y la posibilitaba para influir sobre organismos públicos y privados y sobre la comunidad en general.

No puede pasar inadvertido que no era una fundación cualquiera la que presidía y representaba el Senador; se trataba de una entidad que actuaba como intermediaria entre el Estado y la comunidad en la distribución de becas y auxilios y que se nutría casi exclusivamente de auxilios y donaciones de personas públicas y privadas, es decir, que gozaba del favor estatal y la buena voluntad de los particulares para el ejercicio de su actividad, por lo cual la presencia del Senador le era especialmente valiosa.

Esta especial circunstancia le impedía al Senador desempeñar el cargo de Presidente, dado que su investidura de congresista por sí sola le confiere esa capacidad

excepcional de influencia sobre la comunidad y sobre quienes manejan dineros del Estado, conducta que la Carta Fundamental quiso evitar.

La intención de la Asamblea Constitucional sobre este aspecto quedó plasmado en el acta del 16 de abril de 1991, en la cual se manifestó:

> "La condición de parlamentario da a las personas que la ostentan, una excepcional capacidad de influencia sobre quienes manejan dineros del Estado y en general sobre quienes deciden los asuntos públicos, que establece condiciones inequitativas de competencia con el común de las gentes amén que puede llevar a la corrupción general del sector público".

Sólo resta decir que la conducta examinada en este proceso no se encuentra amparada por la excepción del numeral 8 del artículo 283 de la Ley 5a de 1992 invocada por el demandado, porque la excepción 8a. hace relación a la incompatibilidad consagrada en el numeral 2 del artículo 180 de la Carta que impide al congresista hacer gestiones ante los entes estatales en nombre propio o ajeno, no a la dispuesta por el numeral 1 que prohibe el desempeño de cargo o empleo público o privado que es la que se denunció en este proceso.

Tampoco le favorece la excepción del numeral 11 del mismo artículo que se menciona en la contestación de la demanda, pues no es la participación del Senador en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas o deportivas lo que aquí se juzga, sino el ejercicio (por parte del Senador) de las funciones propias del Presidente y Representante Legal de una entidad privada.

Los razonamientos anteriores son suficientes para que la Sala concluya que el Senador demandado se hace merecedor a la sanción constitucional de la pérdida de investidura por haber incurrido en la incompatibilidad primera del art. 180 de la Carta y, por consiguiente, así lo ordenará.

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:

NIEGASE la excepción de inconstitucionalidad propuesta.

DECRETASE la pérdida de investidura de Senador de la República del señor RICAURTE LOSADA VALDERRAMA identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.119.027 de Bogotá.

Comuníquese esta decisión a la Mesa Directiva del Senado de la República, al Consejo Nacional Electoral y al Ministro de Gobierno, para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de septiembre seis (6) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

EXPEDIENTE AC-1610. - ACTOR: *CESAR RAMON ARAQUE RODRIGUEZ. G.*

CONGRESISTA-Incompatibilidades/**CARGO PRIVADO**-Inexistencia/ (Salvamento de voto).

De las probanzas solicitadas por el actor y de las decretadas adicionalmente por el Despacho no se desprende que el Senador inculpado haya efectuado otra clase de actos de los que preven los estatutos de la Fundación; y lo que es más relevante para estos efectos, que le haya dedicado a esas actividades tiempo que haya efectuado su labor como congresista, por manera que pudiese concluirse que sí desempeñó un cargo privado; y además, que por esta circunstancia haya dejado de cumplir sus obligaciones para con sus electores y el pueblo, en general.

Salvamento de Voto.- Doctor Delio Gómez Leyva -Consejero de Estado-

Ref: Expediente No. AC- 1610; Actor: César Ramón Araque Rodríguez.

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria, sustento mi salvamento de voto así:

Ya en sentencia del 22 de marzo de 1994, Expediente AC-1351, se había señalado:

"Sin embargo, podrá 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 representando, al mismo tiempo, interés privados y los públicos propios de su calidad de vocero popular".

Esta guía jurisprudencial permitió al ponente inicial Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, cuya ponencia compartí, llegar a la siguiente conclusión:

> "Sin embargo, de las probanzas solicitadas por el actor y de las decretadas adicionalmente por el Despacho no se desprende que el Senador inculpado haya efectuado otra clase de actos de los que preven los estatutos de la fundación; y lo que es más relevante para estos efectos, que le haya dedicado a esas actividades tiempo que haya afectado su labor como congresista, por manera que pudiese concluirse que sí desempeñó un cargo privado; y además, que por esta circunstancia haya dejado de cumplir sus obligaciones para con sus electores y el pueblo, en general."

Atentamente,

Delio Gómez Leyva.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento de voto se adhiere el Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA.

CONGRESISTA -Incompatibilidades/**EMPLEO PRIVADO** -Inexistencia/(Salvamento de Voto).

La norma del numeral 1o. del artículo 180 de la Carta debe entenderse en el sentido de que el congresista tenga un empleo o cargo público o privado, que engendre vínculo contractual laboral o relación legal o reglamentaria, o inclusive una dignidad o encargo que no alcance a configurar esa clase de relación jurídica, pero que implique un obstáculo para que el parlamentario atienda o cumpla sus deberes y obligaciones para con el pueblo que lo eligió. Ciertamente, lo que la norma constitucional persigue es que el congresista no abandone esos compromisos para dedicarse a la atención de otros intereses. En el caso de autos está demostrado que el Senador Losada Valderrama era el Representante Legal de la Fundación en comento; sin embargo, no reposa prueba alguna de que por ello haya abandonado el ejercicio de sus tareas y de su actividad como representante del pueblo. Por el contrario, consta que con una sola excepción (y con excusa), asistió a todas las sesiones de la célula parlamentaria a la que pertenecía. No obra probanza alguna, así mismo, de que esa representación legal la ejerciera a través de vínculo contractual laboral, como tampoco que ese presunto nexo le implicara una prestación personal de servicios de tiempo parcial o completo. Por consiguiente, es razonable concluir que representaba una dignidad o encargo, pero que no lo desvió de su actividad congresional. De las probanzas solicitadas por el acto y de las decretadas adicionalmente por el Despacho, no se desprende que el Senador inculpado haya efectuado otra clase de actos de los que prevén los estatutos de la Fundación; y lo que es más relevante para estos efectos, que le haya

dedicado a esas actividades tiempo que haya afectado su labor como Congresista, por manera que pudiese concluirse que sí desempeñó un cargo privado; y además, que por esta circunstancia haya dejado de cumplir sus obligaciones para con sus electores y el pueblo, en general.

Salvamento de voto: Del Doctor Yesid Rojas Serrano.

Referencia: Expediente No. AC-1610. ASUNTOS CONSTITUCIONALES. Actor: César Ramón Araque R.

Como quiera que el suscrito compartió la ponencia presentada inicialmente por el Consejero Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, me permito sustentar en ella el presente salvamento de voto.

Dice en lo pertinente la mencionada ponencia:

"Primer cargo.- Desempeñar, junto con el de Congresista, un cargo o empleo privado.

"Esta conducta se hace consistir en el hecho de que a partir de su posesión como Senador, el 1o. de diciembre de 1991 hasta el 5 de noviembre de 1992, se desempeñó como Presidente y Representante Legal de la Fundación "Fondo Educativo Jorge Eliécer Gaitán".

"En pronunciamientos anteriores la Sala ha precisado su criterio de que la norma del numeral 1 del artículo 180 de la Carta debe entenderse en el sentido de que el congresista tenga un empleo o cargo público o privado, que engendre vínculo contractual, laboral o relación legal o reglamentaria, o inclusive una dignidad o encargo que no alcance a configurar esa clase de relación jurídica, pero que implique un obstáculo para que el parlamentario atienda o cumpla sus deberes y obligaciones para con el pueblo que lo eligió. Ciertamente, lo que la norma constitucional persigue es que el congresista no abandone esos compromisos para dedicarse a la atención de otros intereses. En el caso de autos está demostrado que el Senador Losada Valderrama era el representante legal de la Fundación en comento; sin embargo, no reposa prueba alguna de que por ello haya abandonado el ejercicio de sus tareas y de su actividad como representante del pueblo. Por el contrario, consta que con una sola excepción (y con excusa), asistió a todas las sesiones de la célula parlamentaria a la que pertenecía. No obra probanza alguna, así mismo, de que esa representación legal la ejerciera a través de vínculo contractual laboral, como tampoco que ese presunto nexo le implicara una prestación personal de servicios de tiempo parcial o completo. Por consiguiente, es razonable concluir que representaba una dignidad o encargo, pero que no lo desvió de su actividad congresional.

"Sobre estos tópicos es pertinente recordar que en expediente AC-1351 dijo la Sala que:

"**Empleo**", según el Diccionario 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 de la Administración Pública en ninguna de sus categorías, la de nacional a la municipal**". (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; Guillermo Cabanellas; tomo III; E-1; 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 relevantes 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, podrá 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 representando, al mismo tiempo, intereses privados o los públicos propios de su calidad de vocero popular". (Sentencia del 22 de marzo de 1994).

"Del mismo modo, debe señalarse que en la copia informal de los estatutos de la Fundación "Fondo Educativo Jorge Eliécer Gaitán", "FEJEG", que obra de folios 5 a 8 del cuaderno principal, se estipula lo siguiente:

"ARTICULO TERCERO: La Fundación tendrá los siguientes objetivos: propender por la promoción de la educación, la cultura y la colaboración mutua de carácter social, de la juventud estudiosa del país, buscando la recuperación y fortalecimiento de los valores populares en sus diversas formas de expresión por lo cual la Fundación otorgará becas y auxilios con el objeto de promocionar la educación de los sectores medios y populares de Colombia".

"Y más adelante:

"ARTICULO QUINTO: La Fundación podrá adquirir y enajenar toda clase de bienes a cualquier título, gravarlos y limitar su dominio, tenerlos o entregarlos a título prendario, renovar obligaciones, designar apoderados judiciales y extrajudiciales, transigir o comprometer los asuntos en que tenga o pueda tener algún interés, y en general celebrar toda clase de actos o contratos autorizados por la Ley. La Fundación podrá cumplir el objeto para el cual se constituye bien directamente, o prestando su ayuda a entidades o instituciones dedicadas exclusivamente a los fines enunciados en el artículo tercero que no tenga ánimo de lucro".

"De igual manera, en el artículo decimosexto se dice que mientras el Consejo Administrativo designa el Presidente de la Fundación, "**lo será para todos los efectos estatutarios, el señor Ricaurte Losada Valderrama**"; en el decimoséptimo se establece que "**El Presidente Designado será el representante legal de la Fundación**".

"Y en el artículo decimoctavo se contempla que:

" "Son funciones del Presidente: a) Representar a la Fundación judicial y extrajudicialmente y ante funcionarios administrativos; b) Celebrar contratos y ejecutar los actos en que la Fundación sea parte y suscribir las correspondientes escrituras o documentos; c) Crear los cargos que la Fundación requiera para su buen funcionamiento, fijar asignaciones y remover a los empleados: d) Cumplir y hacer cumplir los estatutos y reglamentos; e) Presidir las reuniones del Consejo Administrativo; f) Autorizar los pagos de la Fundación y delegar esta atribución cuando lo estime conveniente; h) (sic) Dictar las normas que estime convenientes para el normal funcionamiento administrativo de la Fundación; i) Las demás que señale el Consejo Administrativo".

"En relación con estas funciones de representación legal de la Fundación por parte del Senador Losada Valderrama consta lo siguiente en el expediente:

"a) A folio 9 obra la certificación expedida el 20 de diciembre de 1993 por el Jefe de la División de Personas Jurídicas de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, Distrito Capital, en la que reza que la entidad tiene personería jurídica reconocida mediante Resolución Especial No. 0236 del 3 de agosto de 1987, y en la fecha de su expedición, su representante legal es el señor Hermógenes Gamboa Fajardo; igualmente se dice que el Senador Ricaurte Losada Valderrama se desempeño como representante legal hasta el 5 de noviembre de 1992.

"b) A folio 10 se observa una carta fechada el 28 de abril de 1992, dirigida por el demandado a los miembros del Consejo Administrativo de la Fundación, en la cual renuncia como miembro del Consejo Administrativo y como Presidente.

"c) A folio 122 aparece la comunicación remitida el 11 de agosto de 1994 por la Gerencia Nacional de Operaciones Bancarias de la Caja Agraria, en la cual informa que las órdenes de pago de la cuenta de la Fundación eran dadas por Ricaurte Losada Valderrama y Pedro Eduardo Fontal Aponte, y acompaña fotocopia de la tarjeta en la que consta que la cuenta será manejada conjuntamente por los mencionados.

"Sin embargo, de las probanzas solicitadas por el actor y de las decretadas adicionalmente por el Despacho, no se desprende que el Senador inculpado haya efectuado otra clase de actos de los que prevén los estatutos de la Fundación; y lo que es más relevante para estos efectos, que le haya dedicado a esas actividades tiempo que haya afectado su labor como Congresista, por manera que pudiese concluirse que sí desempeñó un cargo privado; y además, que por esta circunstancia haya dejado de cumplir sus obligaciones para con sus electores y el pueblo, en general.

"Debe advertirse eso sí, que en la audiencia pública de alegaciones el ciudadano actor hizo un planteamiento nuevo, para afirmar que el demandado había manejado caprichosamente los auxilios recibidos por la Fundación, distribuyendo partidas entre sus familiares "y algunos de sus más afortunados electores"(Fl. 128); empero, en el escrito de demanda no se refirió a esta situación, ni pidió pruebas relacionadas con estos hechos.

"En consecuencia, la Sala no encuentra probado el cargo primero, habida cuenta de que en el material que se allegó al proceso no consta de manera fehaciente que el Senador Losada Valderrama "realizó durante el período ninguno de los actos a que se refiere el artículo quinto de los estatutos, pues no adquirió ni enajenó bienes, ni los gravó, ni limitó su dominio, ni los entregó a título prendario, como tampoco renovó obligaciones, ni designó apoderados judiciales o extrajudiciales

(...), ni tampoco desempeñó ninguna de las atribuciones del artículo 18 de los mismos estatutos, durante el período a que se refiere la solicitud". (Fl. 1, C. No.2).

"Y en lo que hace con el hecho de haber dictado una cátedra en la Universidad Libre de Colombia, debe precisar la Sala que la propia Carta Política exceptúa del régimen de inhabilidad el ejercicio de esta actividad docente. (Artículo 180, parágrafo primero)".

Atentamente,

Yesid Rojas Serrano, Consejero de Estado.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento de voto adhiere el Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA.

CONGRESISTA-Incompatibilidades/**EMPLEO PRIVADO**-Inexistencia/(Salvamento de Voto)

La norma del numeral 1o. del artículo 180 de la Carta debe entenderse en el sentido de que el congresista tenga un empleo o cargo público o privado, que engendra vínculo contractual laboral o relación legal o reglamentaria o inclusive una dignidad o encargo que no alcance a configurar esa clase de relación jurídica, pero que implique un obstáculo para que el parlamentario atienda y cumpla sus deberes y obligaciones para con el pueblo que lo eligió. Ciertamente, lo que la norma constitucional persigue es que el congresista no abandone esos compromisos para decicarse a la atención de otros intereses. En el caso de autos está demostrado que el Senador era el representante legal de la Fundación en comento; sin embargo, no reposa prueba alguna de que por ello haya abandonado el ejercicio de sus tareas y de su actividad como representante del pueblo. Por el contrario, consta que con una sola excepción (y con excusa), asistió a todas las sesiones de la célula parlamentaria a la que pertenecía. No obra probanza alguna, así mismo, de que esa representación legal la ejerciera a través de vínculo contractual laboral, como tampoco que ese presunto nexo implicara una prestación personal de servicios de tiempo parcial o completo. Por consiguiente, es razonable concluir que representaba una dignidad o encargo que no lo desvió de su actividad congresional. De las probanzas solicitadas por el actor y de las decretadas adicionalmente por el Despacho, no se desprende que el Senador inculpado haya efectuado otra clase de actos de los que prevén los estatutos de la Fundación; y lo que es más relevante para estos efectos, que le haya dedicado a esas activida-

des tiempo que haya afectado su labor como Congresista, por manera que pudiese concluirse que sí desempeñó un cargo privado; y además, que por esta circunstancia haya dejado de cumplir sus obligaciones para con sus electores y el pueblo, en general.

CONGRESISTA-Inhabilidades/**REPRESENTANTE LEGAL/ENTIDAD ADMINISTRADORA/CONTRIBUCIONES PARAFISCALES**-Inexistencia/**AUXILIOS**-Diferencias/(Salvamento de Voto)

Los llamados "auxilios" no tienen la calidad de "contribuciones parafiscales", por varias razones, entre las que se cuentan las de que no son obligatorios y tampoco constituyen una retribución por un servicio que haya prestado el Estado. En nuestro medio tanto la doctrina como la jurisprudencia han distinguido claramente las dos figuras.

Salvamento de Voto.- Consejeros Carlos Arturo Orjuela Góngora y Juan de Dios Montes Hernández.

Referencia: Expediente No. AC-1610. ASUNTOS CONSTITUCIONALES. Actor: César Ramón Araque Rodríguez (Solicitud de pérdida de investidura como Congresista del doctor Ricaurte Losada Valderrama).

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala, nos permitimos señalar las razones de nuestro disentimiento, sustentadas en la ponencia que fue negada por aquélla, y que en sus apartes fundamentales plantea lo que a continuación se plasma:

En lo que hace con los cargos que le fueron formulados al Senador Losada Valderrama, debería haberse efectuado el análisis de estos aspectos:

Primer cargo.- Desempeñar, junto con el de Congresista, un cargo o empleo privado.

Esta conducta se hace consistir en el hecho de que a partir de su posesión como Senador, el 1o. de diciembre de 1991, hasta el 5 de noviembre de 1992, se desempeñó como Presidente y Representante Legal de la Fundación "Fondo Educativo Jorge Eliécer Gaitán".

En pronunciamientos anteriores la Sala ha precisado su criterio de que la norma del numeral 1 del artículo 180 de la Carta debe entenderse en el sentido de que el congresista tenga un empleo o cargo público o privado que engendre vínculo contractual laboral o relación legal o reglamentaria, o inclusive una dignidad o encargo que no alcance a configurar esa clase de relación jurídica, pero que implique un obstáculo para que el parlamentario atienda y cumpla sus deberes y obligaciones para con el pueblo que lo

eligió. Ciertamente, lo que la norma constitucional persigue es que el congresista no abandone esos compromisos para dedicarse a la atención de otros intereses. En el caso de autos está demostrado que el Senador Losada Valderrama era el representante legal de la Fundación en comento; sin embargo, no reposa prueba alguna de que por ello haya abandonado el ejercicio de sus tareas y de su actividad como representante del pueblo. Por el contrario, consta que con una sola excepción (y con excusa), asistió a todas las sesiones de la célula parlamentaria a la que pertenecía. No obra probanza alguna, así mismo, de que esa representación legal la ejerciera a través de vínculo contractual laboral, como tampoco que ese presunto nexo le implicara una prestación personal de servicios de tiempo parcial o completo. Por consiguiente, es razonable concluir que representaba una dignidad o encargo que no le desvió de su actividad congresional.

Sobre estos tópicos es pertinente recordar que en el expediente AC-1351 dijo la Sala que:

> " **"Empleo"**, según el Diccionario 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 de 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 relevantes 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 un 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 de 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, podrá 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 representando, al mismo tiempo, intereses privados o los públicos propios de su calidad de vocero popular". (Sentencia del 22 de marzo de 1994).

Del mismo modo, debe señalarse que en la copia informal de los estatutos de la Fundación "Fondo Educativo Jorge Eliécer Gaitán", "FEJEG", que obra de folios 5 a 8 del cuaderno principal, se estipula lo siguiente:

"ARTICULO TERCERO: La Fundación tendrá los siguientes objetivos: propender por la promoción de la educación, la cultura y la colaboración mutua de carácter social, de la juventud estudiosa del país, buscando la recuperación y fortalecimento de los valores populares en sus diversas formas de expresión por lo cual la Fundación otorgará becas y auxilios con el objeto de promocionar la educación de los sectores medios y populares de Colombia".

Y más adelante:

"ARTICULO QUINTO: La Fundación podrá adquirir y enajenar toda clase de bienes a cualquier título, gravarlos y limitar su domonio, tenerlos o entregarlos a título prendario, renovar obligaciones, designar apoderados judiciales y extrajudiciales, transigir o comprometer los asuntos en que tenga o pueda tener algún interés, y en general celebrar toda clase de actos o contratos autorizados por la Ley. La Fundación podrá cumplir el objeto para el cual se constituye bien directamente, o prestando su ayuda a entidades o instituciones dedicadas exclusivamente a los fines enunciados en el artículo tercero que no tengan ánimo de lucro".

De igual manera, en el artículo décimosexto se dice que mientras el Consejo Administrativo designa el Presidente de la Fundación, "**lo será para todos los efectos**

estatuarios, el señor Ricaurte Losada Valderrama"; en el décimo séptimo se establece que**"El Presidente designado será Representante Legal de la Fundación".**

Y en el artículo décimo octavo se contempla que:

"Son funciones del Presidente: a) Representar la Fundación judicial y extrajudicialmente y ante funcionarios administrativos; b) Celebrar contratos y ejecutar los actos en que la Fundación sea parte y suscribir las correspondientes escrituras o documentos; c) Crear los cargos que la Fundación requiera para su buen funcionamiento, fijar asignaciones y remover a los empleados; d) Cumplir y hacer cumplir los estatutos y reglamentos; e) Presidir las reuniones del Consejo Administrativo; f) Autorizar los pagos de la Fundación y delegar esta atribución cuando lo estime conveniente; h) (sic) Dictar las normas que estime conveniente para el normal funcionamiento administrativo de la Fundación; y) Las demás que señale el Consejo Administrativo.

En relación con estas funciones de representación legal de la Fundación por parte del Senador Losada Valderrama consta de lo siguiente en el expediente:

a) A folio 9 obra la certificación expedída el 20 de diciembre de 1993 por el Jefe de División de personas Jurídicas de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, Distrito Cápital, en la que reza que la entidad tiene personería jurídica reconocida mediante la Resolución Especial No. 0236 del 3 de agosto de 1987, y en la fecha de su expedición, su Representante Legal es el señor Hermógenes Gamboa Fajardo; igualmente, se dice que el Senador Ricaurte Losada Valderrama se desempeñó como Representante Legal hasta el 5 de noviembre de 1992.

b) Al folio 10 se observa una carta fechada el 28 de abril de 1992, dirigida por el demandado a los miembros del Consejo Administrativo de la Fundación, en la cual renuncia como miembro del Consejo Administrativo y como Presidente.

c) Al folio 122 aparece la comunicación remitida el 11 de agosto de 1994 por la Gerencia Nacional de Operaciones Bancarias de la Caja Agraria, en la cual informa de la cuenta que las órdenes de pago de la Fundación eran dadas por Ricaurte Losada Valderrama y Pedro Eduardo Fontal Aponte,y acompaña fotocopia de la tarjeta en la que consta que la cuenta será manejada conjuntamente por los mencionados. Sin embargo, no existe constancia ni prueba sobre operaciones o movimientos específicos relacionados con esta cuenta.

De otro lado, de las probanzas solicitadas por el actor de las decretadas adicionalmente por el despacho, no se desprende que el Senador inculpado haya efectuado otra clase de actos de los que prevén los estatutos de la Fundación; y lo que es más relevante para estos efectos, que le haya dedicado a estas actividades tiempo que haya afectado su labor como Congresista, por manera que pudiese concluirse que sí desempeñó un cargo privado; y además, que por esta circunstancia haya dejado de cumplir sus obligaciones para con sus electores y el pueblo, en general.

Debe advertirse, eso sí, que en la audiencia pública de alegaciones el ciudadano actor hizo un planteamiento nuevo, para afirmar que el demandado había manejado caprichosamente los auxilios recibidos por la Fundación, distribuyendo partidas entre sus familiares "y algunos de sus más afortunados electores"(Fl. 128); empero, en el escrito de la demanda no se refirió a esta situación, ni pidió pruebas relacionadas con estos hechos.

Por consiguiente, si no está invocado ni probado este cargo habida cuenta de que el material que se allegó al proceso no consta de manera fehaciente que el Senador Losada Valderrama "realizó durante el período ninguno de los actos a que se refiere el artículo quinto de los estatutos, pues no adquirió ni enajenó bienes, ni los gravó, ni limitó su dominio, ni los entregó a título prendario, como tampoco renovó obligaciones, ni designó apoderados judiciales o extrajudiciales (...), ni tampoco desempeñó ninguna de las atribuciones del artículo 18 de los mismos estatutos, durante el período a que se refiere la solicitud". (Fl. 2, C. No. 2), es evidente que no podría prosperar la solicitud de pérdida de investidura apoyada en esta acusación, que como ya se dijo, no fue formulada en la demanda.

Y en lo que hace con el hecho de haber dictado una cátedra en la Universidad Libre de Colombia, debe precisar la Sala que la propia Carta Política exceptúa del régimen de inhabilidad el ejercicio de esta actividad docente. (Artículo 180, parágrafo primero).

Por tanto, el cargo primero no debería prosperar.

Segundo cargo: Haber sido representante legal de una entidad que administraba contribuciones parafiscales dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de su elección.

El ciudadano demandante le da el carácter de contribuciones parafiscales a los auxilios que la Fundación "Fondo Educativo Jorge Eliécer Gaitán"recibió de varias entidades oficiales.

Sobre este particular encontramos atinados los comentarios del colaborador fiscal, quién sostuvo lo siguiente:

> "El vocablo Administrar (del Latín*ad.* a, y*ministrare*, servir-servir a), tiene diversas acepciones desde el punto de vista**semántico jurídico** y del mismo **sentido común**, y, así significa orientar los destinos de una organización; dirigir una institución; actuar con la intención de alcanzar un fin etc., pero, con una relativa precisión jurídica y dentro del precepto que se examina, bién puede decir**"disponer el destino de unos recursos públicos"**y para el caso, de unos "tributos o contribuciones parafiscales"y, a su vez, este último concepto, ha sido también objeto de análisis doctrinario y jurisprudencial, en la medida en que se le ha diferenciado de los**impuestos y tasas, pues a pesar de que son obligatorios no confieren al ciudadano el derecho a exigir del**

Estado la atención de un servicio o la transferencia de un bien ni son generales ni hacen parte del presupuesto nacional, pues, contrariamente a ello, **tienen una afectación especial y específica".**

"A más de los caracteres de **obligatoriedad** - como que son producto de la soberanía fiscal del Estado - y de su especificidad -, pues, ya se dijo, no hacen parte del presupuesto nacional, las contribuciones parafiscales, se imponen a favor de entes públicos, semipúblicos o privados que realicen actividades de interés comunitario, siendo, además, reversibles en beneficio de quienes hacen la contribución, ya sean en la forma de servicios sociales, ya sea mediante la aplicación de mecanismos de regulación económica etc. (Ver sentencia de la H. Corte Constitucional C-006 del 14 de enero de 1993)".

"Por eso no es dable confundir "auxilios"o "ayudas"estatales, con las "contribuciones parafiscales", que es, el entender de esta Agencia Fiscal, el error en que cae el solicitante de la desenvestidura (sic) del Senador mencionado, con la circunstancia de que los que recibió la "Fundación Fondo Educativo Jorge Eliécer Gaitán"fue dentro de presupuestos y en años anteriores al ejercicio de su actividad congresional y que su manejo no se cuestionó en la petición correspondiente".

"Se estima, en consecuencia, que el Senador referenciado, no administró "contribuciones parafiscales", y, por consiguiente, no incurrió en la inhabilidad de que se le acusa". (Fls. 141-143, cuaderno principal).

El Exministro Juan Camilo Restrepo sostiene que :

"Las contribuciones "parafiscales"son una figura de raigambre francesa que se identifican con los impuestos en su obligatoriedad y en que a diferencia de las tasas no constituyen una retribución por un servicio recibido del Estado. Difieren de los dos impuestos en que no ingresan a las arcas comunes del Estado. Las contribuciones parafiscales se crean para alimentar y nutrir a una entidad específica; por ejemplo, el seguro social. Las contrubiciones obligatorias para la seguridad social se consideran casos típicos de parafiscalidad". ("Hacienda Pública", 2a. edición, Universidad Externado de Colombia, marzo de 1994, p. 253).

De primera vista se aprecia, entonces, que los llamados "auxilios"no tienen la calidad de "contribuciones parafiscales", por varias razones, entre las que se cuentan las de que no son obligatorios y tampoco constituyen una retribución por un servicio que haya prestado el Estado. En nuestro medio tanto la doctrina como la jurisprudencia han distiguido claramente las dos figuras, razón por la cual la Sala considera que no es necesario hacer otras elucubraciones para concluir que los auxilios que recibía la Fundación citada no tienen el carácter de contribuciones parafiscales.

Así las cosas, tampoco podría prosperar el segundo cargo.

Tercer cargo: Haber participado, por interpuesta persona, en la Asamblea Nacional Constituyente y haber propiciado una "Contrarreforma" de la Constitución de 1991.

Se afirma en la demanda que el Senador demandado actuó en la Asamblea Nacional Constituyente a través del doctor Guillermo Plazas Alcid, y de su esposa, Clara Inés Vargas, quien actuó como Asesora del mismo.

Al respecto debe decirse que ninguna de las dos conductas que se imputan al Senador Losada Valderrama en este cargo constituyen causal de pérdida de la investidura como Congresista. Por tanto, sin que sean necesarios mayores razonamientos, resulta ostensible que tampoco podría prosperar.

Finalmente, debemos hacer hicapié en la circunstancia de que la demanda es el marco de referencia dentro del cual debe moverse el juzgador. Por tanto, no le es dable a éste acomodarla a su capricho, ni deducir de ella planteamientos o premisas que ni siquiera pasaron por la mente de su redactor, so pretexto de interpretarla. No se nos oculta que existe una imágen pública negativa del doctor Losada Valderrama y que ésta puede haber influído en el juzgamiento de este asunto. Empero, -como ya lo hemos señalado-, pensamos que sobre la base de los cargos formulados en este proceso y de los hechos y las pruebas que los respaldaban, no debió decretarse la pérdida de la investidura del Congresista demandado.

Con todo comedimiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora; Juan de Dios Montes Hernández.

CONGRESISTA -Incompatibilidades/ **PERDIDA DE LA INVESTIDURA** -Causales/**CONFLICTO DE INTERESES**-Inexistencia/**LIBERTAD DE CULTOS / LIBERTAD DE RELIGION**

De conformidad con el concepto que de tal figura trae el artículo 286 de la Ley 5a. de 1992 puede decirse que se presenta "cuando exista de interés directo en la decisión porque le afecte alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad o primero civil o su socio o socios de derecho o de hecho ...". En el caso que nos ocupa y aceptando en gracia de discusión que pudiera haber en la congresista cuestionada un interés en la expedición de la ley sobre la libertad religiosa o de cultos, este no sería directo, ni concreto ni específico, porque las presuntas prerrogativas que de ella pudieran derivarse no la irían a beneficiar ni a ella ni a su esposo, sino a la Asociación Fraternidad Ministerial Cristiana Evangélica Nacional - FRAMEN -, entidad de derecho privado diferente, desde luego, a la parlamentaria y a su cónyuge individualmente considerados. El carácter de miembro de esa agrupación que pueda tener la parlamentaria o de fundador o de vicepresidente que pudo ostentar su esposo, no los hace acreedores a los supuestos beneficios económicos que con el otorgamiento de la personería jurídica pudiera obtener la agrupación de la cual ellos hacen parte. La posibilidad de un interés directo, económico, particular y concreto en el caso que se estudia, se aleja aún más en la medida de que la Ley y la intervención que en ella pudo tener la Senadora no es más que el desarrollo y el ejercicio del derecho inalienable de toda persona a

sostener, defender y propagar sus creencias y convicciones de caráter religioso, ya individualmente, ya en grupo, en consonancia con el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos según el cual "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia. La Ley 133 de 1994 en cuya tramitación y expedición participó la Senadora ahora demandada es una ley estatutaria que bién pudiera decirse fue expedida en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 152 de la Constitución Nacional para regular el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa.

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

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente No. AC-1233 ASUNTOS CONSTITUCIONALES (pérdida de la Investidura de Congresista de la Senadora Claudia Yadira Rodríguez de Castellanos); Actora: CLAUDIA LUCIA FLOREZ MONTOYA.-

La ciudadana Claudia Lucía Flórez Montoya obrando en su propio nombre, solicitó al Consejo de Estado se decrete la pérdida de la investidura de congresista de la señora Claudia Yadira Rodríguez de Castellanos, " por haber incurrido en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses ...".

HECHOS QUE MOTIVAN LA SOLICITUD.

En síntesis son los siguientes:

La señora Claudia Yadira Rodríguez de Castellanos fue elegida Senadora de la República por el Partido Nacional Cristiano.

La citada Congresionista violó el régimen de conflicto de interés contemplado en el número 1 del artículo 183 de la Constitución Nacional y en el número 3 del artículo 296 de la Ley 5a. de 1992, porque no se declaró impedida para participar en los debates y votaciones del Proyecto de Ley 209 de 1992, sobre libertad religiosa y de cultos, hasta el punto de formar parte de la Comisión Accidental que lo estudió y de presentar más de 8 adiciones y modificaciones entre las cuales se cuentan las relacionadas con la creación de Tribunales Eclesiásticos y las mencionadas "Asociaciones de sus Ministros", con la asimilación de éstas a Iglesia y el otorgamiento de personería jurídica de derecho público, con lo cual favoreció a la Agrupación Gremial denominada FRAMEN, presidida por su esposo el Pastor César Castellanos Domínguez.

TRAMITE DE LA SOLICITUD

Mediante el auto de 4 de octubre de 1993, se inadmitió la solicitud formulada por la actora, por ausencia de ley especial que regulará el trámite de los procesos de pérdida de investidura y que determinará la competencia en alguna de las Salas o Secciones de la Corporación y la naturaleza de la acción, aspectos todos ellos fundamentales e indispensables para darle plena aplicación a la nueva figura jurídica. Recurrido en súplica este proveído tanto por la actora como por la Procuradora Quinta Delegada de lo Contencioso ante el Consejo de Estado, esta Sala, con ponencia de la Dra. Consuelo Sarria Olcos lo revocó en providencia de 2 de noviembre de 1993, y, ordenó, en su lugar, la admisión de la solicitud de la desinvestidura incoada argumentándose 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. "según el cual el procedimiento ordinario debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial", y "además de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 153 de 1887, invocado por una de las recurrentes, el juez no puede abstenerse de resolver una controversia en razón del silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, so pena de incurrir en responsabilidad por denegación de justicia".

En cumplimiento del proveído del que se acaba de hacer referencia se surtieron las etapas de fijación en lista, probatoria y alegaciones.

INTERVENCION DE LA PARTE DEMANDADA

En escrito presentado en el Consejo de Estado el 26 de noviembre de 1993, mediante apoderado, se dio contestación a la demanda, en forma extemporánea, si en cuenta se tiene que el proceso fue fijado en lista por el término de 5 días el cual venció el 25 de noviembre (folios 162 y 162 vto.). Esta circunstancia se hace constar en nota secretarial de 29 de noviembre de 1993, visible al folio 179 del expediente. En la contestación de la demanda, además de argumentos y solicitud de pruebas en favor de la Senadora Rodríguez de Castellanos, se propuso la excepción que allí se denomina "petición antes de tiempo". Ni aquellos ni ésta se ocupará la Sala por las razones anotadas.

Ya, en el alegato de la conclusión la congresista mediante apoderado en su defensa, sostiene que aun dado por ciertos los hechos afirmados por la actora, no existe en conflicto de intereses, por lo cual el Consejo de Estado tendrá que declararse inhibido para dictar sentencia de mérito, fundado en los motivos que a continuación se sintetizan:

La causal alegada en el presente asunto es el "conflicto de intereses", una de las denominadas "causales de pronunciamiento congresional" recogida en el artículo 298 de la Ley 5a. de 1992, respecto de la cual, el Senado en este caso, debe hacer las correspondientes declaraciones, previa la evaluación que demande el informe final rendido por la Comisión autorizada.

La solicitud presentada en este caso no se hizo con acatamiento a las exigencias constitucionales y legislativas como quiera que no se ha cumplido el trámite previo del "pronunciamiento congresional", razón por la cual la Sala debe abstenerse de proveer sobre el fondo de la petición.

El procedimiento anticipado que consagró el legislador como requisito de procedibilidad es de ineludible cumplimiento, puesto que tiene relación con el derecho de defensa y con el debido proceso que son garantías constitucionales fundamentales.

El ciudadano que solicite directamente la pérdida de investidura de un Congresista, debe acompañar a su petición la plena prueba que amerite la desinvestidura "en las condiciones legales", es decir, la plena prueba del previo pronunciamiento judicial o congresional sobre la tipificación de la causal respectiva. Cuando no se hubiere aportado esa plena prueba, pero existieren demostraciones sumarias sobre algunas de las causales invocadas, conforme al artículo 301 de la Ley 5a. de 1992, deberá el Consejo de Estado "Antes de la declaración del proceso judicial correspondiente", adelantar las indagaciones ante la respectiva Cámara, tendientes a obtener la Plena prueba que amerite la de investidura "en las condiciones legales".

La aplicación de la ley supletiva que remite al procedimiento ordinario cuando no hay uno especial para el conocimiento de un determinado asunto, es procedente siempre que no viole la Constitución, lo que indica que en este caso no podrá adoptarse ningún procedimiento legal que implique un trámite mayor a los 20 días señalados en la Constitución, "pues al vencerse el mismo - El Consejo de Estado pierde la COMPETENCIA TEMPORAL fijada por la Carta".

Así mismo, la defensa refiriéndose al supuesto conflicto de intereses considera que para el caso de que el Consejo de Estado decida proveer sobre el fondo del asunto planteado, debe desestimar la solicitud de desinvestidura, por las razones que la Sala resume así:

Dado que la pérdida de la investidura es una sanción política eterna, según la cual quien ha sido objeto de ella jamás podrá volver a ser elegido para dignidad de Congresista, el juzgado debe ser especialmente prudente y justo al decidir el caso sometido a su decisión.

La idea del conflicto de intereses, como causal de la pérdida de investidura tiene que ser delimitada en tal forma que no inhabilite a los Congresistas para cumplir su función primordial de hacer las leyes y que no se afecte la inviolabilidad de ellos por razón de sus opiniones.

No se puede hablar de "conflicto de intereses" sino cuando existe contradicción entre ellos, pues si son coincidentes antes que "conflicto" habrá armonía entre tales diversos intereses.

Habrá "conflicto" cuando el interés es de la comunidad en general -económico o moral- que el Congresista debe defender, esté en contradicción con el interés individual

de una determinada persona natural que real o presuntivamente el Congresista deba defender.

FRAMEN la Asociación de Ministros que supuestamente la Congresista favoreció no es persona ni natural ni jurídica. Así las cosas, no podía celebrar acuerdos o convenios con el Estado.

ALEGATO DE CONCLUSION DE LA PARTE ACTORA

En esta oportunidad la accionante parte de la base de que se probó que la señora Rodríguez de Castellanos fue elegida Senadora por el Partido Nacional Cristiano y que traicionó a sus electores al haber participado y actuado en decisiones internas propias de la Junta de Senadores liberales, sin haber renunciado previamente a su partido, por lo que se da la causal de incompatibilidad contenida en los numerales 2 y 4 del artículo 180 de la Constitución Nacional que prohibe a los Congresistas "gestionar en nombre propio ante las entidades que administran tributos y realizar gestiones con personas jurídicas que administren, manejen o reciban donaciones".

Así mismo argumenta la actora que se probó el vínculo matrimonial entre la Senadora y el señor César Castellanos Domínguez, pastor de la Iglesia Carismática Internacional y Presidente de la Agrupación Gremial denominada FRAMEN favorecida por las intervenciones y modificaciones hechas por la Congresista al proyecto de ley sobre libertad religiosa y de cultos.

Se anota además que el conflicto de intereses se da en este caso desde dos puntos de vista: Primero porque siendo la Senadora miembro de la Iglesia Carismática Internacional, al participar en el estudio, debates y aprobación de la Ley 133 de 1994 de modo directo se beneficiaba por el interés que le asiste como creyente, y segundo porque presentó modificaciones y adiciones al proyecto de ley que al aprobarse, beneficiaban a FRAMEN, entidad presidida por su esposo.

Finalmente, la demandante solicita también que "se compulsen copias para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para que se investigue por qué razones, el Senador TITO RUEDA GUARIN no diligenció ni tramitó la recusación que plantearon 2 ciudadanos colombianos, relacionada con la actuación de la Senadora CLAUDIA YADIRA RODRIGUEZ DE CASTELLANOS".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Expresa en síntesis la Procuraduría Cuarta Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado que la señora Rodríguez de Castellanos fue elegida Senadora por el partido Nacional Cristiano; que fue designada para integrar la Comisión Accidental que estudió el proyecto; que intervino en las votaciones y debates y presentó modificaciones y adiciones en su trámite; que contrajo matrimonio con el señor César Gerardo Castellanos Domínguez, y que dicho señor fue miembro fundador de FRAMEN, de lo que resulta evidente que la decisión adoptada en el proyecto en torno

a proteger y amparar las asociaciones de Ministros con los beneficios que contempla la ley afectaba de manera directa al cónyuge de Claudia Yadira Rodríguez, por lo que ha debido declararse impedida para participar en la tramitación y en la aprobación del mencionado proyecto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

LA COMPETENCIA.

Si bien es cierto que la Ley 144 de 1994, al regular el procedimiento de pérdida de investidura de los Congresistas estableció en su artículo 1o, como en su parágrafo que la competencia para conocer de estos asuntos corresponde al Consejo de Estado en Pleno, no lo es menos que la Corte Constitucional en sentencia C-319 declaró inexequibles los artículos 297 y 298 de la Ley 5a. de la 1992 en los que se consagraba el mismo ordenamiento, con fundamento en la circunstancia reiterada de que la declaratoria de pérdida de investidura entraña una función típicamente jurisdiccional, por lo tanto compete a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la que dentro del Consejo de Estado desarrolla estas funciones. Una consideración en sentido contrario implicaría la violación ostensible del artículo 236 de la Constitución Nacional, según el cual el Consejo de Estado se divide en Salas y Secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley y aquellas las ha reservado la ley (Código Contencioso Administrativo) a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y a las cinco secciones que la conforman.

Por lo expuesto y con fundamento en el artículo 4o. de la Carta Política, la Sala inaplicará la expresión "en pleno" del artículo 1o. y la totalidad de su parágrafo de la Ley 144 de 1994 por ser violatorios del ya citado artículo 236 del ordenamiento constitucional.

Antes de entrar a resolver el fondo de la controversia cabe advertir que la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre la excepción propuesta por el apoderado de la demandada, dado que éste lo hizo extemporaneamente, según se consigna en la constancia secretarial de fecha 29 de noviembre de 1993 visible a folio 179 del expediente y se acredita con las razones ya expuestas en la providencia.

Entrando a decidir la contención, la Sala hace las siguientes precisiones y consideraciones:

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

2o. Las causales de inhabilidad e incompatibilidad son objeto de regulación en su orden, en los artículos 179 y 180 de la Carta.

3o. Respecto al régimen de conflicto de intereses el artículo 182 de la Constitución Nacional preceptúa:

"Los Congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral y económico que lo inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración.

"La ley determinará lo relacionado con los conflictos de interés y las recusaciones".

4o. En cumplimiento del mandato constitucional pretranscrito la Ley 5a. de 1992 vigente desde el 18 de junio de ese mismo año, regula el conflicto de intereses, entre otros, en los siguientes artículos que para el caso resultan pertinentes:

"**ART. 286. Aplicación. Todo** Congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

"**ART. 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 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.

"**ART. 288. Término de inscripción.** Los congresistas deberán inscribir sus intereses privados en el registro dentro de los primeros 30 días del período constitucional, o de la fecha de su posesión.

"**ART. 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.

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

5o. En el presente caso el cargo consiste en que la Senadora Claudia Yadira Rodríguez de Castellanos incurrió en violación del régimen del conflicto de intereses al formar parte de la Comisión Accidental que estudió el Proyecto de Ley No. 209 de 1992, relativo al desarrollo del derecho de libertad religiosa y de cultos reconocidos en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, presentando modificaciones y adiciones al mismo, y habida consideración de que su esposo el señor César Castellanos Domínguez preside la Agrupación Gremial denominada "Fraternidad Ministerial Evangélica Nacional - FRAMEN-".

6o. En relación con los hechos expresados en la solicitud de pérdida de investidura y en orden a resolver al asunto planteado se ha logrado establecer en el curso del proceso los siguientes elementos de juicio:

a) La señora Claudia Rodríguez de Castellanos fue elegida Senadora de la República por el partido Nacional Cristiano para el período constitucional 1991- 1994, por circunscripción nacional. Su elección fue declarada por Resolución No. 121 de noviembre 25 de 1991 expedida por el Presidente del Consejo Nacional Electoral, y en calidad de Senadora prestó juramento legal de rigor el 1o. de diciembre de 1991, según consta en el Acta de la sección de instalación publicada en el ejemplar No. 26 de los Anales del Congreso (Folios 236, 237, 238, 316 y 325 del expediente).

b) La Senadora Rodríguez de Castellanos formó parte de la Comisión Accidental que estudió el Proyecto de Ley número 209, "Por la cual se desarrollará el Derecho de Libertad Religiosa y de Cultos reconocidos en el artículo 19 de la Constitución Política". (Folios 4, 356, 397, 410 y 430).

c) En lo que toca con los hechos sobre los cuales se fundamentan los cargos la congresista de marras propuso modificaciones y adiciones al proyecto de ley en el sentido de incluir a las denominadas "Asociaciones de sus Ministros para que al lado de las iglesias y confesiones religiosas y sus confederaciones, con personería jurídica puedan celebrar acuerdos o convenios con el Estado sobre cuestiones religiosas y para que el Ministerio de Gobierno les reconozca la personalidad jurídica (Folio 5 a 9, 25, 398 y siguientes).

d) La Asociación "Fraternidad Ministerial Cristiana Evangélica Nacional - FRAMEN -", fue creada por un grupo de Pastores Cristianos Evangélicos, el 17 de julio de 1992 con domicilio y sede principal en Santafé de Bogotá como entidad de derecho privado, cristiana y evangélica con la principal función de agrupar a todos los pastores, evangelistas maestros y líderes ministeriales a nivel local y nacional, representados oficialmente y asesorarlos en desarrollo de sus respectivos propósitos y misiones y con objetivos tendientes a promover y lograr el progreso espiritual e integral de los miembros y sus ministerios; fraternizar con los diferentes pastores evangelistas; restaurar y reconciliar a los ministros que tengan problemas; apoyar y promover sin exclusivismos los Ministerios a nivel nacional, regional e internacional; suministrar de manera íntegra las necesidades del Ministerio y su medio; equilibrar para evitar abusos en las áreas espirituales ministeriales, racionales y políticas y representar a los Ministros y Ministerios ante el Gobierno, etc. (Acta de Constitución y aprobación de los Estatutos - Folios 362 y 462 y siguientes).

e) FRAMEN no tiene Personería Jurídica (certificación de la División de Personas Jurídicas de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá) (folio 407).

f) En el acto de constitución de la Asociación se eligió Junta Directiva Provisional dentro de la cual figura como vicepresidente el señor César Castellanos Domínguez.

g) En la revista "Exitoso Lanzamiento de Framen" el señor Castellanos Domínguez figura como Presidente de FRAMEN, elegido, según este mismo documento, en Asamblea realizada "el último lunes de marzo" supuestamente de 1993 (folio 36).

La columna vertebral de la controversia planteada la constituye la noción del conflicto de intereses. De conformidad con el concepto de que tal figura trae el artículo 286 de la Ley 5a. de 1992 puede decirse que se presenta "cuando exista interés directo en la decisión porque la 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...".

Esta Sala, en fallo de fecha 4 de agosto de 1994, dictado en el expediente No. AC-1433 con ponencia del Consejero Dr. Diego Younes Moreno, expresó:

> "Para que se estructure el "conflicto de interés", se precisa, fundamentalmente, que de parte del congresista "... exista un interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera...", como lo previene el artículo 286 de la Ley 5a. de 1992.
>
> "El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, define así la palabra "directo: Derecho o en línea recta. Dícese de lo que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios".
>
> "De manera que para que el interés sea **directo,** debe surgir de los extremos de la relación que se plantea a través de la decisión que haya de tomarse con respecto a los proyectos de ley, sin intermediación alguna".

Según la misma providencia "si se tratase que el asunto beneficie a una persona moral de la cual es miembro el Congresista, este interés debe ser además de directo, concreto y específico para que aquel deba declararse impedido y separarse del conocimiento del asunto que haya de dar origen a una ley...".

Pues bien, en el caso que nos ocupa y aceptando en gracia de discusión que pudiera haber en la Congresista cuestionada un interés en la expedición de la ley sobre libertad religiosa y de cultos, este no sería directo, ni concreto ni específico, porque las presuntas prerrogativas que de ella pudieran derivarse no la irían a beneficiar ni a ella ni a su esposo, sino a la Asociación Fraternidad Ministerial Cristiana Evangélica Nacional -FRAMEN-, entidad de derecho privado diferente, desde luego, a la parlamentaria y a su cónyuge individualmente considerados. El carácter del miembro de esa agrupación que pueda tener la parlamentaria Claudia Rodríguez de Castellanos o de fundador o vicepresidente que pudo ostentar su esposo César Castellanos Domínguez, no los hace acreedores a los supuestos beneficios económicos que el otorgamiento de la personería jurídica pudiera obtener la agrupación de la cual ellos hacen parte.

Mediante el expediente No. AC-1675, esta Sala conoció de la solicitud de pérdida de investidura de Congresista de la Representante a la Cámara Viviane Morales Hoyos, fundamentada en los mismos argumentos expuestos en el asunto que ahora se define ya que siendo miembro de la "Iglesia de Dios de Colombia", casada con un alto directivo de esta agrupación, participó como ponente en la tramitación y expedición de la misma Ley 133 sobre "Libertad Religiosa y de Cultos". En aquella oportunidad, con ponencia del Consejero Dr. Ernesto Rafael Ariza, esta Sala expresó:

> "b): Del contenido de ley estatutaria antes enunciado no se vislumbra regulación alguna que se pueda pregonar en favor de determinada iglesia o confesión religiosa, de los ministros o pastores de éstas, así como de sus creyentes. Por el contrario, se trata del desarrollo de manera general, impersonal y abstracta del derecho constitucional fundamental de libertad religiosa o de cultos, previsto en el artículo 19 de la Constitución Política, que por mandato del artículo 152 literal a) de la misma le corresponde al Congreso de la República y que es predicable de todas las personas consideradas como seres humanos".

La posibilidad de un interés directo, económico, particular y concreto en el caso que se estudia, se aleja aún más en la medida en que la ley y la intervención que en ella pudo tener la Senadora Claudia Rodríguez de Castellanos no es más que el desarrollo y ejercicio del derecho inalienable de toda persona a sostener, defender y propagar sus creencias y convicciones de carácter religioso, ya individualmente, ya en grupo, en consonancia con el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos según el cual "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia".

La Constitución Nacional de 1991 consagra claros principios que hacen de nuestro país un Estado de libertad religiosa. En el artículo 19 se expresa que toda persona tiene derecho "a profesar libremente su religión y a defenderla en forma individual o colectiva y que todas las organizaciones religiosas "son igualmente libres ante la ley y, en su artículo 18 establece que nadie "será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas".

La Ley 133 de 1994 en cuya tramitación y expedición participó la Senadora ahora demandada es una ley estatutaria que bien pudiera decirse fue expedida en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 152 de la Constitución Nacional para regular el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa. Como se consignara en la sentencia a la que ya se ha hecho referencia "a través de sus previsiones se da cumplimiento a los principios fundamentales consagrados en la Carta Política, tales como: que Colombia está organizada en forma de República participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana (artículo 1o.).; que dentro de los fines esenciales del Estado están

los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y que las autoridades están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus creencia, derechos y libertades (artículo 2o); y que todas las personas son libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de religión (artículo 13).

Así las cosas, la Senadora Claudia Rodríguez de Castellanos no incurrió en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses porque de su participación en el trámite y expedición de la ley de libertad religiosa y de cultos no se desprende un interés directo que implique en favor de ella un beneficio particular y concreto. Y si bien pudiera existir algún tipo de interés, éste vendría a confundirse con el que pudiere asistir a todas las personas sin discriminación alguna en regulación del ejercicio de uno de los derechos fundamentales cual es el de libertad religiosa.

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. INAPLICASE la expresión "en pleno" contenida en el artículo 1o. y la totalidad del parágrafo del mismo, de la Ley 144 de 1994.

2o. DENIEGASE la solicitud de pérdida de la investidura de la Congresista CLAUDIA YADIRA RODRIGUEZ DE CASTELLANOS.

3o. COMUNIQUESE a la Mesa Directiva del Senado de la República, al señor Presidente del Consejo Nacional Electoral y al señor Ministro de Gobierno, para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 6 de septiembre 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; Miren De La Lombana de Magyaroff; Clara Forero de Castro; Delio Gómez Leyva; Luis Eduardo Jaramillo Mejía; Alvaro Lecompte Luna; Juan de Dios Montes Hernández; Carlos 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,* Ausente; *Diego Younes Moreno.*

EMPLEO DE ELECCION POPULAR/PERIODO ELECTORAL-Coincidencia/ **CONGRESISTA** -Incompatibilidades/**ACTO DE INSCRIPCION**

La causal prevista en el artículo 179 numeral 8o. de la Carta Política, reza "Nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente". La inhabilidad solamente se presenta cuando el sujeto resulta elegido para más de una Corporación o cargo público, o para una Corporación o un cargo. La aspiración a ser elegido o sea la de simple inscripción en dos listas, por sí sola no constituye ninguna inhabilidad".

CONGRESISTA-Inhabilidades/**SANCION PENAL**-Inexistencia/**SANCION DISCIPLINARIA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA**

Según el artículo 179-1 de la Carta Política, no podrán ser Congresistas "Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos". Es un hecho cierto que la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa mediante resolución 005 de febrero 3 de 1992 impuso la sanción de destitución la cual llegó a concretarse en la separación del cargo. Sin embargo fácil resulta concluir en el sentido de que el cargo no prospera ya que en esta inhabilidad se incurre cuando la sanción consiste en pena privativa de la libertad mediante sentencia judicial, categoría a la cual no alcanza el acto proferido por la Procuraduría.

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

Consejero Ponente: Dr. Yesid Rojas Serrano.

Referencia : Expediente No. AC-1660 ASUNTOS CONSTITUCIONALES. Pérdida de investidura de Congresista del Representante a la Cámara TOMAS DEVIA LOZANO. Actor: FELIX BONILLA BOHORQUEZ.

El ciudadano Félix Bonilla Bohórquez obrando en su propio nombre y haciendo uso del derecho que le otorga el artículo 184 de la Constitución Nacional, solicita al Consejo de Estado que se decrete la pérdida de investidura de Congresista que ostenta el señor Tomás Devia Lozano en su calidad de Representante a la Cámara, elegido por la circunscripción electoral del Departamento del Guaviare para el período constitucional 1994-1998.

HECHOS QUE MOTIVAN LA SOLICITUD

En síntesis son los siguientes:

1o. El señor Tomás Devia Lozano cuando se desempeñaba como Comisario Especial del Guaviare, fue procesado mediante expediente No. 013-116025 con fundamento en la queja elevada el 27 de noviembre de 1990 por el señor Hernando Fonseca Rodríguez. En desarrollo de este proceso la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa el 3 de febrero de 1992 solicitó la destitución del cargo. Apelada esta providencia fue confirmada por el Procurador General de la Nación el 1o. de febrero de 1994.

2o. El señor Tomás Devia Lozano no sólo inscribió su nombre como cabeza de lista a la Cámara de Representantes por el departamento del Guaviare, sino que también lo hizo en la lista que para el Senado de la República encabezó el señor Ricaurte Losada Valderrama. Al resultar elegidas ambas cabezas de lista el señor Devia Lozano podría eventualmente asumir el cargo de Senador.

3o. Con recursos de la Educación y sin que mediara autorización de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional del Guaviare, el señor Jorge Alberto Zapata Betancur, Gobernador del Guaviare y conocido activista de la campaña de Tomás Devia Lozano, ordenó la adquisición de plantas eléctricas, motobombas, motosierras, gasolina, láminas de zinc y pupitres los cuales fueron entregados con órdenes verbales o escritas del parlamentario Tomás Devia o su esposa Nieves de Devia, en días previos a las elecciones del 13 de marzo.

4o. El señor Fabio Liz Murillo segundo renglón de la lista de Tomás Devia Lozano, se desempeñó como Secretario General de la Gobernación del Guaviare y Gobernador Encargado dentro de los doce meses anteriores a las elecciones del 13 de marzo de 1994. El hecho de que su segundo renglón haya ejercido cargos tan importantes en días

anteriores a las elecciones es prueba fehaciente del tráfico de influencias ejercido de manera insana por el referido parlamentario.

5o. Los hermanos de quienes ocupan el segundo y tercer renglón de la lista a la Cámara del señor Tomás Devia Lozano, se han desempeñado en importantes cargos como cuota política del parlamentario.

6o. El secretario privado y activista de la campaña electoral de Devia Lozano, señor Jaime Reynel Pulido ha suministrado dotaciones de vestido y calzado a los trabajadores del Departamento.

7o. El jefe de campaña y además presidente del directorio liberal del parlamentario acusado, es el doctor Jairo Hernán Benjumea, Gerente propietario o arrendatario de la emisora "La Voz del Guaviare" y director de Radio Luceros del Guaviare.

Esta casa radial tiene contratos de publicidad y de programas institucionales vigentes con entidades públicas como la Gobernación, el Fondo Educativo Regional, la Caja Departamental de Previsión Social, etc.

8o. En el servicio Seccional de Salud del Guaviare, se efectuaron antes del 13 de marzo de 1994, millonarias inversiones en remisiones médicas, comisiones de estudio y distribución gratuita de drogas con orden del parlamentario y diputados amigos.

9o. Parientes cercanos a colaboradores y activistas del parlamentario ocupan cargos en el Departamento.

10o. La señora Graciela Arias por pertenecer al partido conservador y por oponerse a las irregularidades cometidas por los amigos de Devia Lozano y quien se desempeñara como Secretaria de la delegación del FER fue trasladada a una dependencia de inferior categoría. Al solicitar explicaciones al respecto al superior jerárquico le manifestó que "antes estaba tratando de evitar la destitución solicitada verbalmente por el Gobernador y el parlamentario Tomás Devia Lozano".

11. Cualquier gestión que un campesino quisiera realizar en la Gobernación, debía ser consultada previamente con la esposa del Congresista demandado.

12. El 5 de marzo de 1994, se presentó el señor Devia Lozano en la vereda Mirolindo con una motoniveladora del Departamento y solicitó a la comunidad la suma de $ 200.000.oo con el fin de pagarle las horas extras al conductor oficial de la máquina.

13. Tal como lo denunció el Sacerdote Luis Alberto Tamayo Giraldo en queja elevada ante el Procurador General de la Nación, radicada bajo el No. 057744 de marzo 22 de 1994, el Gobernador del Guaviare, Jorge Alberto Zapata, la Procuradora Departamental Gladys Uribe de Jiménez y la Notaría de San José del Guaviare, Argelia Omaira Ayala, se dedicaron en días previos a las elecciones, a hacer campaña política en favor de Tomás Devia Lozano, utilizando el vehículo de la Gobernación.

14. Los doctores Alvaro Gaitán Suárez, Gobernador del Guaviare y Francisco Alberto Galindo, Delegado del Ministerio de Educación ante el FER se ganaron la animadversión del representante cuestionado, hasta el punto de perder sus empleos porque se negaron a sacar de las arcas oficiales la suma de $ 12.000.000.oo que exigía para desplazar a su hija al reinado de Cartagena.

15. El Gobernador del Guaviare a iniciativa de Tomás Devia Lozano y para lograr el respaldo político del Diputado Luis Córdoba Rincón, gestionó en época preelectoral la firma "directa o fraudulenta" mediante la utilización de testaferro, de un contrato de distribución de licores en el departamento del Guaviare por espacio de varios años.

16. En las elecciones del 13 de marzo de 1994 el doctor Jorge Alberto Zapata Betancur, Gobernador del Guaviare y cuota política del representante acusado, permaneció cerca de los cubículos acosando a los electores para que votaran por Tomás Devia Lozano. Observaron con el Doctor Belisario Macías Esparza, con el Presidente del Concejo Municipal Pedro Arenas García y con el Concejal Ignacio Andrade Ortega, la manera como a instancias del parlamentario el Gobernador presionaba a los volantes.

17. El Gobernador Jorge Alberto Zapata, no sólo permaneció al lado de los electores, sino que en forma indebida y arbitraria ejerció "Autoridad Electoral" autodesignándose como clavero principal, participando en el escrutinio municipal y departamental, sin ser escrutador.

18. El Gobernador ejerció en las instalaciones de la Registraduría actos de abuso de autoridad y usurpasión de funciones, como el hecho de solicitar por radioteléfono datos electorales, a golpear el artefacto contra la mesa cuando reportaban datos adversos a su candidato Tomás Devia Lozano.

19. Los vehículos oficiales del Servicio Seccional de Salud fueron utilizados para trasladar votantes de Tomás Devia Lozano.

20. La comunidad de Guanapalo (Guaviare), recibió de manos del representante liberal Tomás Devia Lozano con el objeto de obtener el respaldo político, una motobomba adquirida con recursos oficiales.

CORRECCION DE LA DEMANDA

En memorial de 12 de abril de 1994, el actor corrigió la demanda en la cual, tal como él mismo lo expresa se conserva la estructura formal de la anterior. Sin embargo en dicha corrección, el demandante precisa la violación, por parte del Congresista acusado, del régimen de inhabilidades e incompatibilidades (artículos 179 y 180 de la C.N.); la indebida destinación de dineros públicos (artículos 183-4 de la Carta Política), y el tráfico de influencias (artículo 183-5 del ordenamiento constitucional).

Respecto a la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades dice concretamente que "el señor TOMAS DEVIA LOZANO, quedó inhabilitado (impedido) para seguir ejerciendo su dignidad de congresista al aplicarse la más alta sanción estipulada en las normas legales para los servidores públicos, lo cual no le permite el ejercicio de funciones públicas".

Referente a los otros hechos de la demanda expresa el demandante que "solo son un resumen general del manejo fraudulento de las elecciones del 13 de marzo por parte del señor Gobernador del Guaviare y el Representante a la Cámara TOMAS DEVIA LOZANO, lo que indica a las claras un burdo tráfico de influencias...".

Dentro de la diligencia de audiencia pública el actor dejó en la Secretaría un escrito en el cual insiste en la sanción de destitución del cargo impuesta al Congresista por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa para endilgarle al parlamentario, en esta ocasión, la inhabilidad prevista en el artículo 17 de la Ley 13 de 1984; en la contratación administrativa en favor de terceros por el acusado y el tráfico de influencias ejercido por Devia Lozano teniendo en cuenta los cargos ocupados por el señor Liz Murillo, segundo de la lista, y los hermanos de éste con anterioridad a las elecciones, lo mismo que la inscripción en el tercer renglón de la lista del asesor y subalterno del Congresista y la utilización de los vehículos oficiales en su campaña política.

INTERVENCION POR LA PARTE DEMANDADA

En la contestación de la Demanda.

En escrito de 9 de mayo de 1994 se dio contestación a la demanda. Respecto de los hechos dice el apoderado del parlamentario Tomás Devia Lozano en síntesis lo siguiente:

Ninguna inhabilidad afecta al Congresista cuestionado, pues tal como lo reconoce el mismo demandante, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas es taxativo y de interpretación restringida.

Una providencia de la Procuraduría es un acto administrativo y en consecuencia es sometido a la vía gubernativa y en general a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Nunca es un acto judicial o sentencia., que lleve pena privativa de la libertad.

Mi poderdante no se inscribió en ninguna lista para Senado de la República, por lo tanto no ha violado el artículo 179-8 de la Constitución Nacional.

Tomás Devia Lozano, en su calidad de Representante a la Cámara no es ordenador de gastos ni maneja recursos ni maneja fondos públicos; por lo tanto no puede estar incurso en la prohibición del artículo 183-4 en "indebida destinación de dineros públicos".

La voz del Guaviare es la única emisora de la región, todas las personas naturales y jurídicas, tanto públicas como privadas, anuncian a través de este medio, en igualdad de condiciones lo que consideren pertinente a sus actividades; y en épocas electorales en general, todos los grupos políticos, sin distinción alguna, utilizaron la Emisora para presentar ampliamente sus propuestas, programas y cuñas alusivas a sus campañas, incluyendo al movimiento del propio demandante, como bien lo puede certificar dicha Emisora.

El Representante no tiene injerencia en el manejo del servicio de salud; ya que su ordenador es nominado por el Ministro de Salud y las directivas son trazadas por la Junta Administradora de la cual no hace parte el Congresista.

La Gerente de la Caja de Previsión Social del Guaviare fue nombrada hace más de dos años, por administraciones pasadas y no precisamente con ocasión del debate o elección parlamentaria.

El señor Carlos Alfonso Jiménez, fue activista del grupo del representante, pero su actividad privada y comercial no está sujeta a las decisiones del Representante sino al derecho que tiene todo cuidadano de presentar ofertas, proponer, licitar y cotizar en igualdad de condiciones ante las entidades oficiales.

El Delegado del FER depende del Despacho del Ministro de Educación y está supervisado por una Junta Administradora de la cual no hace parte el representante.

Los testigos señalados por el demandante son, unos de su dirigencia política y el otro su propio hermano, por lo tanto sus testimonios no tendrían la credibilidad necesaria.

La petición o reclamación dirigida por el demandante a los Delegados del Consejo Nacional Electoral respecto de los escrutinios y la elección del señor Tomás Devia Lozano, por haber sido presentada extemporaneamente, no fue admitida, ni estudiada, ni resuelta por este organismo.

El Representante Devia Lozano fue reelegido sin que en él concurrieran causales de inhabilidad o incompatibilidad.

No celebró contratos, ni intervino en gestión de negocios ante entidades públicas, ni en interés propio, ni de terceros. El hecho de haber recibido adhesión política de algunos tradicionales comerciantes de la región no implica necesariamente estar incurso en las prohibiciones del artículo 179 numeral 3 y 180 numeral 2 de la Constitución Nacional.

El tráfico de influencias es un delito tipificado en nuestro estatuto punible, y no se puede pretender una demostración a base de suposiciones o presunciones porque la misma ley ha prescrito expresamente la manera de demostrarlo ante la jurisdicción penal.

Dentro del mismo escrito de la contestación de la demanda se proponen, para usar los términos del demandado, las siguientes excepciones: Carencia de fundamento legal y fáctico; presentación de testimonios sospechosos, rechazo de la solicitud de pruebas y principio de la eficacia del voto.

En la Audiencia Pública

En esta oportunidad, tanto en su intervención como en el resumen escrito de sus alegaciones el demandado, mediante su apoderado, esgrimió los argumentos que a continuación se sintetizan:

Una providencia de la Procuraduría, es un acto administrativo y nunca un acto judicial o una sentencia de carácter penal que conlleve pena privativa de la libertad y por lo tanto la sanción que ella contenga no está contemplada como causal de pérdida de investidura.

Tomás Devia Lozano solamente se inscribió como candidato por el partido liberal para la Cámara de Representantes por la circunscripción del departamento del Guaviare.

Tampoco es ordenador de gastos ni maneja fondos públicos y en ningún momento ha contratado o gestionado ante el Departamento del Guaviare en provecho suyo o de un tercero.

En base a suposiciones o presunciones no se puede configurar la conducta delictiva del tráfico de influencias tipificada y sancionada en el artículo 147 del Código Penal.

INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado quien representó al Ministerio Público en este proceso, después de concretar los cargos formulados, expresa su concepto en los términos que a continuación se resumen:

El cargo según el cual el señor Tomás Devia Lozano no podía ser Congresista por haber sido sancionado disciplinariamente con la destitución del cargo, no debe prosperar, pues el artículo 179-1 de la Constitución Nacional se refiere a condena por sentencia judicial, calificativo que no puede dársele a la resolución de la Procuraduría.

La inhabilidad imputada al Congresista por haber inscrito también su nombre en la lista que para Senado de la República encabezó el señor Ricaurte Losada Valderrama, tampoco debe prosperar porque esta inhabilidad solamente se presenta cuando el sujeto resulta elegido para más de una Corporación o cargo público, o para una Corporación y un cargo.

De los hechos 3o, 4o, y 5o de la demanda, no es posible concluir que el señor Tomás Devia Lozano haya intervenido en la gestión de negocios ante las entidades públicas o en la celebración de contratos. Algunos de estos hechos son irrelevantes y ninguno fue probado suficientemente.

El cargo de indebida destinación de dineros públicos carece de toda prueba, amén de que involucra es al Gobernador del Guaviare, respecto al cual solamente él debe responder, sin aportar que los móviles que tuvo fueron los de ayudar o colaborar en la campaña del Representante Devia Lozano.

Los hechos de los cuales el actor deriva el tráfico de influencias sólo involucra a las personas que supuestamente eran copartidarias del parlamentario y le colaboraron en su campaña.

Por todo lo anterior, la agencia del Ministerio Público "considera que la demanda no debe prosperar y en consecuencia debe ser denegada la pérdida de investidura del Representante a la Cámara, señor TOMAS DEVIA LOZANO".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

LA COMPETENCIA.

Si bien es cierto que la Ley 144 de 1994, al regular el procedimiento de pérdida de investidura de los Congresistas estableció en su artículo 1o., como en su parágrafo que la competencia para conocer de estos asuntos corresponde al Consejo de Estado en pleno, no lo es menos que la Corte Constitucional en sentencia C-319 declaró inexequibles los artículos 297 y 298 de la Ley 5a. de 1992 en los que se consagraba el mismo ordenamiento, con fundamento en la circunstancia reiterada de que la declaratoria de pérdida de investidura entraña una función típicamente jurisdiccional, por lo tanto compete a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la que dentro del Consejo de Estado desarrolla estas funciones. Una consideración en sentido contrario implicaría la violación ostensible del artículo 236 de la Constitución Nacional, según el cual el Consejo de Estado se divide en Salas y Secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley y aquellas las ha reservado la ley (Código Contencioso Administrativo) a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y a las cinco secciones que la conforman.

Por lo expuesto y con fundamento en el artículo 4o. de la Carta Política, la Sala inaplicará la expresión "en pleno" del artículo 1o. y la totalidad de su parágrafo de la Ley 144 de 1994 por ser violatorios del ya citado artículo 236 del ordenamiento constitucional.

LAS EXCEPCIONES

En cuanto dice relación con las excepciones propuestas por el demandado en el escrito de contestación del libelo, la Sala estima que no pueden considerarse como tales,

pues aparte de que no tienen fundamentación alguna se dirigen a englobar toda la defensa, sin que impliquen hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley aniquilen o enerven las pretensiones de la demanda.

Por lo anterior deben declararse no probadas las excepciones propuestas.

EL FONDO DEL ASUNTO

A pesar de que tal como lo advirtió la señora Procuradora Quinta Delegada ante la Corporación, resulta difícil concretar los cargos formulados contra el parlamentario Tomás Devia Lozano porque "en ocasiones se entremezclan con algunos hechos los que a su vez resultan irrelevantes y ajenos a las causales de desinvestidura", la Sala deduce que el demandante fundamenta su petición en las siguientes causales de desinvestidura:

Primera. Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, causal contemplada en el artículo 183 numeral 1o. de la Constitución Nacional en concordancia con el artículo 179 numeral 1o. del mismo Estatuto.

Se hace consistir el cargo que Tomás Devia fue sancionado disciplinariamente con solicitud de destitución por la Procuraduría para la Vigilancia Administrativa cuando se desempeñaba como Comisario Especial del Guaviare.

Según el artículo 179-1 de la Carta Política, no podrán ser Congresistas "Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos".

Es un hecho cierto que la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa mediante resolución 005 de febrero 3 de 1992 impuso la sanción de destitución la cual llegó a concretarse en la separación del cargo. Sin embargo fácil resulta concluir en el sentido de que el cargo no prospera ya que en esta inhabilidad se incurre cuando la sanción consiste en pena privativa de la libertad mediante sentencia judicial, categoría a la cual no alcanza el acto proferido por la Procuraduría.

Esta misma Sala en sentencia de 22 de agosto dictada dentro del expediente AC-1432 consideró que sobre la base de una sanción disciplinaria no puede decretarse la pérdida de investidura porque ella no está prevista como causal de inhabilidad para ser Congresista.

Segunda. La causal prevista en el artículo 179 numeral 8 de la Carta Política, de conformidad con la cual "Nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente".

Al respecto observa la Sala que en el caso de autos no hay ninguna posibilidad de que esta inhabilidad se configure si en cuenta se tiene que el señor Devia Lozano ni

siquiera se inscribió en la lista diferente a la de la Cámara que él encabezaba. Revisado el expediente concretamente los folios 172 a 181 donde aparecen las inscripciones en la lista que para el Senado encabezó el señor Ricaurte Losada Valderrama, no aparece el nombre del señor Tomás Devia Lozano. Ahora, en el supuesto caso de que se hubiera inscrito tampoco habría lugar a la causal, pues como atinadamente lo anota la señora Procuradora, "la Constitución se refiere a la elección y no a la inscripción. La inhabilidad solamente se presenta cuando el sujeto resulta **elegido** para más de una Corporación o cargo público, o para una Corporación o un cargo. La aspiración a ser elegido o sea la de simple inscripción en dos listas, por sí sola no constituye ninguna inhabilidad".

Tercera. Indebida destinación de dineros públicos, causal que consagra el artículo 183 numeral 4 de la Carta Política.

Hace consistir este cargo en que el Gobernador del Guaviare Jorge Alberto Zapata activista de la campaña política de Devia Lozano, ordenó la adquisición de plantas eléctricas, motobombas, motosierras, gasolina, láminas de zinc y pupitres para ser entregados en los días previos a las elecciones del 13 de marzo, en algunos casos por Almacenes de la ciudad y sin haber legalizado su ingreso al Almacén del FER . Las entregas, afirma el actor, se hacían con órdenes verbales o escritas del parlamentario Tomás Devia o de su esposa señora Nieves de Devia. Censura situaciones similares en relación con otros ciudadanos y con la comunidad de Guanapalo (Guaviare) la que, según la demanda, recibió del representante acusado una motobomba adquirida con recursos oficiales. Estos hechos resultan irrelevantes pues sólo involucran a personas diferentes al Congresista; de ellos no se conocen los móviles y por sobre todo no están respaldados en ninguna prueba.

Cuarta. Finalmente se invoca por parte del actor la causal denominada "Tráfico de influencias debidamente comprobado". Ello porque según el demandante amigos políticos, integrantes de la misma lista y parientes de éstos han ejercido importantes cargos en la administración del Guaviare y han celebrado con ella algunos contratos. Este cargo merece la misma crítica hecha al anterior pues a tiempo de que involucran personas diferentes al acusado tampoco tienen prueba alguna que los respalde.

Lo que ocurrió respecto de los dos últimos cargos fue que los numerosísimos testimonios con los que probablemente pretendían demostrarse no pudieron ser decretados por no cumplir la solicitud con los requisitos establecidos para el efecto en el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil según auto de 29 de junio de 1994.

Así las cosas y en razón de que ninguno de los cargos endilgados al parlamentario Tomás Devia Lozano tienen vocación de prosperidad, tendrá la Sala que denegar las prestaciones de la demanda tal como se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

Finalmente observa la Sala que el demandante fundamenta una de las causales de pérdida de investidura afirmando que el parlamentario Devia Lozano se inscribió también en la lista que para Senado encabezó el señor Ricaurte Losada Valderrama. Esta afirmación no corresponde a la verdad, pues como ya se expresó, revisados los documentos correspondientes visibles a los folios 172 a 181, no aparece el nombre de Devia Lozano como inscrito en la mencionada lista.

En las condiciones anteriores la denuncia, al menos por este aspecto, resulta temeraria. Por tal razón y de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 144 de 1994, ordenará la Sala, en la parte motiva de esta providencia compulsar copia de toda la actuación con destino a la Fiscalía General de la Nación para los fines que sean del caso.

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

FALLA:

1o. INAPLICASE la expresión "en pleno" contenida en el artículo 1o. y la totalidad del parágrafo del mismo de la Ley 144 de 1994.

2o. DECLARANSE NO PROBADAS las excepciones propuestas por la parte demandada.

3o. DENIEGASE la solicitud de pérdida de la investidura del Congresista TOMAS DEVIA LOZANO.

4o. COMPULSESE copia de toda la actuación con destino a la Fiscalía General de la Nación, para los fines que sean del caso.

4o. COMUNIQUESE a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, al señor Presidente del Consejo Nacional Electoral y al Ministro de Gobierno, para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en reunión celebrada el día 6 de septiembre de 1994.

Amado Gutiérrez, Presidente; *Miguel González Rodríguez; Jaime Abella Zárate; Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Joaquín Barreto Ruiz; Carlos Betancur Jaramillo; Guillermo Chahín Lizcano; Miren De La Lombana de Magyaroff; Clara Forero de Castro; Delio Gómez Leyva; Luis Eduardo Jaramillo Mejía; Alvaro Lecompte Luna; Juan De Dios Montes Hernández; Carlos 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,* Ausente; *Diego Younes Moreno.*

RECUSACION-Improcedencia/PARTIDO POLITICO/ORGANIZACION POLITICA-Dirección

Resulta insólito, por decir lo menos, que por estar el juez o su cónyuge afiliado a un determinado partido político, pueda afirmarse que esta vinculación los coloca en posición de "socios o subalternos" de quien siendo senador, dirige, al mismo tiempo, los destinos de dicho partido. El pertenecer a una organización política no conlleva dependencia mental ni personal con sus órganos de dirección o con quien actúa como su director que pueda colocar al juez en imposibilidad de juzgar la conducta de éste o de los integrantes de aquellos.

RECUSACION-Causales/DENUNCIA PENAL/ CONYUGE

La norma trae dos supuestos bien diferenciados y concurrentes: en primer lugar, debe existir la prueba de la denuncia penal propuesta por la parte recusante, su representante o apoderado contra el juez, su cónyuge o pariente en el grado allí indicado; y en segundo, que el denunciado se halla vinculado a la investigación penal. De acuerdo con la copia acompañada al proceso, el denunciante no es el actor, luego no se cumple uno de los presupuestos de la norma; y si como lo afirma, declaró en dicho proceso contra el esposo de la Consejera, dicho acto no está probado en el proceso. Además, no se cumple el otro presupuesto de la norma en cita, vale decir, de estar el denunciado vinculado a la investigación penal, lo cual se cumple, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, cuando a éste se le

haya ordenado y efectuado su indagatoria, aspecto que tampoco está probado en el *sub-exámine.*

PLEITO PENDIENTE-Inexistencia/**RECUSACION**-Improcedencia

Si bien el actor solicitó la nulidad de la elección del Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, no se configura la causal 6a. del artículo 150 del C. de P. C. por no existir pleito pendiente, pues dicho proceso fue fallado mediante providencia del 19 de marzo de 1993, por la Sección Quinta de la Corporación.

IMPEDIMENTO-Causales/ **ENEMISTAD GRAVE/ CONYUGE**

De los términos que utiliza el recusante, como cuando afirma que existe "UNA ENEMISTAD MIA CON SU CONYUGE (sic), al menos POLITICA" permite a la Sala concluir que el ánimo de la Consejera recusada ha sido perturbado, por lo que procede aceptar el impedimento por ella expresado, al considerar que se configura la causal consagrada en el numeral 9o. del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.-Santafé de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. AC-2051. Actor: Hildebrando Ortiz Lozano. Asuntos Constitucionales. AUTO.

Remitido el expediente de la referencia al despacho del Consejero Sustanciador, por recusación propuesta por el actor contra la doctora Clara Forero de Castro, se procede al estudio de la misma.

HECHOS:

El ciudadano HILDEBRANDO ORTIZ LOZANO, en ejercicio de la facultad conferida por los artículos 23 y 184 de la Constitución Nacional, presentó solicitud de pérdida de la investidura del Senador Juan Guillermo Angel Mejía.

La Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro, mediante auto de 2 de septiembre, dispuso no admitir la solicitud, por no reunir los requisitos señalados en el artículo 4o. de la Ley 144 de 1994 y procedió a conceder un término de 10 días para que se corrigiera, y anexara los documentos requeridos en dicha providencia, auto al cual dio cumplimiento el actor; pero, así mismo, presentó escrito donde solicita a la

Consejera Ponente se declare impedida para actuar en el presente proceso, sustentando la recusación, así:

1) La persona a quien usted pretende JUZGAR hace las veces de PRESIDENTE DE LA DIRECCION LIBERAL NACIONAL e integra la DIRECCION NACIONAL DEL PARTIDO LIBERAL, lo cual hace que USTED y por lo menos SU CONYUGE (sic) JAIME CASTRO CASTRO sean "socios y subalternos" en su calidad de liberales, del Senador JUAN GUILLERMO ANGEL MEJIA, quien és (sic) Superior SUYO en cuanto a su rango de SENADOR, su rango LEGISLATIVO y SU RANGO POLITICO en calidad de PRESIDENTE DE LA DIRECCION LIBERAL NACIONAL, y en la misma forma ES SUPERIOR en rango a SU CÓNYUGUE (sic) JAIME CASTRO CASTRO, pues JUAN GUILLERMO ANGEL MEJIA es PRESIDENTE DEL CONGRESO y como tal ES SUPERIOR en rangos POLITICOS, ADMINISTRATIVOS Y DE MANDO.- A su vez, CASTRO ES "SOCIO O AFILIADO" del partido Liberal Colombiano, ENTIDAD O PERSONA JURIDICA DE DERECHO PRIVADO CON AUTORIDAD, JURISDICCION Y MANDO sobre sus afiliados, y de tal entidad de Derecho Privado ES PRESIDENTE JUAN GUILLERMO ANGEL MEJIA.- Esto hace que usted, en su calidad (sic) de ESPOSA del burgomaestre LIBERAL, también se declare impedida conforme al artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.- El impedimento EXISTE DESDE ANTES DE INSTAURAR la Acción Constitucional AC-2051, y es por ello que LA RECUSO respetuosa pero firmemente.-

2) Otro hecho GRAVISIMO que invoco como causal de recusación es que Yo, HILDEBRANDO ORTIZ LOZANO instauré una "TUTELA" ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la cual apelé ANTE el H. Consejo de Estado, y USTED INTERVINO ILEGALMENTE EN DEFENSA DEL CONCEJO, en el momento en **firmó** (sic) la PROVIDENCIA NEGATORIA de TUTELA "AC-461", POR LA CUAL YO SOLICITE que se declarara LA NULIDAD DE LA ELECCION Y LA CANCELACION DE CREDENCIAL DE LOS CONCEJALES, **ELEGIDOS EN LA MISMA ACTA CON SU ESPOSO, Y NO PODIA FIRMAR UNA PROVIDENCIA DEFENDIENDO A SU ESPOSO, Y TENIA que declararse IMPEDIDA,** pero como lo hizo, creo que cometió PREVARICATO y veo que va a reincidir si asume el conocimiento del proceso AC-2051 contra JUAN GUILLERMO ANGEL MEJIA.- La acción de tutela fue numerada INICIALMENTE en el Consejo de Estado con el numero (sic) AC-393, y hubo sentencia el 18 de noviembre de 1993 por AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ, y luego de impugnada "le cambiaron el número ahí" y quedó distinguida con el AC-461 emitida el 18 de diciembre NEGANDOLA, y **ahí, ESTA SU FIRMA, defendiendo LA ELECCION DE SU ESPOSO, CONSIGNADA EN EL** "ACTA GENERAL DEL ESCRUTINIO DE LOS VOTOS EMITIDOS ANTE LAS MESAS DE VOTACION INSTALADAS EN EL DISTRITO CAPITAL DE SANTAFE DE BOGOTA, EN LAS ELECCIONES CELEBRADAS EL DOMINGO 8 DE MARZO DE 1992, PRACTICADO POR LA COMISION ESCRUTADORA DISTRITAL", y TAL ELECCION fue demandada

ADMINISTRATIVAMENTE y también Yo declaré penalmente contra todos los electos con esta ACTA. El texto consta en las **HOJAS 21, 22 y 23 de dicha acta, y reposa AQUI en el Consejo de Estado en el proceso 821 de la Sección 5- AÑO 1992.-**

"Es obvio que AL YO DEMANDAR AL DR. JAIME CASTRO CASTRO y al declarar contra él se presenta UNA ENEMISTAD MIA CON SU CÓNYUGUE (SIC), al menos POLITICA.

3) **También "SU ESPOSO" Jaime Castro Castro fue denunciado penalmente por CAMILO PERDOMO PERDOMO por FAVORECER a "SAYCO y a ACINPRO",** y Yo, Hildebrando Ortiz Lozano, declaré en su contra en el Proceso 074-255 ante la Fiscal Martha Lucía Peña Manosalva en la Calle 13 No. 7-60, y el proceso "ESTA VIVO".- Es apenas OBVIO, que USTED ESTA IMPEDIDA de actuar CONTRA O EN un proceso, en donde EL DEMANDANTE "ha denunciado y declarado penalmente y administrativamente en contra de su esposo", por lo cual RESPETUOSAMENTE LA RECUSO, y la invito a separarse del proceso AC-2051 que cursa en el Consejo de Estado, y ojalá lo haga en los demás procesos en donde deba VOTAR.- **Es usted esposa de JAIME CASTRO CASTRO y Yo he declarado CONTRA EL, lo cual hace aplicable el art. 150 del C. de P. Civil.-** LE ADJUNTO las HOJAS 21, 22 Y 23 que obran en el proceso 821 mencionado, UNA fotocopia de la denuncia PENAL en la cual declaré contra su esposo y FOTOCOPIA DE LA PROVIDENCIA en la cual USTED firmó el 18/12/92, e igualmente la APELACION en contra del Dr. Jaime Castro en el proceso 821 y fotocopia de los marconis del Consejo de Estado.- En definitiva, LE PIDO respetuosamente que se declare impedida.- ... ".

Mediante auto de 8 de septiembre del año en curso, la doctora Clara Forero de Castro, se declaró impedida con base en la causal 9a. del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y ordenó remitir el expediente al Consejero que le seguía en turno.

Para resolver se considera:

1o. Resulta insólito, por decir lo menos, que por estar el juez o su cónyuge afiliado a un determinado partido político, pueda afirmarse que esta vinculación los coloca en posición de "socios o subalternos" de quien siendo senador, dirige al mismo tiempo, los destinos de dicho partido. El pertenecer a una organización política no conlleva dependencia mental ni personal con sus órganos de dirección o con quien actúa como su director que pueda colocar al juez en imposibilidad de juzgar la conducta de éste o de los integrantes de aquellos.

2o. En cuanto a la tutela instaurada por el actor solicitando la "NULIDAD DE LA ELECCION Y LA CANCELACION DE CREDENCIAL DE LOS CONCEJALES, **ELEGIDOS EN LA MISMA ACTA CON SU ESPOSO ",** o sea, con el Doctor Jaime Castro Castro, como bien lo afirma la Consejera, Dra. Clara Forero de Castro,

el auto en el que ella intervino, se refería a un rechazo de un recurso interpuesto contra el auto de 18 de noviembre de 1992, proferido en Sala Unitaria por el Consejero Sustanciador, lo cual le impidió conocer contra quiénes se había instaurado la respectiva circunstancia, a juicio de la Sala, no puede ser invocada en el *sub-lite*, como causal de recusación.

3o. Por lo que respecta a la denuncia penal formulada por Camilo Perdomo Perdomo, entre otros, contra el Doctor Jaime Castro Castro, Alcalde Mayor de la ciudad de Santafé de Bogotá, esposo de la Consejera Doctora CLARA FORERO DE CASTRO, proceso en el cual el actor manifiesta haber declarado contra el Alcalde Mayor, es la causal prevista en el numeral 7o. del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, que a su letra enseña:

> "ART. 150. Causales de Recusación. Son causales de Recusación las siguientes:
>
> "1. .....
>
> "7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal contra el juez, su cónyuge, o pariente en primer grado de consanguinidad, antes de iniciarse el proceso o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal".

Como ya lo ha dicho la Sala: "la norma trae dos supuestos bien diferenciados y concurrentes: en primer lugar, debe existir la prueba de la denuncia penal propuesta por la parte recusante, su representante o apoderado contra el juez, su cónyuge o pariente en el grado allí indicado; y en segundo, que el denunciado se halla vinculado a la investigación penal". (Sentencia de 20 de septiembre de 1994, Expediente No. AC-1898, Consejero ponente Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO, Actor: CAMILO PERDOMO PERDOMO).

Ahora bien, de acuerdo con la copia acompañada al proceso - F-52-57 - el denunciante no es el actor, luego no se cumple uno de los presupuestos de la norma; y si como lo afirma, declaró en dicho proceso contra el esposo de la Consejera Doctora Clara Forero de Castro, dicho acto no está probado en el proceso. Además, no se cumple el otro presupuesto de la norma en cita, vale decir, de estar el denunciado vinculado a la investigación penal, lo cual se cumple, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, cuando a éste se le haya ordenado y efectuado su indagatoria, aspecto que tampoco está probado en el *sub-exámine.*

4o. Si bien el actor solicitó la nulidad de la elección del Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, Doctor Jaime Castro Castro, no se configura la causal 6a. del artículo 150 del C. de P. C., por no existir pleito pendiente, pues dicho proceso -No. 0821. Actor: Hildebrando Ortiz Lozano- fue fallado mediante providencia del 19 de marzo de 1993, por la Sección Quinta de la Corporación.

De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que, en el *sub-lite*, no ha sido probada la recusación propuesta por el actor contra la Consejera Doctora CLARA FORERO DE CASTRO, por lo que a términos del artículo 156 del Código de Procedimiento Civil, habrá de imponerse multa al recusante, en el monto que se indicará en la parte resolutiva de esta providencia.

Ahora bien, del análisis antes efectuado y de los términos que utiliza el recusante, como cuando afirma que existe "UNA ENEMISTAD MIA CON SU CONYUGUE (sic), al menos POLITICA" permite a la Sala concluir que el ánimo de la Consejera recusada ha sido perturbado, por lo que procede aceptar el impedimento por ella expresado, al considerar que se configura la causal consagrada en el numeral 9o. del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

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

RESUELVE:

1o. Declarar no probada la recusación propuesta contra la Consejera de Estado Doctora CLARA FORERO DE CASTRO, por el actor HILDEBRANDO ORTIZ LOZANO.

2o. Imponer multa de diez (10) salarios mínimos mensuales al recusante HILDEBRANDO ORTIZ LOZANO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.817.698 de Ibagué (Tolima). El valor de la multa impuesta deberá ser consignado en el Banco Popular, Departamentos Judiciales y Arrendamientos - Cra. 9a. No. 15-47, Cuenta No. 050-00024-9 Código 5011-03, Multas y Cauciones - Sector Justicia, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

3o. Aceptar el impedimento manifestado por la Consejera Doctora CLARA FORERO DE CASTRO, por la causal prevista en el numeral 9o. del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, y declararla separada para conocer del presente proceso.

4o. Señálese el día siguiente hábil de la ejecutoria de esta providencia para efectuar el sorteo de conjuez.

5o. Surtido lo anterior, vuelva el negocio al despacho para continuar su trámite.

COMUNIQUESE AL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

ACCION DE CUMPLIMIENTO/SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA

El conocimiento de las acciones de cumplimiento como las del *sub-júdice* corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, cuya competencia, para este caso y por tratarse del primer pronunciamiento sobre la materia y en razón de la importancia jurídica del asunto, asumió la Sala Plena, sin perjuicio de que en el futuro y de acuerdo con el Reglamento de la Corporación, sea la Sección Primera de la misma, la que asuma su conocimiento.

ACCION DE CUMPLIMIENTO/ PROTECCION AL MEDIO AMBIENTE/ MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE-Facultades/**CORPORACION AUTONOMA**-Facultades/**FUNCION POLICIVA**

Para la prosperidad de la acción ejercitada, el deterioro del medio ambiente que constituye el sustento fáctico de la misma, debe provenir directamente del incumplimiento de las disposiciones que se pretenden incumplidas, situación que no encuentra la Sala cabalmente acreditada en el *sub-júdice*. De otra parte, no puede la Sala pasar por alto que el Título XII de la Ley 99 de 1993, invistió al Ministerio del Medio Ambiente y a las Corporaciones Autónomas Regionales, además de los departamentos, municipios y distritos con régimen constitucional especial, "de funciones policivas para la imposición y ejecución de las medidas de policía, multas y sanciones establecidas por la ley" (art. 83). No podría

esta jurisdicción imponer sanciones o medidas de naturaleza policiva, por cuanto las mismas están atribuídas a las autoridades administrativas anteriormente relacionadas.

ACCION DE CUMPLIMIENTO-Trámite/**PROCESO EJECUTIVO SINGULAR/TITULO EJECUTIVO**

Para adelantar un proceso ejecutivo singular conforme al Código de Procedimiento Civil, estatuto al cual remite el artículo 77 de la Ley 99 de 1993 para tramitar la acción de cumplimiento, se requiere de un título ejecutivo, entendido éste como el documento o documentos auténticos que constituyan plena prueba contra el demandado, de la existencia a su cargo de una obligación expresa, clara y exigible. Estos mismos elementos básicos para el éxito de la ejecución, considera la Sala que deben igualmente exigirse para el trámite de la acción de cumplimiento. Se trata entonces de que la obligación a cargo del demandado sea perfectamente determinada y ofrezca certeza acerca del derecho que se pretende reclamar, de tal forma que debe el juzgador encontrar ese derecho suficientemente demostrado, en este caso, que las disposiciones y los actos administrativos han sido cumplidos.

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

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. AC-2046. Actor: Corporación Labor Pública. Demandado: Gobernación del Tolima y Servicio Seccional de Salud.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la accionante contra la providencia de 8 de julio de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual resolvió: "NEGAR librar el mandamiento de ejecución solicitado por el abogado Rubén Darío Gómez Gallo, como representante legal de la Corporación Labor Pública contra la Gobernación del Tolima y el Servicio Seccional de Salud".

1. Como antecedentes fácticos mencionados por la accionante, ésta refiere que las pistas relacionadas en su escrito introductorio, se hallan por fuera del control de las autoridades sanitarias del Departamento del Tolima y algunas carecen de la licencia prevista en el artículo 95 del Decreto 1843 de 1991. Otras pistas y zonas de tanqueo están situadas por fuera de los parámetros fijados en el artículo 95 del mismo estatuto, según se desprende del informe rendido por la Procuraduría Delegada para Asuntos Agrarios de la Procuraduría General de la Nación. Se refiere igualmente a que el funcionamiento irregular de tales pistas y el manejo de plaguicidas han creado altos

riesgos y considerables perjuicios al medio ambiente, los cuales se estiman en $3.000.000.oo.

2. Para dar cumplimiento al artículo 79 de la Ley 99 de 1993, se requirió al Gobernador y al Secretario del Servicio Seccional de Salud del Tolima, quienes oportunamente respondieron y manifestaron haber dado cumplimiento, no sólo a la ley mencionada, sino también al Decreto 1843 de 1991. Explican que la no expedición de licencia sanitaria de algunas de las pistas obedece a la falta de determinación sobre el alcance o sentido del artículo 98 del decreto aludido, en relación con lo que se debe entender por Cursos o cuerpos de agua. Con respecto a las demás pistas relacionadas por la accionante, manifestaron que no se habían presentado solicitudes de licencia sanitaria o su renovación, por lo que no se tiene seguridad si las mismas son o no de fumigación. De todos modos informan las autoridades departamentales que iniciaron las medidas conducentes para verificarlo y si es del caso aplicar los correctivos legales.

El Procurador Delegado para Asuntos Agrarios informó que se había investigado la situación sanitaria y ambiental de las pistas de fumigación en el país y que se habían tomado las medidas disciplinarias y de control correspondientes.

3. El Tribunal consideró que no había lugar a dictar el mandamiento ejecutivo, en razón a que las pistas de fumigación no constituyen la actividad determinante de la presunta contaminación del medio ambiente, sino que ésta proviene de la utilización excesiva de sustancias tóxicas. Así mismo estimó que si las pistas tienen o no las licencias o si se encuentran vencidas, no es la acción ejecutiva la procedente para obtener el cumplimiento de las normas respectivas, en razón a que el deterioro del medio ambiente debe provenir directamente del incumplimiento de las normas o del acto administrativo cuya efectividad se persiga por esta acción.

De otra parte, expresó el *a-quo*, que el contenido del mandamiento ejecutivo debe dirigirse a conseguir el cumplimiento de la ley o del acto administrativo, sin que haya lugar a imponer sanciones o medidas policivas, las cuales están asignadas a las autoridades nombradas en los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 99 de 1993. El poder de coerción impetrado en el caso bajo estudio considera el Tribunal que no lo puede ejercer el juez contencioso, sino que aquel corresponde a la administración. Por último, estima el *a-quo*, que el mandamiento de ejecución de la Ley 99 de 1993 es para hacer efectivo el cumplimiento de las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente, pero no de aquellas o aquellos cuya conexión es indirecta, como sucede en el caso examinado.

4. Aduce la impugnante como razones de su inconformidad con la decisión del Tribunal, que las normas cuyo cumplimiento se pretende tienen carácter policivo, preventivo, para la protección del medio ambiente, sin que para aplicarlas se requiera el deterioro del ambiente o de la salud. Las mismas fueron diseñadas para evitar el daño y por tanto no tiene por qué el Tribunal exigir la prueba de ese daño. Luego, concluye, en este caso, el actor no tiene la carga de probar que se está contaminando efectivamente

el ambiente o se está atentando contra la salud de las personas. Simplemente se denuncia la renuencia de unas autoridades a hacer cumplir la ley y se pide al juez que exija su cumplimiento".

De otra parte, sostiene la recurrente que no se pretende que el Juez reemplace a la autoridad, sino que aquel es el instrumento para que esta última cumpla su deber. Además considera que no acertó el Tribunal cuando estima que es la Aeronáutica Civil la entidad competente para aplicar las medidas solicitadas, por cuanto también los Servicios Seccionales de Salud tienen competencia para hacer cumplir las normas del Decreto 1843 de 1991. Finaliza la apelante precisando que es equivocado el criterio del *a-quo* cuando sostiene que las normas cuyo cumplimiento se acusa no tienen relación directa con la protección y defensa del medio ambiente, cuando tal relación surge de las normas del Código Sanitario (Ley 9 de 1979) y del Decreto 1843 de 1991.

Para resolver SE CONSIDERA:

Conviene precisar previamente que el conocimiento de las acciones de cumplimiento como las del *sub-júdice* corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, cuya competencia, para este caso y por tratarse del primer pronunciamiento sobre la materia y en razón de la importancia jurídica del asunto, asumió la Sala Plena, sin perjuicio de que en el futuro y de acuerdo con el Reglamento de la Corporación, sea la Sección Primera de la misma, la que asuma su conocimiento.

Ahora bien, la providencia recurrida estima la Sala que debe mantenerse, por cuanto los fundamentos fácticos y jurídicos de la misma se adecuan a una correcta interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la Acción de Cumplimiento en Asuntos Ambientales, a que se refiere el Título XI, y de las Sanciones y Medidas de Policía, previstas en el Título XII, ambos de la Ley 99 de 1993. En efecto:

Pretende la accionante Corporación Labor Pública "Corpública", que se le ordene al Servicio Seccional de Salud del Tolima, la clausura temporal e inmediata de las pistas de fumigación que relaciona, iniciar los procesos sancionatorios, publicitar las sanciones que se impongan y condenar en costas a la demandada.

Se ejercita en el *sub-júdice* la acción de cumplimiento consagrada constitucionalmente en el artículo 87 de la Carta Política vigente y reglamentada en lo relacionado con Asuntos Ambientales en el Título XI de la Ley 99 de 1993, en cuyo artículo 77 se consagra: "El efectivo cumplimiento de las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente podrá ser demandado por cualquier persona natural o jurídica, a través del procedimiento de ejecución singular regulado en el Código de Procedimiento Civil".

La pretensión principal en el caso examinado, en criterio de la Sala, no es otra que la de lograr la clausura temporal e inmediata de las pistas que relaciona la accionante, con las secuelas sancionatorias correspondientes. No obstante, cabe precisar cómo la

petición de clausura de las pistas no corresponde a la finalidad misma de la acción de cumplimiento, en razón a que no son las pistas las determinantes en forma directa de la pretendida contaminación ambiental, sino que ésta puede obedecer a otras causas, ellas sí directamente relacionadas con el problema contaminante, como lo serían el tipo de plaguicidas, la forma de esparcirlos, la naturaleza tóxica del producto, la región o lugares fumigados, sin que el daño ambiental se origine directamente en la ubicación de la pista o en la existencia o no de la licencia de funcionamiento respectiva. Estima la Sala que para la prosperidad de la acción ejercitada, el deterioro del medio ambiente que constituye el sustento fáctico de la misma, debe provenir directamente del incumplimiento de las disposiciones que se pretenden incumplidas, situación que no encuentra la Sala cabalmente acreditada en el *sub-júdice.*

De otra parte, no puede la Sala pasar por alto que en el Título XII de la Ley 99 de 1993, se invistió al Ministerio del Medio Ambiente y a las Corporaciones Autónomas Regionales, además de los departamentos, municipios y distritos con régimen constitucional especial, "de funciones policivas para la imposición y ejecución de las medidas de policía, multas y sanciones establecidas por la ley" (art. 83). Además, consagró que cuando se violaran las normas sobre protección ambiental o sobre manejo de recursos naturales renovables, el Ministerio del Medio Ambiente o las Corporaciones Autónomas Regionales impondrán las sanciones previstas en el estatuto mencionado (art. 84). En las anteriores condiciones resulta claro que no podría esta jurisdicción imponer sanciones o medidas de naturaleza policiva, por cuanto las mismas están atribuídas a las autoridades administrativas anteriormente relacionadas.

Cabe precisar de igual manera, que a pesar de la genérica interpretación que hace la parte impugnante para atribuirle al Servicio Seccional de Salud la facultad de aplicar las medidas que según el Tribunal corresponden a la Aeronáutica Civil, en relación con las pistas de aterrizaje, la Sala considera que tiene razón el *a-quo* en su apreciación. La muy amplia interpretación de las normas reseñadas por el recurrente, contraría la disposición especial del artículo 95 del Decreto 1843 de 1991, según el cual los permisos de operación para las pistas debe expedirlos el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, hoy Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en tanto que a la dirección seccional de salud le corresponde expedir la licencia sanitaria respectiva.

Por último, conviene recordar cómo para adelantar un proceso ejecutivo singular conforme al Código de Procedimiento Civil, estatuto al cual remite el artículo 77 de la Ley 99 de 1993 para tramitar la acción de cumplimiento, se requiere de un título ejecutivo, entendido éste como el documento o documentos auténticos que constituyan plena prueba contra el demandado, de la existencia a su cargo de una obligación expresa, clara y exigible. Estos mismos elementos básicos para el éxito de la ejecución, considera la Sala que deben igualmente exigirse para el trámite de la acción de cumplimiento.

Se trata entonces de que la obligación a cargo del demandado sea perfectamente determinada y ofrezca certeza acerca del derecho que se pretende reclamar, de tal forma que debe el juzgador encontrar ese derecho suficientemente demostrado, en este caso, que las disposiciones y los actos administrativos han sido incumplidos. Pero no se trata de una obligación de carácter abstracta y general como la que regularmente se deriva de la ley, ni procede contra situaciones ambiguas y controvertidas como las del *sub-exámine,* se requiere que esa obligación se concrete también regularmente en un acto de la administración mediante el cual se imponga específica y concretamente el cumplimiento de una obligación, la que, al ser insatisfecha, entonces sí permita el ejercicio de la acción de cumplimiento por las vías del proceso ejecutivo. Las anteriores consideraciones, coincidentes con los razonamientos del Tribunal, conducen a la Sala a confirmar la providencia apelada.

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

RESUELVE:

CONFIRMASE la providencia recurrida, esto es, la de 8 de julio de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. Publíquese en los Anales de la Corporación.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, Ausente; *Miguel González Rodríguez, Dolly Pedraza de Arenas, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Mirèn De La Lombana de Magyaroff,* Ausente; *Clara Forero de Castro,* Ausente; *Delio Gómez Leyva, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Orjuela Góngora, 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.

SALA DE CONSULTA

FONDO DE FOMENTO DEL CARBON/ RECURSOS/ TRANSFERENCIAS/ CARBOCOL-Administración**/GASTOS DE ADMINISTRACION-**Imputación**/ PATRIMONIO DEL ESTADO**

Las transferencias de los recursos del Fondo de Fomento del Carbón a Carbocol, como entidad administradora de los mismos, debe entenderse como la simple entrega para desarrollar los proyectos y los programas expresamente determinados en el Decreto-Ley 2656 de 1988.

Excepcionalmente de estos recursos sólo ingresa al patrimonio del ente administrador el porcentaje del 5 por concepto de gastos de administración y las acciones, cuotas o partes de intereses en cooperativas o sociedades adquiridas por la entidad administradora así como sus rendimientos. Los demás bienes o dineros entregados al Fondo son patrimonio del Estado. Actualmente, de acuerdo con los antecedentes legislativos vigentes, no existe una norma de carácter legal que asigne la administración del fondo a entidad distinta de Carbocol, motivo por el cual esta empresa es la única que se encuentra legalmente facultada para ejercer tal administración. Se reitera que sólo puede imputarse al patrimonio de la entidad administradora hasta un 5 de los ingresos que corresponden al Fondo de Fomento del Carbón como gastos de administración y los aportes o acciones, cuotas o partes de interés que suscriba conforme a lo dispuesto por el art. 195 del C. de Minas. Salvo los gastos de administración y las aportaciones o suscripciones, los recursos de los Fondos de Fomento Minero son de propiedad de la Nación. Como consecuencia, la Sala advierte un vacío jurídico en la

creación de Ecocarbón, en cuanto a esta empresa se le asignó la función entre otras, de promover, fomentar y desarrollar la industria minera del carbón sin que, simultáneamente o paralelamente, se ordenara por norma legal o por Decreto expedido por el Gobierno en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso, la transferencia de recursos del Fondo de Fomento del Carbón, cuya entidad administradora es Carbocol.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco.*

Referencia: Radicación No. 605. Consulta enviada por el Ministerio de Minas y Energía relacionada con la titularidad de los recursos del Fondo de Fomento del Carbón y con el procedimiento observado para administrar los mismos por parte de Ecocarbón.

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Guido Nule Amín, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

"1. La Ley 57 de 1987 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir el Código de Minas, ajustar y adecuar a sus preceptos algunas funciones del Ministerio de Minas y Energía y de sus organismos adscritos o vinculados y dictar normas de carácter tributario, cambiario y otras disposiciones.

El artículo 4o. de dicha Ley determinó que el Gobierno podrá crear Fondos de Fomento Minero, en los términos previstos en el artículo 2o. del Decreto 3130 de 1968, con la administración, recursos, forma y objeto que en el Código de Minas se señalen.

2. Con base en las facultades mencionadas fue expedido el Decreto 2655 de 1988 (Código de Minas) y en el artículo 196 del mismo se dispuso: "Administración de los fondos: La administración, manejo y disposición de los recursos de los fondos estarán a cargo del Ministerio o de las empresas industriales y comerciales del Estado o de establecimientos públicos de carácter nacional, unos y otros, pertenecientes al sector de minas y energía, por medio de sus órganos de dirección y administración y de los funcionarios de las mismas. Tales entidades podrán imputar a los recaudos de los fondos, como gasto de administración un porcentaje que el Gobierno fijará en el acto de su creación.

En el acto de creación de los fondos, el Gobierno Nacional constituirá Comités Asesores con representantes del sector privado, los cuales actuarán como órganos consultivos de las respectivas entidades administradoras."

3. El 23 de diciembre de 1988 fue expedido el Decreto 2656 por el cual se creó el Fondo de Fomento del Carbón que, de conformidad con lo establecido por el artículo 1o., es una sistema de manejo de recursos cuyo objeto es la financiación de proyectos y programas de exploración, explotación, beneficio, transporte, embarque y comercialización del carbón. Igualmente la financiación de obras y programas de apoyo a la comunidad en los lugares de ubicación de los proyectos mineros de carbón, siempre que tales obras y programas estén directamente relacionados con éstos.

4. El artículo 2o. del citado Decreto señala cómo están constituídos los recursos del Fondo y el 3o. determina los fines a los cuales deben destinarse exclusivamente los recursos del Fondo. Dichos fines son los siguientes:

a) Transferir a CARBOCOL los recursos necesarios para las operaciones y programas que emprenda directa o indirectamente en prospección, exploración, explotación, beneficio, transporte, embarque y comercialización de carbón mineral y a la investigación y desarrollo tecnológicos relacionados con éste. También a aquellos programas relacionados con la sustitución de otros recursos energéticos por carbón.

b) Transferir a CARBOCOL los recursos necesarios para programas y obras de apoyo a la comunidad en las zonas de pequeña y mediana minería, cuando dichos programas y obras sean necesarios para complementar los proyectos mineros.

c) Financiar inversiones en prospección, exploración, factibilidad, montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte, embarque y comercialización de carbón, que emprendan otras personas naturales o jurídicas.

5. El artículo 197 del Código de Minas precisa que el Ministerio o la entidad administradora de los fondos registrará los correspondientes ingresos y gastos mediante un sistema confiable que asegure su debida separación de la contabilidad de los ingresos y gastos propios.

También ordena esta misma disposición que la cuenta especial a través de la cual se manejen los recursos de los fondos sea auditada por la Contraloría General de la República con el mismo personal que tenga a su cargo la vigilancia fiscal de la entidad administradora.

6. El artículo 11 del Decreto 2656 de 1988 determina que CARBOCOL puede imputar a su favor de los ingresos que corresponden al Fondo de Fomento del Carbón hasta un 5% por concepto de gastos de administración y recaudo.

Por su parte el artículo 195 del Código de Minas prevé que cuando el financionamiento de la industria minera revista la forma de aportaciones o suscripciones de acciones, cuotas o partes de interés en sociedades o coopera-

tivas, aquellas se constituirán o suscribirán a nombre de la empresa industrial o comercial del Estado que tenga a su cargo la administración y el manejo del correspondiente fondo. **Estas aportaciones y suscripciones, mientras estén vigentes, se registrarán, en la medida en que se efectúen, como activos de la entidad administradora y afectarán su patrimonio** (se subraya). Igualmente, la empresa recibirá las utilidades, provechos o ingresos repartibles a que haya lugar, generados por tales activos.

Estos son los dos únicos casos previstos por las normas legales en los cuales la entidad administradora puede afectar a su patrimonio recursos de los fondos mineros.

7. En relación con la terminación de la administración de los fondos el artículo 199 del Código de Minas establece: "Si terminaren la gestión y manejo de un fondo de fomento minero por parte de la entidad descentralizada a la que se le hubiere adscrito, y no se hubiere designado a otra en su reemplazo entregará al Gobierno las sumas acumuladas no invertidas en el momento de la terminación.

Los bienes, acciones, cuotas y partes de interés que por virtud de lo dispuesto en el artículo 195 hubieren ingresado al patrimonio de la entidad administradora, así como sus producidos y rendimientos, serán dedicados por ésta, exclusivamente al fomento y la financiación de la industria minera en la forma y condiciones que permitan los estatutos de dicha entidad."

8. La interpretación de las normas antes citadas ha suscitado algunas dudas por cuanto, mientras para algunos los recursos del Fondo de Fomento del Carbón se transfieren a Carbocol únicamente para el cumplimiento de los fines del Fondo, la empresa los administra pero no puede integrarlos a su patrimonio, debe manejarlos en cuenta separada y sólo puede incorporar a sus activos el 5% de los ingresos del Fondo por concepto de gastos de administración, para otros los recursos transferidos del Fondo constituyen un título traslaticio de dominio que convierten a CARBOCOL en dueño legítimo de esos recursos y de sus rendimientos porque opera una delegación de rango legal y no administrativo.

9. Mediante Decreto No. 871 de 1993 (se anexa fotocopia) fueron expedidos los estatutos básicos de la Empresa Colombiana de Carbón Limitada - ECOCARBON de conformidad con lo ordenado por la Ley 59 de 1987.

El objeto social de dicha Empresa es la promoción, el fomento y el desarrollo de la industria minera del carbón en sus ramas de exploración, explotación, transporte, comercialización y transformación, así como la investigación y el desarrollo tecnológico relacionado con dicho recurso natural, con excepción del proyecto del Cerrejón Zona Norte.

Este proyecto continúa a cargo de Carbones de Colombia S. A. CARBOCOL, como única actividad a cargo de la misma.

Teniendo en cuenta la necesidad de dilucidar la interpretación correcta de las normas legales citadas, tanto para efectos del ejercicio del control fiscal, como para determinar la forma de llevar a cabo el traspaso del Fondo de Fomento del Carbón a ECOCARBON, se consulta:

"a) La transferencia de recursos del Fondo de Fomento del Carbón a CARBOCOL, como entidad administradora de los mismos, debe entenderse a título traslaticio de dominio y por tal razón dichos recursos pueden ingresar al patrimonio de la empresa?.

b) Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, cómo debe efectuarse de acuerdo con las normas legales vigentes el traspaso de los recursos del Fondo y de los bienes adquiridos con ellos de CARBOCOL a ECOCARBON?.

c) O debe entenderse que sólo puede imputarse al patrimonio de la entidad administradora hasta un 5% de los ingresos que corresponden al Fondo de Fomento del Carbón, como gastos de administración y las aportaciones o suscripciones de acciones, cuotas o partes de interés, a que se refiere el artículo 195 del Código de Minas?.

d) En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, debe entenderse que los recursos del Fondo y los bienes adquiridos con ellos, excepción hecha de los gastos de administración y de las aportaciones o suscripciones son de propiedad de la Nación? Cómo debería ésta efectuar la entrega de los mismos en administración a ECOCARBON?".

I.- Antecedentes Legislativos.-

1.- El Congreso de la República, mediante la Ley 57 de 1987, le otorgó facultades al Presidente para expedir el Código de Minas. En el artículo 4o. del citado Estatuto Legal se dispuso: "El Gobierno podrá crear Fondos de Fomento Minero, en los términos previstos en el artículo 2o. del Decreto 3130 de 1968, con la administración, recursos, forma y objeto que en el Código de Minas se señale."

2.- En ejercicio de las mencionadas facultades el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2655 de 1988 contentivo del Código de Minas. En el capítulo XXII se reguló lo correspondiente a los "Fondos de Fomento y Garantías Mineras". En el artículo 187 se determinó "la naturaleza de los fondos" al considerárseles como "sistema de manejo de cuentas cuyo objeto será proveer de recursos económicos a la industria minera en todas sus actividades, la prestación de asistencia técnica y financiera, el mejoramiento de las condiciones sociales y económicas del pequeño y mediano minero y la preservación del medio ambiente bajo el régimen de administración, las fuentes de ingreso y modalidades que en forma general, se señalan en el Código".

3.- Los recursos de los Fondos y las operaciones de financiamiento se encuentran definidas en los artículos 189 y 193 *ibídem*. El artículo 195 se ocupa de reglamentar las

aportaciones y suscripciones en los siguientes términos: "Cuando el financiamiento de la industria minera revista la forma de aportaciones o suscripciones de acciones, cuotas o partes de interés en sociedades o cooperativas, aquellas se constituirán o suscribirán a nombre de la empresa comercial e industrial del Estado que tenga a su cargo la administración y manejo del correspondiente fondo. Estas aportaciones y suscripciones, mientras estén vigentes, se registrarán en la medida en que se efectúen, como activos de la entidad administradora y afectarán su patrimonio. Igualmente dicha empresa recibirá las utilidades, provechos o ingresos repartibles a que haya lugar, generados por tales activos."

4.- Se establece además, en el artículo 196 del Código, que la administración, manejo y disposición de los recursos de los fondos estarán a cargo del Ministerio o de las empresas industriales y comerciales del Estado o de los establecimientos públicos de carácter nacional del sector de minas y energía, por medio de sus "órganos de dirección y administración" y de los "funcionarios de las mismas".

Por esta misma norma se faculta a dichas entidades para imputar a los recaudos de los fondos, un porcentaje que fijará el Gobierno en el acto de su creación, como gasto de administración.

5.- Más adelante, en el artículo 197, se dispone que la entidad administradora de los fondos debe llevar en contabilidad separada los ingresos y los gastos propios de los correspondientes al fondo, mediante un sistema confiable. La cuenta especial será auditada por la Contraloría General de la República con el personal que efectúe la vigilancia fiscal de la entidad administradora.

Ahora bien, en cuanto a la terminación de la administración, el artículo 199 establece que "si terminare la gestión y manejo de un fondo de fomento minero por parte de la entidad descentralizada a la que se le hubieren adscrito, y no se hubiere designado a otra en su reemplazo, entregará al Gobierno las sumas acumuladas no invertidas en el momento de la terminación.

"Los bienes, acciones, cuotas y partes de interés que por virtud de lo dispuesto en el artículo 195 hubieren ingresado al patrimonio de la entidad administradora, así como sus producidos y rendimientos, serán dedicados por ésta, exclusivamente al fomento y la financiación de la industria minera en la forma y condiciones que permitan los estatutos de dicha entidad."

6.- Mediante el Decreto 2656 de 1988 el Gobierno Nacional, en desarrollo de las facultades que le confirió el artículo 4o. de la Ley 57 de 1987, creó el Fondo de Fomento del Carbón, administrado por Carbocol como un sistema de manejo de recursos para financiar proyectos y programas de exploración, explotación, beneficio, transporte, embarque y comercialización del carbón. De igual forma tiene por objeto la financiación de obras y programas de apoyo a la comunidad en donde se ubiquen proyectos mineros de carbón con los cuales estén directamente relacionados (arts. 1o. y 8o.).

7.- En el artículo 2o. del Decreto 2656 se señalan los recursos que constituyen el Fondo y que según el artículo 3o. tienen destinación exclusiva para los siguientes fines:

"a) Transferir a Carbocol los recursos necesarios para las operaciones y programas que emprenda directamente o indirectamente la empresa, en prospección, exploración, explotación, beneficio, transporte, embarque y comercialización de carbón mineral, y a la investigación y desarrollo tecnológicos relacionados con este mineral. Igualmente a aquellos relacionados con la sustitución de otros recursos energéticos por carbón.

"b) Transferir a Carbocol los recursos necesarios para programas y obras de apoyo a la comunidad en las zonas de pequeña y mediana minería, cuando dichos programas y obras sean necesarios para complementar los proyectos mineros.

"c) Financiar inversiones en prospección, exploración, factibilidad, montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte, embarque y comercialización de carbón que emprendan otras personas naturales o jurídicas."

8.- Por el artículo 11 del mismo Decreto 2656, se facultó a Carbocol para "imputar a su favor de los ingresos que correspondan al Fondo hasta un cinco por ciento (5%) por concepto de gastos de administración y recaudo"; y el artículo 14 dispone que los recursos y bienes del Fondo se manejarán en cuenta especial auditada por la Contraloría General con el mismo personal que tenga a su cargo la vigilancia fiscal de Carbocol.

9.- El "Fondo Nacional del Carbón", creado por la Ley 61 de 1979 también como un sistema de manejo de cuentas, fue derogado por el Decreto Ley 2655 de 1988; en este sentido el artículo 24 del Decreto 2656 de 1988 dispuso: "Los bienes y recursos correspondientes al Fondo Nacional del Carbón creado por la Ley 61 de 1979, ingresarán en su totalidad al Fondo de Fomento del Carbón que por el presente Decreto se crea, sin dar lugar a liquidación previa alguna."

Por la Ley 59 de 1987 se autorizó a las entidades descentralizadas u organismos adscritos o vinculados al Ministerio de Minas y Energía, así como sus organismos descentralizados de segundo grado para constituir entre sí o con otras personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras sociedades o asociaciones destinadas a cumplir las actividades comprendidas dentro de su objeto.

10.- En desarrollo de la Ley 59 de 1987, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 0871 de 1993 contentivo de los estatutos básicos de la "Empresa Colombiana del Carbón Ltda. Ecocarbón Ltda." En el artículo 7o. se determinó la forma de pago del capital así: Ingeominas 33,34%, Inea 33,33% y Mineralco 33,33%.

A dicha empresa se le asignó como objeto "la promoción, el fomento y el desarrollo de la industria minera del carbón en sus ramas de exploración, explotación, transporte, comercialización y transformación, así como la investigación y el desarrollo tecnológico

mencionado con dicho recurso natural. Actividades que podrá desarrollar directamente o a través de contratos con terceros. Con excepción del proyecto del Cerrejón Zona Norte" (art.3o. Decreto 871 de 1993).

La nueva entidad participa de la naturaleza jurídica de empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía (art. 3o. Decreto 94 de 1993).

II.- Consideraciones de la Sala:

Para dilucidar los interrogantes materia de la consulta, es menester distinguir previamente entre dos situaciones: la primera consistente en la administración del Fondo del Carbón por Carbocol y la segunda, su eventual administración por Ecocarbón.

1.- Carbocol como administradora del Fondo de Fomento del Carbón.-

La creación de la sociedad Carbones de Colombia S.A. fue autorizada por el Decreto 558 de 1976 y constituída como sociedad anónima mediante Escritura Pública No. 6350 de 1976, bajo la modalidad de empresa industrial y comercial del Estado, indirecta o de segundo grado, dedicada a la explotación, beneficio, transformación y comercialización del carbón. En el año de 1988 y según el Decreto Ley 2656 se creó el Fondo de Fomento del Carbón como un sistema de manejo de recursos cuyo objeto fue el "financiar proyectos y programas de exploración, explotación, beneficio, transporte, embarque y comercialización del carbón". Se asignó la administración y disposición de los recursos del citado Fondo a Carbocol pero con la obligación de aplicarlos exclusivamente a los fines determinados en el artículo 3o. del mismo Decreto.

El Decreto 2656 debe entenderse que guarda armonía con el Código de Minas, puesto que éste contiene la normatividad general aplicable a dicha materia, particularmente a los Fondos de Fomento; y por lo demás el mismo acto creador del Fondo del Carbón, en su artículo 26 ibídem, dispone que en "lo no previsto en el presente Decreto, se aplicarán al Fondo de Fomento del Carbón, las disposiciones del Código de Minas sobre los Fondos de Fomento Minero".

Se tiene entonces que los recursos del Fondo de Fomento del Carbón, que por disposición legal expresa y concreta, cual es el Decreto 2656 de1988, se trasladó a Carbocol con la destinación específica de llevar a cabo directa o indirectamente programas de exploración, explotación, beneficio, transporte, embarque o comercialización de carbón y desarrollo tecnológicos relacionados con este mineral y también para programas y obras de apoyo a la comunidad dedicada a la pequeña y mediana minería. Tales recursos deben ser manejados en contabilidad separada.

Los recursos del Fondo, igualmente pueden ser destinados a beneficiar inversiones de las mismas actividades mineras que emprendan otras personas naturales o jurídicas.

Ahora bien, cuando la norma emplea el término "transferir" debe entenderse que el Fondo entrega a Carbocol sus recursos como Empresa del Estado dedicada al manejo

de actividades relacionadas con el carbón, para que ésta la realice en su calidad de ejecutora de los proyectos de fomento a la minería del carbón pero no como un aporte para acrecentar su patrimonio; tanto es así, que ello debe manejarse en cuenta especial y separada. Una interpretación contraria, haría nugatorio el objeto de los Fondos de Fomento Minero.

En la ponencia para segundo debate, presentada ante la Cámara de Representantes, se expresó respecto de los fondos de fomento minero que "serán básicos instrumentos de apoyo dentro de los proyectos de asistencia técnica y crédito especializado del sector minero. Con tal fin se faculta al Gobierno para que en los términos previstos en el artículo 2o. del Decreto 3130 de 1968 pueda crear tales entidades como sistemas especiales de manejo de cuenta cuya administración, recursos, forma y objeto el Código se encargaría de señalar sus parámetros básicos".

Y en ponencia para primer debate en el Senado de la República, se expresó al respecto: "La dotación al sector minero de suficientes recursos financieros para el desarrollo de las actividades requeridas para su promoción, exige la creación de los fondos de fomento especializados por el cual se canalicen los ingresos de las posibles fuentes de financiación. Las operaciones del fondo se ejercerían en las actividades de crédito de fomento, la asistencia técnica y el desarrollo tecnológico y la exploración y la inversión en proyectos especiales en todos los sectores de la minería abandonada por los mecanismos tradicionales de financiación y por la carencia de recursos de las entidades estatales encargas de su desarrollo."

De otra parte, los recursos del Fondo se **trasladan** a la entidad administradora, en este caso Carbocol, como simple administradora aunque se trate de financiamiento en forma de aportaciones o suscripciones de acciones, cuotas o partes de interés en sociedades o cooperativas. Para ello, el Código de Minas faculta a la empresa para suscribirlas a su nombre lo que conduce a que se les tenga como parte de sus activos. Igual tratamiento reciben las utilidades, por cuanto éstas ingresan también al patrimonio del ente administrador.

En un mismo sentido, el Código, en su artículo 195, permite a las entidades administradores imputar a los recaudos de los fondos el porcentaje de gastos de administración que deberá fijar el Gobierno; y en el Decreto creador del Fondo de Fomento del Carbón, en su artículo 11 se fijó dicho porcentaje de hasta un 5% para Carbocol.

De esta manera, cuando los recursos del Fondo se destinen a la suscripción de acciones o cuotas de interés social con sus rendimientos y la del porcentaje imputable a gastos de administración, estos bienes ingresan al patrimonio de Carbocol, entidad administradora. Además, debe tenerse en cuenta que los recursos y bienes del Fondo se manejan en cuenta especial auditada por la Contraloría General de la República, puesto que son dineros de la Nación.

2.- Ecocarbón y el Fondo de Fomento del Carbón.-

La segunda situación jurídica planteada para efectos de la consulta, es la que tiene relación con el Fondo de Fomento del Carbón y su eventual administración por Ecocarbón.

En primer término conviene tener en cuenta que mediante el Decreto 0871 de 1993 expedido en ejercicio de las facultades legales y en las conferidas por la Ley 59 de 1987 el Gobierno aprobó los estatutos de la Empresa Colombiana de Carbón Ltda. Ecocarbón, con el objeto de servir para la "promoción, el fomento y el desarrollo de la industria minera del carbón, en sus ramas de exploración, explotación, transporte, comercialización y transformación, así como la investigación y el desarrollo tecnológico" del carbón, "con excepción del proyecto del Cerrejón Zona Norte" (art. 1o. Decreto 94/93). Se observa entonces como el objeto social de Carbocol es semejante al de la Empresa Colombiana de Carbón; sin embargo, mientras esté vigente el Decreto 2656 de 1988 y mientras Carbocol exista legalmente como Empresa Industrial y Comercial del Estado, es a ella a quien corresponde la administración y disposición de los recursos del Fondo, de conformidad con el mandato perentorio del artículo 8o. ibídem.

Para el caso planteado en la consulta, relacionado con la administración del Fondo por parte de Carbocol, deberá estarse a lo dispuesto por el artículo 199 del Código de Minas en cuanto prescribe que "si no se hubiere asignado a otra (entidad) en su reemplazo, entregará al Gobierno las sumas acumuladas no invertidas en el momento de la terminación". Pero, en el caso del Fondo de Fomento del Carbón, su asignación a otra entidad deberá efectuarse mediante un acto de igual naturaleza jurídica a aquel que lo creó.

De otra parte, el mismo artículo 199 del Código de Minas, aplicable al Fondo en mención por virtud del artículo 26 del Decreto-Ley 2656 de 1988, agrega en su inciso segundo que los bienes, acciones, cuotas y partes de interés que hubiesen ingresado al patrimonio de la entidad administradora, así como los producidos y rendimientos deberá destinarlos exclusivamente al fomento y financiación de la industria minera.

Como conclusión de lo expuesto, se tiene que:

1) Los Fondos de Fomento Minero, se regulan en primer término, por las disposiciones especiales que tengan el rango de normas legales y en su defecto por las pertinentes del Código de Minas.

2) El Fondo de Fomento del Carbón es un sistema de manejo de cuentas, sin personería jurídica, cuyos recursos tienen destinación especial, administrado por Carbocol por expreso mandato del Decreto-Ley 2656 de 1988. Sólo ingresan al patrimonio de Carbocol los gastos de administración en el porcentaje fijado por la Ley y las acciones, cuotas o partes de interés en sociedades o cooperativas así como las utilidades que éstas produzcan, tal como se halla previsto por los artículos 11 del Decreto 2656 de 1988 y 195 del Decreto 2655 del mismo año.

3) Es obligación de la entidad administradora, llevar contabilidad separada a la propia, de las cuentas de ingresos y gastos correspondientes al Fondo de Fomento del Carbón.

4) El solo hecho de que el Gobierno haya autorizado la creación de la Empresa Colombiana de Carbón Ltda. -Ecocarbón-, con objeto social semejante al de Carbocol, y sin que exista una norma legal que autorice el traspaso de la administración del Fondo a aquella entidad no significa que la facultad de administrar el Fondo de Fomento del Carbón se ha trasladado a Ecocarbón. Es menester un acto de la naturaleza jurídica similar a aquel por medio del cual se creó el Fondo, que sirva de fundamento para el traspaso de la administración del Fondo a Ecocarbón.

5) Los recursos de los fondos son de la Nación. Por tanto, terminada la administración de un fondo por parte de una entidad descentralizada, éste deberá reintegrarse a la Nación con excepción de aquello que ingresa al patrimonio de la entidad administradora de la forma prescrita en la Ley.

6) Si la decisión del Gobierno es trasladar la administración de un fondo a otra entidad gubernamental en el acto que así lo decida deberá determinar la forma de entrega de recursos y bienes adquiridos por el fondo. Para ello podrá utilizar la fórmula empleada en el Artículo 24 del Decreto-Ley 2656 de 1988 respecto del Fondo Nacional del Carbón y el Fondo de Fomento del Carbón.

7) Los Fondos de Fomento Minero, y más exactamente el Fondo de Fomento del Carbón, son auditados obligatoriamente por la Contraloría General de la Nación.

III.- La Sala responde:

a) Las transferencias de los recursos del Fondo de Fomento del Carbón a Carbocol, como entidad administradora de los mismos, debe entenderse como la simple entrega para desarrollar los proyectos y los programas expresamente determinados en el Decreto-Ley 2656 de 1988. Excepcionalmente de estos recursos sólo ingresa al patrimonio del ente administrador el porcentaje del 5% por concepto de gastos de administración y las acciones, cuotas o partes de interés en cooperativas o sociedades adquiridas por la entidad administradora así como sus rendimientos. Los demás bienes o dineros entregados al Fondo son patrimonio del Estado.

b) Actualmente, de acuerdo con los antecedentes legislativos vigentes, no existe una norma de carácter legal que asigne la administración del fondo a entidad distinta de Carbocol, motivo por el cual esta empresa es la única que se encuentra legalmente facultada para ejercer tal administración.

c) Se reitera que sólo puede imputarse al patrimonio de la entidad administradora hasta un 5% de los ingresos que corresponden al Fondo de Fomento del Carbón como

gastos de administración y los aportes o acciones, cuotas o partes de interés que suscriba conforme a lo dispuesto por el artículo 195 del Código de Minas.

d) Salvo los gastos de administración y las aportaciones o suscripciones, los recursos de los Fondos de Fomento Minero son de propiedad de la Nación.

Como consecuencia, la Sala advierte un vacío jurídico en la creación de Ecocarbón, en cuanto a esta empresa se le asignó la función entre otras, de promover, fomentar y desarrollar la industria minera del carbón sin que, simultánea o paralelamente, se ordenara por norma legal o por Decreto expedido por el Gobierno en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso, la transferencia de recursos del Fondo de Fomento del Carbón, cuya entidad administradora es Carbocol.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Minas y Energía.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Minas y Energía y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 11 de julio de 1994.

EXPLOTACION DE CARBON/CLAUSULAS DEL CONTRATO-Interpretación

Las cláusulas tercera y vigésima quinta del contrato celebrado entre Carbocol y Drummond - cedido a Ecocarbón - estipulan, respectivamente, el área contratada y una obligación especial de Drummond Ltda., para el desarrollo de la región en que ésta se encuentra ubicada. La cláusula tercera no limita el sentido o alcance de la cláusula vigésima quinta que tiene un significado propio; por consiguiente, la suma correspondiente al aporte a cargo de Drummond Ltda., según la cláusula vigésima quinta, debe invertirse, conforme a lo estipulado, en el desarrollo de la región que comprende, no solamente, los municipios de Chiriguaná, El Paso y La Jagua de Ibírico, sino también los de La Loma y Becerril. El simple hecho de pertenecer a la Asociación de Municipios de Mineros del Centro del Cesar -Asomineros-, no confiere derecho a participar en el aporte especial del Drummond para los efectos previstos en la cláusula vigésima quinta del contrato. Este beneficio sólo se adquiere si el municipio pertenece a la región en donde se encuentra ubicada el área contratada, en la forma indicada en el punto anterior.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Minas y Energía, relacionada con la interpretación de cláusulas de contrato celebrado para explotación carbonífera. Radicación No. 612.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Minas y Energía (E) formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

"a) A la luz de las disposiciones constitucionales en materia de entidades territoriales y de las normas legales sobre interpretación de los contratos debe entenderse que las cláusulas 3a. y 25 del contrato celebrado entre CARBOCOL y DRUMMOND son estipulaciones independientes y que en consecuencia, el Area Contratada descrita en la primera de ellas como ubicada en los municipios de Chiriguaná, El Paso y La Jagua de Ibirico, no incide como límite de la zona donde dicha área se encuentra localizada para efectos de las inversiones previstas en la cláusula 25?.

b) Si la ubicación de dicha área no delimita la zona beneficiaria de la inversión, debe entonces entenderse que la región donde se sitúa el Area Contratada está conformada por las tres entidades territoriales antes mencionadas y por los municipios de la zona de los yacimientos carboníferos de La Loma, La Jagua y Becerril?.

c) O debe entenderse "la región en la cual está localizada el Area Contratada" a que hace referencia la cláusula 25 en un sentido aún más amplio y,en tal virtud, ella incluiría los municipios de Becerril, La Jagua de Ibrico, Chiriguaná, Curumaní, La Loma y El Paso?.

d) Por el contrario, habría lugar a entender que las cláusulas 3 y 25 del contrato entre CARBOCOL y DRUMMOND son estipulaciones ligadas entre sí por un efecto remisorio de la segunda a la primera y que, en consecuencia, los planes de desarrollo que hayan de ejecutarse con la contribución en la región donde se localiza el Area Contratada deben beneficiar únicamente a los municipios donde ésta se ubica, vale decir Chiriguaná, El Paso y La Jagua de Ibrico?.

e) Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa debe entenderse que los municipios de la zona de los yacimientos carboníferos de La Loma y Becerril, así como los demás distintos de los tres mencionados en el punto anterior, que formen o llegaren a formar parte de la Asociación de Municipios Mineros del Centro del Cesar -ASOMINEROS-, no adquieren por ese hecho el carácter de los beneficiarios de las inversiones que se efectúen con los recursos de la contribución y que dicha Asociación tiene exclusivamente, para estos efectos, el carácter de cuerpo consultivo?.".

LA SALA CONSIDERA:

Según el contexto de la consulta, se trata de interpretar las cláusulas 3a. y 25a. del contrato celebrado entre la Sociedad Carbones de Colombia S.A., Carbocol -cedido a Ecocarbón Ltda. mediante convenio del 9 de diciembre de 1993- y la sociedad Drummond Ltda.

EXPLOTACION DE CARBON/CLAUSULAS DEL CONTRATO-Interpretación

Las cláusulas tercera y vigésima quinta del contrato celebrado entre Carbocol y Drummond - cedido a Ecocarbón - estipulan, respectivamente, el área contratada y una obligación especial de Drummond Ltda., para el desarrollo de la región en que ésta se encuentra ubicada. La cláusula tercera no limita el sentido o alcance de la cláusula vigésima quinta que tiene un significado propio; por consiguiente, la suma correspondiente al aporte a cargo de Drummond Ltda., según la cláusula vigésima quinta, debe invertirse, conforme a lo estipulado, en el desarrollo de la región que comprende, no solamente, los municipios de Chiriguaná, El Paso y La Jagua de Ibírico, sino también los de La Loma y Becerril. El simple hecho de pertenecer a la Asociación de Municipios de Mineros del Centro del Cesar -Asomineros-, no confiere derecho a participar en el aporte especial del Drummond para los efectos previstos en la cláusula vigésima quinta del contrato. Este beneficio sólo se adquiere si el municipio pertenece a la región en donde se encuentra ubicada el área contratada, en la forma indicada en el punto anterior.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Minas y Energía, relacionada con la interpretación de cláusulas de contrato celebrado para explotación carbonífera. Radicación No. 612.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Minas y Energía (E) formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

"a) A la luz de las disposiciones constitucionales en materia de entidades territoriales y de las normas legales sobre interpretación de los contratos debe entenderse que las cláusulas 3a. y 25 del contrato celebrado entre CARBOCOL y DRUMMOND son estipulaciones independientes y que en consecuencia, el Area Contratada descrita en la primera de ellas como ubicada en los municipios de Chiriguaná, El Paso y La Jagua de Ibirico, no incide como límite de la zona donde dicha área se encuentra localizada para efectos de las inversiones previstas en la cláusula 25?.

b) Si la ubicación de dicha área no delimita la zona beneficiaria de la inversión, debe entonces entenderse que la región donde se sitúa el Area Contratada está conformada por las tres entidades territoriales antes mencionadas y por los municipios de la zona de los yacimientos carboníferos de La Loma, La Jagua y Becerril?.

c) O debe entenderse "la región en la cual está localizada el Area Contratada" a que hace referencia la cláusula 25 en un sentido aún más amplio y,en tal virtud, ella incluiría los municipios de Becerril, La Jagua de Ibrico, Chiriguaná, Curumaní, La Loma y El Paso?.

d) Por el contrario, habría lugar a entender que las cláusulas 3 y 25 del contrato entre CARBOCOL y DRUMMOND son estipulaciones ligadas entre sí por un efecto remisorio de la segunda a la primera y que, en consecuencia, los planes de desarrollo que hayan de ejecutarse con la contribución en la región donde se localiza el Area Contratada deben beneficiar únicamente a los municipios donde ésta se ubica, vale decir Chiriguaná, El Paso y La Jagua de Ibrico?.

e) Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa debe entenderse que los municipios de la zona de los yacimientos carboníferos de La Loma y Becerril, así como los demás distintos de los tres mencionados en el punto anterior, que formen o llegaren a formar parte de la Asociación de Municipios Mineros del Centro del Cesar -ASOMINEROS-, no adquieren por ese hecho el carácter de los beneficiarios de las inversiones que se efectúen con los recursos de la contribución y que dicha Asociación tiene exclusivamente, para estos efectos, el carácter de cuerpo consultivo?.".

LA SALA CONSIDERA:

Según el contexto de la consulta, se trata de interpretar las cláusulas 3a. y 25a. del contrato celebrado entre la Sociedad Carbones de Colombia S.A., Carbocol -cedido a Ecocarbón Ltda. mediante convenio del 9 de diciembre de 1993- y la sociedad Drummond Ltda.

La cláusula 3a. determina el "area contratada", que tiene "una extensión de 9.020 hectáreas" y que "está ubicada en los municipios de Chiriguaná, El Paso y La Jagua de Ibrico en el Departamento del Cesar", según los linderos que se indican en la misma cláusula. La cláusula 25a., titulada "Desarrollo Regional", estipula que "Drummond hará un aporte en pesos colombianos a la tasa FX, equivalente a dos millones de dólares de los Estados Unidos de América (US$2'000.000.oo) como contribución a la ejecución de los planes de desarrollo económico y social de la región en la cual está localizada el área contratada".

La misma cláusula agrega que "los fondos correspondientes serán invertidos por Drummond a través de una fundación o entidad sin ánimo de lucro previa consulta con la Asociación de Municipios Mineros de la Zona de los Yacimientos Carboníferos de La Loma, La Jagua y Becerril", suma que debe ser depositada en la forma indicada en la misma cláusula.

Aunque el contrato, como todos los de su género, constituye una unidad que consiste, en este caso, en la explotación del yacimiento concedido y en el pago de los derechos de Carbocol, cada una de las cláusulas tercera y vigésima quinta tiene un significado específico, a saber:

La cláusula tercera determina inequívocamente, como reza, "el área contratada" y señala que su extensión es de 9.020 hectáreas, ubicadas en los municipios de Chiriguaná, El Paso y La Jagua de Ibrico en el departamento del Cesar. La cláusula vigésima quinta, a diferencia de la anterior, estipula una obligación especial de la sociedad Drummond Ltda. de contribuír, con la suma de dos millones de dólares, para la ejecución de los planes de desarrollo económicos y sociales "de la región en la cual está localizada en el área contratada".

El nexo que existe entre las dos cláusulas radica en que el área contratada, definida en la cláusula tercera, permite identificar la región en la cual se van a llevar a cabo los planes de desarrollo económico y social, a que se refiere la cláusula vigésima quinta. Pero, aparte de este nexo, las dos cláusulas son completamente diferentes entre sí, porque la vigésima quinta se refiere inequívocamente a toda la región y, al efecto, contempla que la inversión que en ella debe efectuar Drummond se realizará a través de una fundación y previa consulta con "la Asociación de Municipios Mineros de la Zona de los Yacimientos Carboníferos de La Loma, La Jagua y Becerril". Esto indica, evidentemente, que la región puede comprender municipios distintos de aquellos en los cuales se encuentra ubicado el yacimiento.

De este modo, la finalidad de la cláusula vigésima quinta consiste en hacer que el aporte de Drummon Ltda. favorezca el desarrollo de la región, particularmente referida a los municipios de Chiriguaná, El Paso, La Jagua de Ibrico, La Loma y Becerril, mencionados expresamente en las cláusulas tercera y vigésima quinta.

Con fundamento en lo expuesto la SALA RESPONDE:

1o) Las cláusulas tercera y vigésima quinta del contrato celebrado entre Carbocol y Drummond -cedido a Ecocarbón-, estipulan, respectivamente, el área contratada y

una obligación especial de Drummond Ltda. para el desarrollo de la región en que ésta se encuentra ubicada.

2o) La cláusula tercera no limita el sentido o alcance de la cláusula vigésima quinta que tiene un significado propio; por consiguiente, la suma correspondiente al aporte a cargo de Drummond Ltda., según la cláusula vigésima quinta, debe invertirse, conforme a lo estipulado, en el desarrollo de la región que comprende, no solamente, los municipios de Chiriguaná, El Paso y La Jagua de Ibrico, sino también los de la Loma y Becerril.

3o) El simple hecho de pertenecer a la Asociación de Municipios Mineros del Centro del Cesar -Asomineros-, no confiere derecho a participar en el aporte especial de Drummond para los efectos previstos en la cláusula vigésima quinta del contrato. Este beneficio sólo se adquiere si el municipio pertenece a la región en donde se encuentra ubicada el área contratada, en la forma indicada en el punto anterior.

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.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 13 de julio de 1994.

CONTRALORIA MUNICIPAL/CONTRALORIA DISTRITAL/ CONCEJO DISTRITAL-Facultades/**CONCEJO MUNICIPAL**-Facultades/**ALCALDE**-Funciones/**PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS/PARTIDAS**-Adición/ **PARTIDAS**-Modificación/**ACUERDO DE PRESUPUESTO/AUTONOMIA PRESUPUESTAL**

Según la Constitución, las asambleas y los concejos distritales y municipales, respectivamente, mediante ordenanzas y acuerdos, deben organizar las contralorías departamentales, distritales y municipales, "como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal". Corresponde al concejo distrital o municipal, por iniciativa del Alcalde, expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos, que debe incluir las partidas necesarias para el funcionamiento de la contraloría. Las modificaciones o adiciones a las partidas presupuestales, adoptadas para gastos de contraloría distrital o municipal, deben efectuarse mediante acuerdo expedido por el concejo distrital o municipal, a iniciativa del Alcalde. En consecuencia, el anteproyecto de presupuesto o el de reforma del mismo, que sea elaborado por la Contraloría, debe remitirse al Alcalde distrital o municipal para que presente a la consideración del Concejo el correspondiente proyecto de acuerdo, conforme a lo prescrito por el artículo 315, ordinal 5o., de la Constitución. La autonomía presupuestal de la contraloría consiste en que las partidas asignadas para su funcionamiento se administren sin intromisión de ningún funcionario u órgano extraño a la entidad, pero no implica el reconocimiento al contralor de iniciativa para proponer a la consideración del concejo proyectos de acuerdo que adicionen o modifiquen las

partidas destinadas a su funcionamiento en el presupuesto distrital o municipal. El acuerdo de presupuesto debe determinar directa y específicamente las partidas necesarias para el funcionamiento de la contraloría, las cuales, por lo mismo, no pueden provenir de porcentajes de los presupuestos de las entidades descentralizadas de carácter municipal. Las partidas asignadas para el funcionamiento de la contraloría deben ser independientes de las correspondientes a las demás del distrito o municipio. La Ley 136 de 1994 corrobora lo expuesto.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación No. 619.Consulta del Ministerio de Gobierno relacionada con la autonomía presupuestal de las contralorías municipales.

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

"El Ministerio de Gobierno, a solicitud del señor Contralor Municipal de Villavicencio, desea oir el concepto de esa H. Sala en relación con la autonomía presupuestal de los contralores municipales.

Dispone la Constitución Política:

"Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

"La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la Ley determine respecto de contralorías municipales.

"Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal ..."

"Artículo 313. Corresponde a los concejos:

"... 5. Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos..."

"Artículo 315. Son atribuciones del Alcalde:

"... 5. Presentar oportunamente al concejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del municipio... "

"Artículo 351. El Congreso no podrá aumentar ninguna de las partidas del presupuesto de gastos propuesta por el Gobierno, ni incluir una nueva, sino con la aceptación escrita del ministro del ramo.

"El Congreso podrá eliminar o reducir partidas de gastos propuestos por el Gobierno, con excepción de las que se necesitan para el servicio de la deuda pública, las demás obligaciones contractuales del Estado, la atención completa de los servicios ordinarios de la administración y las inversiones autorizadas en los planes y programas a que se refiere el artículo 341.

"Si se eleva el cálculo de las rentas, o si se eliminaren o disminuyeren algunas de las partidas del proyecto respectivo, las sumas así disponibles, sin exceder su cuantía, podrán aplicarse a otras inversiones o gastos autorizados conforme a lo prescrito en el inciso final del artículo 349 de la Constitución.".

"Artículo 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar".

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de fecha 11 de diciembre de 1992, radicación No. 485, expresó:

"Consideraciones:

"... 5o) Según el artículo 272, inciso 3o., 'corresponde a las Asambleas y a los Concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal'.

"De este modo la Constitución prescribe que la ordenanza departamental o el acuerdo distrital o municipal que organice la contraloría debe dotarla de la estructura y del personal indispensable para el cumplimiento de las funciones que le corresponden; asignarle el presupuesto necesario para su normal funcionamiento y disponer que los gastos se ordenen por la misma entidad y que las funciones que le corresponden debe ejercerlas con absoluta independencia, sin injerencia de ninguna entidad o funcionario..."

"Respuesta:

"... 4o) La autonomía presupuestal y administrativa de las contralorías departamentales, distritales y municipales no significa que tengan o se les deba reconocer personería jurídica, sino que los recursos necesarios para su funcionamiento deben ser manejados directa o exclusivamente por cada una de esas entidades y que ellas deben ejercer sus funciones sin ninguna injerencia extraña de entidad, órgano o funcionario..."

En algunos municipios, los Concejos han dispuesto que parte de los recursos necesarios para el funcionamiento de las contralorías se deriven de porcentajes de los presupuestos de las entidades descentralizadas municipales.

Con fundamento en lo anterior, se pregunta:

1. La autonomía presupuestal de las contralorías municipales de que trata el artículo 272 constitucional, habilita a los contralores para proponer directamente ante el concejo los presupuestos de funcionamiento de dichas contralorías, o dichos estimativos deben serle presentados al alcalde para que, con fundamento en el artículo 315.5 *ibídem,* incluya las sumas que a su juicio sean necesarias para el funcionamiento de este organismo de control municipal?

2. Le es permitido a los concejos, con base en el inciso tercero del artículo 272 de la Carta, modificar las partidas propuestas para el funcionamiento de la contraloría, o necesariamente requiere al efecto iniciativa del ejecutivo?

3. Es jurídicamente viable que por Acuerdo se determine qué parte de los recursos para el funcionamiento de las contralorías municipales provengan de un porcentaje de los presupuestos de las entidades descentralizadas, o si dichos porcentajes solamente pueden ser tomados de las partidas que el municipio asigne a tales entes descentralizados municipales, no así de sus recursos propios?

4. En caso de ser necesaria una adición a los rubros destinados al funcionamiento de las contralorías, la autonomía presupuestal de estas entidades comprende que el contralor esté facultado para efectuar directamente dichas adiciones?."

LA SALA CONSIDERA:

1°) Según el artículo 272 de la Constitución,"la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva". La de los municipios que no tengan contralorías corresponde a las contralorías departamentales.

2°) De acuerdo con el artículo 272, inciso 3° de la Constitución, "corresponde a las Asambleas y a los Concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal". Las Asambleas y los Concejos deben desarrollar este principio, respectivamente, mediante ordenanzas y acuerdos (artículos 300, ordinal 7°, 313, ordinal 6°, y 315, ordinal 6°, de la Constitución).

3°) El artículo 315, ordinal 5o., de la Constitución, prescribe que el Alcalde debe "presentar oportunamente al Concejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del municipio". De manera que, según la transcrita disposición constitucional, el Alcalde tiene iniciativa exclusiva para presentar a la consideración del Concejo, entre otros, el proyecto de acuerdo sobre presupuesto de rentas y gastos.

4°) Además, el artículo 352 de la Constitución dispone que, a más de lo que ella contempla, "la Ley orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar".

5°) Lo expuesto significa que, como expresó la Sala en concepto de 11 de diciembre de 1992, "la Constitución prescribe que la ordenanza departamental o el acuerdo distrital o municipal que organice la contraloría debe dotarla de la estructura y el personal indispensable para el cumplimiento de las funciones que le corresponde; asignarle el presupuesto necesario para su normal funcionamiento y disponer que los gastos se ordenen por la misma entidad y que las funciones que le corresponde debe ejercerlas con absoluta independencia sin injerencia de ninguna entidad o funcionario".

6°) La autonomía presupuestal de las contralorías, prescrita por el artículo 272, inciso 3°, de la Constitución, implica que la ordenanza o el acuerdo de presupuesto, según se trate de contraloría departamental, distrital o municipal, debe señalar directamente los recursos indispensables para cubrir los gastos de funcionamiento de la entidad durante la vigencia fiscal; de donde se deduce que, según la Constitución, esos recursos no pueden consistir en "porcentajes de los presupuestos de las entidades descentralizadas municipales", sino en guarismos específica y directamente asignados en el presupuesto para el funcionamiento de la correspondiente contraloría.

7°) Si fuere necesario adicionar las partidas destinadas al funcionamiento de una contraloría distrital o municipal, el correspondiente proyecto de acuerdo debe ser presentado a la consideración del concejo municipal por el alcalde, de conformidad con la ley orgánica del presupuesto, como prescribe el artículo 352 de la Constitución. En consecuencia, la autonomía presupuestal de las contralorías municipales y distritales exclusivamente consiste en que los recursos asignados para los gastos de funcionamiento de la correspondiente entidad se deben administrar sin ninguna injerencia extraña, pero no habilita a los contralores para proponer directamente proyectos de acuerdo que modifiquen el presupuesto municipal, desconociendo la iniciativa privativa del alcalde, prescrita por el artículo 315, ordinal 5o. de la Constitución. De modo que el ante-proyecto de presupuesto de gastos de la contraloría, como el que tenga por objeto modificar el presupuesto vigente, debe ser enviado al alcalde para que proponga a la consideración del concejo el correspondiente proyecto de acuerdo.

Con fundamento en lo expuesto la SALA RESPONDE:

1°) Según la Constitución, las Asambleas y los Concejos Distritales y municipales, respectivamente, mediante ordenanzas y acuerdos, deben organizar las contralorías departamentales, distritales y municipales, "como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal".

2°) Corresponde al concejo distrital o municipal, por iniciativa del alcalde, expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos que debe incluir las partidas necesarias para el funcionamiento de la contraloría. Las modificaciones o adiciones a las partidas presupuestales, adoptadas para gastos de la contraloría distrital o municipal, deben efectuarse mediante acuerdo, expedido por el concejo distrital o municipal, a iniciativa del alcalde. En consecuencia, el anteproyecto de presupuesto o el de reforma del mismo, que sea elaborado por la Contraloría, debe remitirse al alcalde distrital o municipal para que presente a la consideración del concejo el correpondiente proyecto de acuerdo, conforme a lo prescrito por el artículo 315, ordinal 5°, de la Constitución.

3°) La autonomía presupuestal de la contraloría consiste en que las partidas asignadas para su funcionamiento se administren sin intromisión de ningún funcionario u órgano extraño a la entidad, pero no implica el reconocimiento al contralor de iniciativa para proponer a la consideración del concejo proyectos de acuerdo que adicionen o modifiquen las partidas destinadas a su funcionamiento en el presupuesto distrital o municipal.

4°) El acuerdo de presupuesto debe determinar directa y específicamente las partidas necesarias para el funcionamiento de la contraloría, las cuales, por lo mismo, no pueden provenir de porcentajes de los presupuestos de las entidades descentralizadas de carácter municipal. Las partidas asignadas para el funcionamiento de la contraloría deben ser independientes de las correspondientes a las demás entidades del distrito o municipio.

La Ley 136 de 1994 corrobora lo expuesto.

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 la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón* (ausente con excusa), *Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 21 de julio de 1994.

INSTITUCIONES EDUCATIVAS DE UTILIDAD COMUN-Régimen Aplicable/**PERSONERIA JURIDICA**-Cancelación/**PERSONERIA JURIDICA**-Reconocimiento/**VIGILANCIA/INSPECCION/INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN**-Régimen Aplicable

El Decreto 525 de 1990, por razón de su especialidad, sólo aplicable en cuanto a inspección y vigilancia y, de consiguiente, en lo que respecta al reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas a las entidades con fines educativos, científicos, tecnológicos, culturales y de recreación o deportes. No es extendible a las asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, referidas en el Decreto 1529 de 1990. Las disposiciones del Decreto 525 de 1990 se aplican a las entidades en él señaladas. El Decreto 1529 que es de carácter general, se aplicará a todas las entidades sin ánimo de lucro, incluyendo las de carácter educativo, en el caso de ausencia de norma especial al respecto. Las sanciones prescritas por el artículo 24 del Decreto 525 de 1990 y el procedimiento en él señalado son aplicables con exclusividad a las instituciones de utilidad común que persiguen fines educativos. En un mismo orden de ideas el comité de inspección y vigilancia previstos en el Decreto 525 citado tiene operancia para las instituciones educativas de utilidad común. Las disposiciones legales que otorgan facultades a la administración para cancelar la personería jurídica de corporaciones, asociaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, distintas a las previstas en el artículo 39 de la Constitución, mantienen su vigencia. Los sindicatos, las asociaciones de trabajadores y empleadores, así como las entidades gremiales se rigen por lo dispuesto en el

mencionado artículo 39 de la Constitución y demás normas que lo desarrollan. De consiguiente, la cancelación de su personería jurídica debe obedecer a una decisión judicial.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco.*

Referencia: Radicación No. 620. Consulta del Ministerio de Gobierno relacionada con el régimen aplicable para el reconocimiento y cancelación de personería jurídica de las entidades departamentales (Decretos 525 y 1529/90).

El señor Ministro de Gobierno, doctor Fabio Villegas Ramírez, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

"El Ministerio de Gobierno, a solicitud del sr. Gobernador del Departamento de Antioquia, doctor Juan Gómez Martínez, desea conocer el concepto de esa H. Sala respecto de la aplicación de los Decretos 525 y 1529 de 1990.

Dice así el señor Gobernador:

"El Gobierno Nacional expidió el Decreto Nacional 525 de marzo 6 de 1990 "Por medio del cual se reglamentan los artículos 55, 57, 59 y 60 de la Ley 24/88, parcialmente los artículos 12, 13 y 18 de la Ley 29/88; en su Capítulo IV artículo 27, delegó en los Gobernadores y Alcalde Mayor de Bogotá el reconocimiento y cancelación de personería jurídica de las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro con fines educativos, científicos y tecnológicos, culturales, de recreación o deporte que funcionan (sic) en su respectiva jurisdicción.

Además, en su artículo 20 delegó en los Gobernadores la Inspección y Vigilancia de las Instituciones Educativas de Utilidad Común; teniendo en cuenta los Decretos 054/74 y 361/67. Fija el procedimiento para llevarla a efecto y la creación de un Comité de Inspección y Vigilancia, y las sanciones pertinentes.

También el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1529 de julio de 1990, por el cual se reglamenta el reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas de Asociaciones o Corporaciones y Fundaciones o Instituciones de Utilidad Común en los Departamentos. Fijó pautas y procedimientos para ello y en su artículo 23 delegó en los Gobernadores la Inspección y Vigilancia sobre Instituciones de Utilidad Común que tengan su domicilio principal en el respectivo Departamento, de conformidad con los Decretos 1318/88 y 1093/89 y a renglón seguido en su artículo 24, dice que para ejercer dicha inspección y vigilancia, el Gobernador puede ordenar visitas a las dependencias de la entidad, pedir información y documentos necesarios, asistir personalmente o delegar a las (sic) sesiones que realicen las asambleas de dichas entidades.

Previos los anteriores planteamientos, comedidamente, me permito solicitar por su intermedio al Honorable Consejo de Estado, concepto sobre estos interrogantes:

1. El Decreto 525 de 1990, que se aplica para el reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas de entidades con fines educativos, científicos, tecnológicos, culturales, de recreación o deporte, será aplicable en lo que respecta a la inspección y vigilancia a las entidades a que se refiere el Decreto 1529 de 1990?.

2. Las dependencias administrativas que en los Departamentos reconocen y cancelan, inspección y vigilan las entidades del 1529 y del 525, podrían tomar disposiciones de uno y otro Decreto, en caso de no existir legislación aplicable al caso concreto?.

3. Qué sanciones se aplicarán a cada una de estas entidades, y qué medidas pueden adoptarse como preventivas antes de terminar o concluir la investigación, en cada uno de los procedimientos, para cancelar la correspondiente personería jurídica?.

4. El concepto del Comité de Inspección y Vigilancia podría tenerse en cuenta, para las entidades a que se refiere el Decreto Nacional 1529 de 1990, en el evento de llevar a cabo la inspección y vigilancia a estas Asociaciones y Corporaciones?.

Adicionalmente y como complemento a la pregunta No. 3 que formula el sr. Gobernador de Antioquia, el Gobierno quiere saber si continúan vigentes las disposiciones que facultan a la Administración para proceder a la cancelación de personerías jurídicas de corporaciones y fundaciones, teniendo en cuenta lo dispuesto por el inciso cuarto del artículo 39 de la Constitución Política."

ANTECEDENTES:

I.- Antecedentes constitucionales.

1.- El artículo 38 de la Constitución Política "garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad".

2.- El artículo 39 de la Carta agrega:

"Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

"La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.

"La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial."

"Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

"No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la fuerza pública".

3.- En el artículo 67 de la codificación constitucional se consagra a la educación como un derecho de la persona y como un servicio público que tiene una función social y se asigna al Estado la facultad de regular y ejercer su suprema inspección y vigilancia.

4.- Por su parte, en el artículo 68 ibídem, se establece que "los particulares podrán fundar establecimientos educativos", de acuerdo a las condiciones que, para su creación y gestión, establezca la ley.

5.- En el numeral 8 del artículo 150 ibídem, en cuanto a la competencia sobre las funciones de inspección y vigilancia, se dispone que corresponde al Congreso "Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución"; en el artículo 189 ibídem se le asigna al Presidente de la República, entre otras funciones, la de ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley (num. 21), la de ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos (num. 12) y la de ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores (num. 26).

II.- Antecedentes legales.

1.- Por el Decreto 054 de 1974 el Ejecutivo dictó normas sobre la vigilancia de instituciones de utilidad común; definió el derecho de inspección y vigilancia, como la facultad de examinar libros, cuentas y demás documentos de las instituciones, aprobar o improbar actos o contratos de determinada cuantía celebrados por los representantes sobre la aplicación de rentas, inversión de capitales o destinación de bienes al fin perseguido por la institución según sus estatutos.

2.- Mediante el Decreto 361 de 1987 y en ejercicio de la inspección y vigilancia, se establecieron sanciones para las instituciones de utilidad común cuando, en desarrollo de su actividad, exceden los "límites impuestos por la ley, por la voluntad de sus fundadores o por sus propios estatutos" (art. 2o.).

3.- Por la Ley 22 de 1987 se asignó al Gobernador de Cundinamarca y al Alcalde Mayor de Bogotá, la función de "reconocer y cancelar la personería jurídica a las asociaciones, corporaciones, fundaciones e instituciones de utilidad común que tuvieron su domicilio en el Departamento de Cundinamarca, y en el Distrito Especial de Bogotá, cuya tramitación se venía adelantando ante el Ministerio de Justicia.(art. 1o.).

Igualmente, mediante el artículo 2o. de la citada ley, el Congreso facultó al Presidente de la República para delegar en los Gobernadores de los Departamentos y

en el Alcalde Mayor de Bogotá, la función de inspección y vigilancia que le correspondía ejercer sobre las instituciones de utilidad común. Demandada la delegación contenida en dicha norma, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de febrero de 1988 declaró exequible el citado artículo 2o. por cuanto consideró que la delegación allí contenida se otorgó de conformidad con lo dispuesto por el artículo 135 de la Constitución entonces vigente que reglaba la facultad de delegar por parte del Presidente.

4.- Dicha facultad de delegación la ejerció el Ejecutivo a través del Decreto 1318 de 1988 por el cual y para efectos de "la inspección y vigilancia", se determinaron las obligaciones de los representantes legales, las cuales fueron modificadas por el Decreto 1093 de 1989, que en su parte pertinente, expresó: "... el representante legal de la institución presentará a estudio y consideración de los Gobernadores de los Departamentos y del Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, según el caso, los estatutos de la entidad, los proyectos de presupuesto y los balances de cada ejercicio, con arreglo a las normas vigentes sobre la materia".(art. 1o.).

5.- En cuanto a la inspección y vigilancia, pero específicamente en relación con las instituciones de utilidad común con **fines educativos**, el Congreso expidió la Ley 24 de 1988, en cuyo artículo 55 le otorgó al Presidente de la República la facultad de "delegar al Ministro de Educación, en los Gobernadores y en el Alcalde Mayor de Bogotá, las funciones de inspección y vigilancia de la educación, de las instituciones educativas y de utilidad común y de los establecimientos educativos públicos y privados"; e igualmente, en el parágrafo del mismo artículo facultó al Presidente para delegar en los mismos funcionarios "el otorgamiento y cancelación de personería jurídica a fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, cuyos objetivos sean la prestación de servicios educativos, científicos, tecnológicos, culturales, de recreación o deporte".

Dicha ley también le asignó a los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y Alcalde Mayor de Bogotá y conforme a reglamentación que expidiese el Gobierno las funciones de "concesión de licencias para iniciación de labores, aprobación de estudios, cancelación, suspensión o revocatoria de las mismas, de establecimientos de educación preescolar, básica y media vocacional y no formal".

6.- El 6 de marzo de 1990, el Ejecutivo expidió el Decreto 525 reglamentario de las Leyes 24 de 1988 y 29 de 1989; contiene las normas sobre inspección y vigilancia de los institutos docentes públicos y privados; licencias para iniciación de labores y aprobación de estudios; inspección y vigilancia de las instituciones educativas de utilidad común; reconocimiento y cancelación de personería jurídica; Fondos Educativos Regionales; Centros Experimentales Pilotos y Oficinas Seccionales de Escalafón.

Pero específicamente, en el Decreto citado las funciones de inspección y vigilancia de instituciones educativas de utilidad común y de las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, con fines educativos, tecnológicos, científicos, culturales, de recreación o deporte, están expresamente delegadas en los Gobernadores y en el Alcalde Mayor de Bogotá (arts. 20 y 27).

7.- Mediante el Decreto 1529 de 1990, el Ejecutivo reglamentó de manera general "el reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas de asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, en los departamentos".

II.- Consideraciones de la Sala:

1.- Las fundaciones o instituciones de utilidad común, son personas jurídicas "creadas por la iniciativa particular para atender, sin ánimo de lucro, servicios de interés social, conforme a la voluntad de los fundadores" (art. 5o. del Decreto Ley 3130 de 1968). En este orden de ideas la jurisprudencia ha sostenido que las fundaciones son personas jurídicas que se constituyen mediante la afectación irreversible de un patrimonio o de una masa de bienes, a un fin de utilidad o beneficencia pública, por parte de sus constituyentes o fundadores.

La Corporación, es una asociación de personas que persigue como fin la prestación de un servicio o el desarrollo de una actividad que les represente a los corporados un beneficio o una expansión; en ningún caso se puede perseguir el ánimo de lucro.

2.- Tanto las fundaciones o instituciones de utilidad común, como las asociaciones o corporaciones, están sometidas a la inspección y vigilancia de las autoridades estatales.

Sin embargo, para el caso comentado, se impone observar que existe una regulación especial para las instituciones educativas de utilidad común o fundaciones y para las asociaciones sin ánimo de lucro, cuando sus fines sean eminentenmente educativos, científicos, tecnológicos, culturales o de recreación o deporte. Tal reglamentación se encuentra consagrada en el Decreto 525 de 1990. Por otra parte también existe una reglamentación de carácter general prescrita por el Decreto 1529 de 1990, sobre el reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas de asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, en los departamentos.

De lo anteriormente expuesto se tiene entonces que existen ordenamientos jurídicos diversos que reglan la inspección y vigilancia de las personas jurídicas sin ánimo de lucro; en efecto, mientras que el Decreto 1529 de 1990 se acoge un estatuto de carácter general sobre la materia aplicable al común de tales personas jurídicas, el Decreto 525 de 1990 se refiere específicamente a las fundaciones o instituciones de utilidad común **con fines eminentemente educativos.**

Como consecuencia de lo anterior y teniendo en cuenta el principio de hermenéutica según el cual la "disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general" (art. 5o. de la Ley 57 de 1887), resulta que en materias relacionadas con la inspección y vigilancia, entre las que se encuentra el reconocimiento y cancelación de personería jurídica de las instituciones educativas de utilidad común y fundaciones y asociaciones con fines educativos, científicos, tecnológicos,culturales, de recreación o deporte, son preferentemente aplicables las normas contenidas en el

Decreto 525 de 1990 y las Leyes 24 de 1988 y 29 de 1989 frente a las demás disposiciones legales de carácter general. Pero, en los aspectos relativos con el reconocimiento o cancelación de personería jurídica de estas entidades educativas no reguladas por normas especiales es preciso aplicar las disposiciones de carácter general.

No sobra agregar que en materia referente al reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas de asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, con actividades diferentes a las educativas, científicas, tecnológicas, culturales, de recreación o deporte, son aplicables las normas del Decreto 1529 de 1990; pero las disposiciones de carácter especial contenidas en las Leyes 24 de 1988 y 29 de 1989 y en el Decreto 525 de 1990 no pueden extenderse a casos no contemplados en ellas.

Por último, debe tenerse en cuenta que el artículo 38 de la Constitución Política, consagra el derecho de libre asociación; y el 39 inmediatamente siguiente lo reitera pero con modalidades propias, especialmente referidas a los sindicatos, a las asociaciones de empleadores y trabajadores y en fin, a ciertas asociaciones gremiales. Todo ello no puede confundirse con el tratamiento que reciben las corporaciones, fundaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, pero particularmente las que persiguen fines educativos, que gozan de una reglamentación particular contenida en la ley.

Lo anterior lleva a la conclusión de que el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones previstas por el artículo 39 de la Constitución tiene una reglamentación específica y su cancelación sólo es factible mediante una decisión judicial.

No así las corporaciones, fundaciones o instituciones de utilidad común y demás asociaciones, pero específicamente las referidas con fines educativos o docentes, las cuales se hallan sometidas a los ordenamientos legales específicos que las rigen y a los cuales ya se ha referido la Sala.

III.- La Sala responde:

1.- El Decreto 525 de 1990, por razón de su especialidad, sólo es aplicable en cuanto a inspección y vigilancia y, de consiguiente, en lo que respecta al reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas a las entidades con fines educativos, científicos, tecnológicos, culturales y de recreación o deportes. No es extendible a las asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, referidas en el Decreto 1529 de 1990.

2.- Las disposiciones del Decreto 525 de 1990 se aplican a las entidades en él señaladas. El Decreto 1529, que es de carácter general, se aplicará a todas las entidades sin ánimo de lucro, incluyendo las de carácter educativo, en el caso de ausencia de norma especial al respecto.

3.- Las sanciones prescritas por el artículo 24 del Decreto 525 de 1990 y el procedimiento en él señalado son aplicables con exclusividad a las instituciones de utilidad común que persiguen fines educativos.

4.- En un mismo orden de ideas el Comité de inspección y vigilancia previstos en el Decreto 525 citado tiene operancia para las instituciones educativas de utilidad común.

5.- Las disposiciones legales que otorgan facultades a la administración para cancelar la personería jurídica de corporaciones, asociaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, distintas a las previstas en el artículo 39 de la Constitución, mantienen su vigencia.

Los sindicatos, las asociaciones de trabajadores y empleadores así como las entidades gremiales se rigen por lo dispuesto en el mencionado artículo 39 de la Constitución y demás normas que lo desarrollan. De consiguiente, la cancelación de su personería jurídica debe obedecer a una decisión judicial.

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

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 21 de julio de 1994.

VEEDOR DEL TESORO/PERIODO/ACTO DE POSESION

El criterio según el cual el término empieza a contarse a partir del momento en que, efectivamente, el organismo entra en operación, pues en la realidad un cargo no puede ser ejercido por su titular sino cuando éste disponga de una infraestructura mínima para su funcionamiento, pasa por alto otra realidad aún más protuberante desde el punto de vista jurídico: que la facultad de ejercer la autoridad se tiene desde el momento de la posesión y que es ésta la situación que, laboralmente, justifica el pago del salario asignado y el reconocimiento de prestaciones sociales. Más todavía: en el caso del Veedor del Tesoro, la misma construcción le indicaba las funciones básicas, por una parte, y por la otra le otorgaba el derecho a pedir y obtener para el desempeño de sus funciones, la colaboración indispensable, tanto investigativa como administrativa y financiera, de parte del Presidente de la República, de los organismos de control y de la policía judicial, en su respectiva órbita de competencia. De manera que la regla consiste en contar el término establecido para la duración del cargo de Veedor del Tesoro, a partir de la fecha de la posesión de su titular. La razón fundamental es que con el acto de posesión se cumplen varios ritos al mismo tiempo, todos ellos de evidente connotación jurídica: a. Se acreditan los requisitos exigidos para el desempeño del cargo; b. Se informa sobre el monto de sus bienes y rentas por quien va a ejercer el cargo; c. Se ritúa la importante solemnidad del juramento acerca del cumplimiento y defensa de la Constitución y la Ley, y sobre todo, d. Se inviste a quien fue designado, del poder y autoridad para hacer eficaz la función atribuída al cargo. Es,

pues, al ponerse en marcha el ejercicio de la función pública, cuando puede afirmarse con certeza que empieza a cumplirse la voluntad del constituyente como creador del cargo, y por ende, es el momento a partir del cual debe entenderse que corre el término fijado para su duración. El período de tres años previsto para el Veedor del Tesoro por el artículo transitorio 34 de la Constitución, se inició el 1o. de agosto de 1991 y vence el día 1o. de agosto de 1994.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Radicación No. 626. Consulta sobre la fecha a partir de la cual debe contarse el período del Veedor del Tesoro.

El señor director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en nombre del Gobierno formula a la Sala la consulta que más adelante se transcribe, previas las siguientes CONSIDERACIONES:

En comunicación entregada el día 11 de julio pasado, el señor Veedor del Tesoro solicitó al señor Presidente que definiera "el momento jurídico en que terminan los tres (3) años de que habla el artículo 34 transitorio de la Constitución Nacional".

Con el fin de buscar claridad sobre el problema planteado, el Gobierno ha considerado conveniente consultar al H. Consejo de Estado cuál es la fecha en que expira el período de tres años previsto por el artículo 34 de la Carta.

Para este efecto conviene recordar que el artículo 34 transitorio de la Constitución Política dispone:

"El Presidente de la República, en un plazo no mayor de ocho días hábiles contados a partir de la promulgación de esta Constitución, designará, por un período de tres años un ciudadano que tendrá la función de impedir de oficio, o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del tesoro público, o del exterior, en las campañas electorales que se efectúen en el término indicado, exceptuando la financiación de las campañas electorales conforme a la Constitución o la ley. Para este efecto tendrá derecho a pedir y a obtener la colaboración de la Procuraduría General de la Nación, de la Contraloría General de la República, de todas las entidades públicas que ejerzan atribuciones de control y vigilancia y de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial.

"El Presidente de la República reglamentará esta norma y le prestará al ciudadano designado todo el apoyo administrativo y financiero que le fuere indispensable."

En desarrollo de lo dispuesto por dicho artículo, por Decreto 1767 del 11 de julio de 1991, se estableció:

"Desígnase al doctor JORGE GARCIA HURTADO, por un período de tres (3) años para que vigile el destino de los recursos del Tesoro Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo transitorio No. 34 de la Constitución Política."

El Doctor JORGE GARCIA HURTADO tomó posesión del cargo el 1o. de agosto de 1991, según consta en Acta No. 265.

Por Decreto 2093 de 1991 del 6 de septiembre de 1991 se "desarrolla el artículo 34 transitorio de la Constitución Política de Colombia" fijando al efecto las funciones del Veedor del Tesoro.

En el artículo 2o. de dicho Decreto se señala:

"El Veedor del Tesoro será designado, por una sola vez, para un período de tres años, por el Presidente de la República, quien a su vez, proveerá sus faltas temporales o absolutas".

Con base en las normas que se han transcrito, se consulta al H. Consejo de Estado:

¿En qué fecha vence el período de tres años previsto por el artículo 34 transitorio de la Constitución para el señor Veedor del Tesoro?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. Los cargos públicos y sus períodos. El término del desempeño de los cargos públicos, o sea el período asignado a ellos, presenta las siguientes modalidades:

1. Cuando no solamente el período correspondiente al cargo sino también su fecha de iniciación, son determinados de manera expresa por la Constitución Política. Así por ejemplo, el período de los congresistas es de cuatro años y se inicia el 20 de julio siguiente a la elección (art. 132); según el artículo transitorio 16, la primera elección popular de gobernadores se celebrará el 27 de octubre de 1991 y los gobernadores elegidos en esa fecha "tomarán posesión el 2 de enero de 1992" (previamente la misma Constitución, en su art. 303, establece para los gobernadores un período de tres años).

2. Cuando en la Constitución se determina el período de duración del cargo, pero es la ley la encargada de fijar la fecha a partir de la cual se inicia dicho período. Tal es el caso de la mayoría de los altos cargos cuyo período está señalado en la Constitución (Presidente y Vicepresidente de la República, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, magistrados de los altos tribunales de justicia, etcétera).

3. Cuando la Constitución (o, en su caso, la ley) es la que determina el período de duración del cargo, sin que exista norma ni constitucional, ni legal, ni reglamentaria que señale la fecha a partir de la cual debe contarse el período correspondiente.

Esta última situación es la que ocupa la atención de la Sala. La Constitución de 1991, en efecto, creó el cargo al que posteriormente se le dio el nombre de Veedor del Tesoro,utilizando los términos siguientes:

> TRANSITORIO 34. El Presidente de la República, en un plazo no mayor de ocho días hábiles, contados a partir de la promulgación de esta Constitución, designará, para un período de tres años, un ciudadano que tendrá la función de impedir de oficio, o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del Tesoro Público, o del exterior, en las campañas electorales que se efectúen en el término indicado, exceptuando la financiación de las campañas electorales conforme a la Constitución o la ley. Para este efecto tendrá derecho a pedir y a obtener la colaboración de la Procuraduría General de la Nación, de la Contraloría General de la República, de todas las entidades públicas que ejerzan atribuciones de control y vigilancia y de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial.
>
> El Presidente de la República reglamentará esta norma y le prestará al ciudadano designado todo el apoyo administrativo y financiero que le fuere indispensable.

Vigente la Constitución desde el 7 de julio de 1991, el nombramiento del ciudadano mencionado se hizo por el Presidente de la República mediante el Decreto 1767 de 11 de julio siguiente. La persona nombrada tomó posesión el 1o. de agosto de 1991 y sendos Decretos, el 2093 y el 2281, de 6 de septiembre y 4 de octubre del mismo año, desarrollaron las funciones del cargo de "Veedor del Tesoro" en todo el territorio nacional, las cuales serán ejercidas en forma autónoma e independiente y establecieron su planta de personal, también para un período de tres (3) años, contados a partir del 6 de septiembre de 1991, conforme al art. 11 del Decreto últimamente citado, respectivamente.

Como ninguna de las normas a que se hace referencia determinó la fecha de iniciación del período de tres años correspondiente al Veedor del Tesoro, se trata de determinar si la misma se debe contabilizar a partir de la promulgación de la Constitución, o del nombramiento del Veedor, o de su posesión, o, finalmente, por tratarse de un organismo nuevo, del día en que materialmente "se puso en funcionamiento la Veeduría del Tesoro", según Acta de 20 de febrero de 1992, que más propiamente debía referirse a la oficina del Veedor.

II. Análisis de las diversas opciones. La primera opción, o sea la consistente en contabilizar el término de tres años a partir de la creación del cargo por el constituyente de 1991, desconoce que el período se predica necesariamente de las personas vinculadas al cargo, y no simplemente del cargo. La creación de un cargo no es garantía del ejercicio de las funciones a él atribuidas por intermedio de sus empleados, si éstos no ingresan, en legal forma, al cargo creado. De ahí la necesidad de distinguir entre el cargo y el ejercicio de la función atribuída, la cual debe ser cumplida por intermedio de servidor público.

A partir del nombramiento tampoco es viable contar el período de un cargo. Cualquiera fuese la hipótesis sobre la naturaleza jurídica del nombramiento, que se adopte, ya sea la que parte de la noción del acto complejo (esto es, el formado por el nombramiento y su confirmación, cuando a ella hubiere lugar), o la que considera el nombramiento como un acto autónomo que tiene la posesión como un mero acto de ejecución, es lo cierto que, en cualquiera de dichos eventos, con el nombramiento no se entra a ejercer el cargo, y si ello no ocurre, mal podría contabilizarse término alguno, máxime cuando puede darse la circunstancia de no confirmación o de no posesión del empleo.

El criterio según el cual el término empieza a contarse a partir del momento en que, efectivamente, el organismo entra en operación, pues en la realidad un cargo no puede ser ejercido por su titular sino cuando éste disponga de una infraestructura mínima para su funcionamiento, pasa por alto otra realidad aún más protuberante desde el punto de vista jurídico: que la facultad de ejercer la autoridad se tiene desde el momento de la posesión y que es esta la situación que, laboralmente, justifica el pago del salario asignado y el reconocimiento de prestaciones sociales. Más todavía: en el caso del Veedor del Tesoro, la misma Constitución le indicaba las funciones básicas, por una parte, y por la otra le otorgaba el derecho a pedir y obtener para el desempeño de sus funciones, la colaboración indispensable, tanto investigativa como administrativa y financiera, de parte del Presidente de la República, de los organismos de control y de la policía judicial, en su respectiva órbita de competencia.

En el expresado caso, fue la Carta Política la que directamente dio cumplimiento al precepto según el cual "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento" (art. 122), al establecer las funciones pertinentes y mencionar a los altos funcionarios que debían prestarle colaboración al ciudadano que desempeñara el cargo que se creaba. Con ello el Decreto 2093 de 6 de septiembre de 1991 no hizo sino enumerar detalladamente sus funciones y establecer que tendrá las mismas calidades, prerrogativas, categoría y remuneración del Procurador General de la Nación; el Decreto 2281 de 4 de octubre del mismo año, fijar una planta de personal auxiliar que conformara la oficina del Veedor, y el acta de 20 de febrero de 1992, firmada entre otros por el Veedor en ejercicio de sus funciones y por su secretario y en donde se dice que ese día "se puso en funcionamiento la Veeduría del Tesoro", sólo podía dejar constancia de un acto solemne y simbólico. Por lo demás, esta acta carecería de aptitud jurídica para prolongar el período del Veedor.

De manera que la regla consiste en contar el término establecido para la duración del cargo de Veedor del Tesoro, a partir de la fecha de la posesión de su titular. La razón fundamental es que con el acto de posesión se cumplen varios ritos al mismo tiempo, todos ellos de evidente connotación jurídica: a. Se acreditan los requisitos exigidos para el desempeño del cargo; b. Se informa sobre el monto de sus bienes y rentas por quien va a ejercer el cargo; c. Se ritúa la importante solemnidad del juramento acerca del cumplimiento y defensa de la Constitución y la ley, y sobre todo, d. Se inviste a quien

fue designado, del poder y autoridad para hacer eficaz la función atribuída al cargo. Es, pues, al ponerse en marcha el ejercicio de la función pública, cuando puede afirmarse con certeza que empieza a cumplirse la voluntad del constituyente como creador del cargo, y por ende, es el momento a partir del cual debe entenderse que corre el término fijado para su duración.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, LA SALA RESPONDE:

El período de tres años previsto para el Veedor del Tesoro por el artículo transitorio 34 de la Constitución, se inició el 1o. de agosto de 1991 y vence el día 1o. de agosto de 1994.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, al director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y al Secretario Jurídico de la misma Presidencia (C.C.A., art. 112).

Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo, Francisco Zuleta Holguín (Conjuez).

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 27 de julio de 1994.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

CONCEJO MUNICIPAL-Desintegración/**QUORUM DECISORIO**-Inexistencia/**ALCALDE**-Factultades/**CELEBRACION DE CONTRATOS**-Improcedencia/**CONCEJO MUNICIPAL**-Autorización/**NUEVAS ELECCIONES**-Improcedencia

> **Cuando en el último año del período, el número de miembros de un Concejo Municipal queda reducido de tal forma que hace imposible integrar el quórum o la mayoría suficiente para tomar decisiones, conforme a la Constitución y la ley, no es posible convocar a una nueva elección y, por lo mismo, la corporación no puede funcionar. El Alcalde de un municipio donde el concejo no pueda reunirse por estar desintegrado, carece de competencia para celebrar contratos que no han sido autorizados mediante acuerdo municipal.**

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Radicación No. 625. Procedimiento a seguir por parte del Alcalde, en caso de que el concejo quede desintegrado.

El señor Ministro de Gobierno ha formulado a la Sala la siguiente consulta previas las textuales CONSIDERACIONES:

> El Ministerio de Gobierno, a fin de atender una inquietud formulada por el Alcalde del municipio de Orocué, Departamento del Casanare, solicita concepto de esa H. Sala sobre el procedimiento a seguir por parte del Alcalde, en caso de que el Concejo quede desintegrado.

Según relata el sr. Alcalde de Orocué, el Concejo de esa localidad se encuentra integrado por nueve (9) miembros, de los cuales cinco (5) renunciaron y otro no aparece. Agotadas las listas inscritas para el período 92-93, ninguno de los suplentes quiso aceptar, siendo por ello imposibles las sesiones del mes de mayo (Art. 79 Decreto 1333 de 1986).

Concluye su petición el Sr. Alcalde, expresando que la desintegración del Concejo acarrea serios problemas por razón de la contratación que dicha corporación debe autorizar, en asuntos tales como el acueducto municipal, recolección de basuras, electrificación, etc.

De otra parte, las normas vigentes disponen:

Constitución Política

Artículo 145. El Congreso pleno, las Cámaras y sus comisiones no podrán abrir sesiones ni deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros. Las decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente.

Artículo 146. En el Congreso pleno, en las cámaras y en sus comisiones permanentes, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial.

Artículo 147. Las mesas directivas de las cámaras y de sus comisiones permanentes serán renovadas cada año, para la legislatura que se inicia el 20 de julio, y ninguno de sus miembros podrá ser reelegido dentro del mismo cuatrenio constitucional.

Artículo 148. Las normas sobre quórum y mayorías decisorias regirán también para las demás corporaciones públicas de elección popular.

Artículo 312. En cada municipio habrá una corporación administrativa elegida popularmente para períodos de tres años que se denominará concejo municipal, integrada por no menos de siete, ni más de veintiún miembros según lo determine la ley, de acuerdo con la población respectiva.

La ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.

La ley podrá determinar los casos en que tenga derecho a honorarios por su asistencia a sesiones.

Su aceptación de cualquier empleo público, constituye falta absoluta.

Artículo 313. Corresponde a los concejos:

1. Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio.

2. Adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas.

3. Autorizar al Alcalde para celebrar contratos y ejercer *pro témpore* precisas funciones de las que corresponden al concejo.

4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales.

5. Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.

6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear a iniciativa del alcalde establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

7. Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

8. Elegir al Personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios que ésta determine.

9. Dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio.

10. Las demás que la Constitución y la ley le asignen.

Artículo 314. En cada municipio habrá un Alcalde, jefe de la administración local, y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos de tres años, no reelegible para el período siguiente.

El Presidente y los Gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los Alcaldes.

Artículos 315. Son atribuciones del Alcalde:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los Decretos del gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del concejo.

2. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y el respectivo gobernador. El Alcalde es la primer autoridad de policía del municipio. La Policía

Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante.

3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

4. Suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos.

5. Presentar oportunamente al concejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del municipio.

6. Sancionar y promulgar los acuerdos que hubiere aprobado el concejo y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al ordenamiento jurídico.

7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para los gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado.

8. Colaborar con el concejo para el buen desempeño de sus funciones, presentarle informes generales sobre su administración y convocarlo a sesiones extraordinarias, en las que sólo se ocupará de los temas y materias para los cuales fue citado.

9. Ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y de presupuesto.

10. Las demás que la Constitución y la ley le señalen.

Ley 136 de 1994

ARTICULO 22. COMPOSICION: Los concejos municipales se compondrán del siguiente número de concejales:

Los municipios cuya población no exceda de cinco mil (5.000) habitantes, elegirán siete (7); los que tengan de cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000), elegirán nueve (9); los que tengan de diez mil uno (10.001) hasta veinte mil (20.000), elegirán once (11); los que tengan de veinte mil uno (20.001) a cincuenta mil (50.000), elegirán trece (13); los de cincuenta mil uno (50.001) hasta cien mil (100.000), elegirán quince (15); los de cien mil uno (100.001) hasta

doscientos cincuenta mil (250.000), elegirán diecisiete (17); los de doscientos cincuenta mil uno (250.001) a un millón (1.000.000), elegirán diecinueve (19); los de un millón uno (1'000.001) en adelante,elegirán veintiuno (21).

PARAGRAFO: La Registraduría Nacional del Estado Civil tendrá a su cargo la determinación y publicación oportuna del número de concejales que puede elegir cada municipio.

ARTICULO 24. INVALIDEZ DE LAS REUNIONES. Toda reunión de miembros del concejo que con el propósito de ejercer funciones propias de la corporación, se efectúe fuera de las condiciones legales o reglamentarias carecerá de validez y los actos que realicen no podrá dársele efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones serán sancionados conforme a las leyes.

ARTICULO 25. COMISIONES: Los concejos integrarán comisiones permanentes encargadas de rendir informe para primer debate a los proyectos de acuerdo, según los asuntos o negocios de que éstas conozcan y el contenido del proyecto acorde con su propio reglamento. Si dichas comisiones no se hubieren creado o integrado, los informes se rendirán por las Comisiones accidentales que la Mesa Directiva nombre para tal efecto.

Todo concejal deberá hacer parte de una comisión permanente y en ningún caso podrá pertenecer a dos o más comisiones permanentes.

ARTICULO 29. *QUORUM*: Los concejos y sus comisiones no podrán abrir sesiones y deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros. Las decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente.

ARTICULO 30. MAYORIA: En los concejos y sus comisiones permanentes, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial.

ARTICULO 50. PERIODO DE CONCEJALES: Los concejales serán elegidos para un período de tres años que se iniciará el primero de enero del año siguiente al de su elección y concluirá el treinta y uno de diciembre del último año de dicho período.

PARAGRAFO TRANSITORIO: Se exceptuará de lo anterior los concejales elegidos en 1992, cuyo período concluirá el treinta y uno de diciembre de 1994, de conformidad con lo previsto en el artículo transitorio 19 de la Constitución Política.

ARTICULO 51. FALTAS ABSOLUTAS: Son faltas absolutas de los concejales:

a). La muerte.

b). La renuncia aceptada.

c). La incapacidad física permanente.

d). La aceptación o desempeño de cualquier cargo o empleo público, de conformidad con lo previsto en el artículo 291 de la Constitución Política.

e). La declaratoria de nulidad de la elección como concejal.

f). La destitución del ejercicio del cargo, a solicitud de la Procuraduría General de la Nación como resultado de un proceso disciplinario.

g). La interdicción judicial.

h). La condena a pena privativa de la libertad.

ARTICULO 63. FORMA DE LLENAR VACANCIAS ABSOLUTAS: Las vacancias absolutas de los concejales serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesiva y descendente. El presidente del concejo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la declaratoria, llamará a los candidatos que se encuentren en dicha situación para que tomen posesión del cargo vacante que corresponde.

Decreto 2241 de 1986

ARTICULO 130. Si ya se hubieren iniciado las sesiones del último año del período de los Senadores, Representantes, Diputados, Consejeros Intendencias o Concejales Municipales, cuyas plazas quedan vacantes, no se convocará a nuevas elecciones.

De conformidad con las disposiciones transcritas, no encontramos disposición positiva que permita la reintegración del Concejo. En virtud a lo anterior se consulta:

Qué procedimiento debe seguirse cuando el Concejo por las razones que fueren, se desintegra, comenzadas las sesiones del último año, quedando reducido el número de concejales por debajo de las disposiciones que regulan el *quórum* deliberatorio y decisorio, y qué procedimiento debe seguir el Alcalde para sacar avante programas de importancia municipal que requieran de la autorización del Concejo para contratar.

LA SALA CONSIDERA:

1.) El artículo 148 de la Constitución Nacional prescribe que "las normas sobre quórum y mayorías decisorias regirán también para las demás corporaciones públicas de elección popular".

2.) Los artículos 145 y 146 de la Constitución Nacional regulan lo relativo al *quórum* para deliberar y a la mayoría que se requiere para tomar decisiones por el Congreso de la República en pleno, las cámaras y las comisiones permanentes.

De este modo, determinan que para que estos órganos abran sesiones y deliberen requieren de una cuarta parte de sus miembros. Pero para decidir es necesario que asista la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación; así, las decisiones se tomarán con la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija una mayoría diferente.

Estas disposiciones fueron reiteradas por los artículos 29 y 30 de la Ley 136 de 1994, sobre organización y funcionamiento de los municipios, en relación con los concejos municipales.

3.) A su vez el artículo 63 de la misma ley, establece la forma de llenar las vacancias absolutas de los concejales y dispone que serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesiva y descendente, que deberán ser llamados por el Presidente del Concejo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la declaratoria de la vacancia para que tomen posesión del cargo vacante.

4.) El Decreto Ley 2241 de 1986 (Código Electoral) en relación con la convocatoria a nuevas elecciones, prevé en los artículos 131 y 132, respectivamente, que:

"Si ya se hubieren iniciado las sesiones del último año del período de los Senadores, Representantes, Diputados, Consejeros Intendenciales (suprimidos por la nueva Constitución) o Concejales Municipales, cuyas plazas quedan vacantes, no se convocará a nuevas elecciones".

"Cuando por cualquier circunstancia dejen de realizarse elecciones de concejales en algunos municipios, el gobierno departamental, intendencial o comisarial (suprimidos por la Constitución de 1991) respectivo **convocará a una nueva elección** señalando el día en que ésta deba verificarse.

"**De la misma manera se procederá** cuando se anulen las elecciones de Concejales, o llegue a faltar, absolutamente, **antes** del último año del período, un número tal de principales y de suplentes que no pueda formar el *quórum* o mayoría suficiente para que funcione la corporación" (Subraya la Sala).

5.) De lo anterior se infiere que, cuando como en el asunto consultado, algunos de los miembros de un concejo municipal renuncian y las personas inscritas en la misma lista que no fueron elegidos no aceptan ocupar las vacantes definitivas, quedando así un número de integrantes que no puede formar *quórum* o mayoría suficiente para tomar decisiones, no es posible convocar a nuevas elecciones, porque la situación se presenta en el último año del período. En este evento, el concejo no puede funcionar porque no tiene mayoría para proferir decisiones válidas.

6.) Tanto la Constitución art. 313 numeral 3o. como las Leyes 80 de 1993 y 136 de 1994 exigen que para celebrar contratos el alcalde requiere autorización del concejo.

Con fundamento en las anteriores consideraciones LA SALA RESPONDE:

1.- Cuando en el último año del período, el número de miembros de un Concejo Municipal queda reducido de tal forma que hace imposible integrar el *quórum* o la mayoría suficiente para tomar decisiones, conforme a la Constitución y la ley, no es posible convocar a una nueva elección y, por lo mismo, la corporación no puede funcionar.

2.- El Alcalde de un municipio donde el concejo no pueda reunirse por estar desintegrado, carece de competencia para celebrar contratos que no han sido autorizados mediante acuerdo municipal.

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 la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 3 de agosto de 1994.

EXPROPIACION SIN INDEMNIZACION/FONDOS DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA/EXPROPIACION SIN INDEMNIZACION-Improcedencia/**EXPROPIACION SIN INDEMNIZACION**-Trámite/**EQUIDAD/CONGRESO DE LA REPUBLICA**-Facultades/**BIEN INMUEBLE MUNICIPAL/CESION**-Improcedencia/**PERSONA NATURAL/ TIERRAS EN ZONA DE INVASION**-Legalización.

Los Fondos de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, creados por la Ley 3a. de 1991, no están facultados por la ley para efectuar expropiaciones sin indemnización. Las únicas entidades legalmente autorizadas para ordenar expropiaciones de tal naturaleza, son los municipios, los distritos, las áreas metropolitanas y el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dentro de su respectiva competencia territorial. El trámite que debe seguirse para la expropiación sin indemnización consiste en que el congreso dispone cuáles son los motivos de equidad en casos concretos. Sobre este fundamento legal, en las entidades territoriales el Concejo o en su caso la Asamblea Departamental decretan la expropiación y el Alcalde o en su caso el Gobernador, la ejecutan. Hoy en día los municipios no pueden ceder a título gratuito inmuebles de su propiedad a personas naturales, para efectos de legalizar la situación de las tierras en zonas de invasión, de conformidad con el precepto contenido en el artículo 58 de la Ley 9a. de 1989, por cuanto dicha disposición fue subrogada por el artículo 355 de la Constitución expedida el 7 de julio de 1991. No obs-tante, la situación en que se encuentran los actuales poseedores de tierras de propiedad de los municipios, les debe ser respetada por las autoridades y podrán adquirirlas conforme al procedimiento judicial prescrito para el efecto.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Radicación No. 618. Consulta sobre la expropiación sin indemnización por motivos de equidad y la legalización de tierras en zonas de invasión.

El señor Ministro de Gobierno dice que, a petición del Alcalde del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, se desea conocer el criterio de la Sala en relación con el procedimiento aplicable a los procesos de legalización de tierras, con fundamento en la Ley de Reforma Urbana, aplicando el mecanismo de la expropiación sin indemnización por motivos de equidad.

El consultante hace alusión al art. 58 de la Constitución, que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, otorga a la propiedad una función social que implica obligaciones, y determina las reglas básicas en materia de expropiación; a los artículos 53 y siguientes de la Ley 9a. de 1989 que regulan casos de expropiación sin indemnización por motivos de equidad, y a los artículos 17 y ss. de la Ley 3a. de 1991 que establecieron para los municipios, el Distrito Especial (hoy Distrito Capital) de Bogotá, las áreas metropolitanas y la Intendencia de San Andrés y Providencia (hoy Departamento Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina), la autorización para crear un fondo municipal, destinado a la financiación de planes y programas de vivienda de interés social. Todo para formular a la Sala los siguientes interrogantes, que se transcriben textualmente:

1. ¿Contempla la Ley 9a. de 1989, en el art. 53, la expropiación sin indemnización por los motivos de equidad, de conformidad con el art. 58 de la Constitución Nacional. En el inciso 2o. del art. 53 establece la competencia para decretarla, limitándola a los municipios, Distrito de Bogotá y áreas metropolitanas. En el art.19 de la Ley 3a. de 1991, Lit. "d", dentro de las funciones de los Fondos de Vivienda de Interés Social, está la de "adquirir por expropiación los inmuebles necesarios..." En consecuencia, la Ley 3a. de 1991, que es posterior a la Ley 9a. de 1989, le da a los fondos la facultad de expropiar (art. 19), en el caso de que sea expropiación sin indemnización, podría hacerlo el Fondo directamente o tendría que hacerlo el municipio?

2. ¿Cuál es el procedimiento a seguir, al emplear la figura de la expropiación sin indemnización por motivos de equidad. Es necesario iniciar el proceso de expropiación ante Juzgado, o en su defecto, expedirse la resolución y una vez ejecutoriada, inscribirse en folio de matrícula correspondiente y consecuencialmente proceder a escriturar los lotes?

3.¿ Pueden las entidades municipales ceder tierras de su propiedad gratuitamente a personas naturales, para efectos de legalizar la tenencia de tierras en zonas de

invasión, de conformidad con el artículo 58 de la Ley 9a. de 1989, o dicha disposición se encuentra derogada por virtud del artículo 355 de la Constitución Política?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. La expropiación sin indemnización. El régimen de la expropiación sin indemnización ha tenido en Colombia el siguiente desarrollo constitucional:

1. La Constitución originaria de 1886, en estricto rigor, nada estableció acerca de la expropiación sin indemnización. La "enajenación forzosa", como se denominó entonces a la expropiación, tenía lugar por graves motivos de utilidad pública definidos por el legislador, mediante sentencia y previa indemnización.

2. En la reforma de 1905 (Acto Legislativo número 6), la decisión más relevante consistió en no autorizar indemnización en tratándose de la apertura y construcción de vías de comunicación, para el caso en el cual se suponga que "el beneficio que derivan los predios atravesados es equivalente al precio de la faja de terreno necesaria para la vía"; empero, "si se comprobare que vale más dicha faja, la diferencia será pagada".

3. En 1936, mediante la expedición del Acto Legislativo número 1, se adoptó la variante más sustancial en materia de propiedad y su texto se conservó, como artículo 30, hasta la expedición de la Constitución de 1991. En efecto, por primera vez se estableció la expropiación sin indemnización, por razones de equidad, en los casos determinados por el legislador y mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara.

4. En la nueva Constitución es posible distinguir los siguientes tipos de expropiación:

4.1 Expropiación con indemnización previa, por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador. Constituye, por así decirlo, la regla general en materia de expropiación. Admite dos modalidades: podrá ser decretada mediante sentencia judicial, o excepcionalmente por vía administrativa "en los casos que determine la ley".

4.2 Expropiación de bienes muebles sin indemnización previa, en caso de guerra y sólo para atender a sus necesidades, la cual será decretada por el Gobierno Nacional.

4.3 Expropiación sin indemnización, por razones de equidad, conforme al siguiente texto:

> Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.
>
> Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente (art. 58, incisos quinto y sexto).

En tal situación, que es el objeto principal de la consulta, conviene precisar sus características:

a. La ley debe determinar las razones de equidad y los casos en que no haya lugar al pago de indemnización.

b. La ley requiere de una votación calificada, debiendo ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. Y,

c. Los motivos de equidad prescritos por el Congreso, no tienen control jurisdiccional.

Por otra parte, la ley 9a. de 1989 o Ley de Reforma Urbana imprimió desarrollo al mandato proveniente de la enmienda constitucional de 1936 (y que básicamente corresponde al artículo 58, inciso quinto, de la nueva Carta Política), al disponer:

> ART.53. Para los efectos previstos en el último inciso del artículo 30 de la Constitución Política declárase que existen motivos de equidad para decretar la expropiación sin indemnización cuando el propietario de un inmueble ubicado en sitio apto o no apto para urbanizar, en contravención a las normas sobre usos del suelo, o fuera del perímetro sanitario y urbano de un municipio, del Distrito Especial de Bogotá, de un área metropolitana, de la intendencia de San Andrés y Providencia, o sin contar con los permisos y licencias requeridos por las leyes, y acuerdos, aprovechándose de la necesidad de vivienda de los ocupantes, venda, prometa en venta, promueva o tolere la ocupación de dicho inmueble para vivienda de interés social.
>
> La expropiación de que trata el presente artículo no se extenderá a las construcciones y mejoras de los ocupantes de viviendas de interés social.

En otros términos, para el legislador la situación descrita constituye "razón de equidad" y por lo mismo se puede expropiar sin indemnización por las entidades territoriales allí enumeradas, el inmueble cuyo propietario lo venda o prometa en venta, promueva o tolere su invasión, para vivienda de interés social, con violación de las disposiciones existentes sobre usos del suelo, o sin contar con los permisos o licencias requeridos, todo ello con aprovechamiento de la necesidad de vivienda de sus ocupantes.

La expropiación sin indemnización por razones de equidad, por consiguiente, constituye una excepción al fenómeno expropiatorio de la propiedad privada y por lo mismo los casos en que ella acontece deben ser taxativamente señalados por el legislador, tal como ocurre en los eventos previstos por el artículo 53 de la ley 9a. de 1989. De lo contrario, las situaciones respectivas deberán guiarse por los principios generales que rigen la expropiación con indemnización.

II. La competencia en la expropiación sin indemnización. Cuando la ley 9a. de 1989 determinó, por motivos de equidad, los casos en los cuales es procedente la

expropiación sin indemnización, la facultad de ordenar este tipo de expropiación la atribuyó exclusivamente a las siguientes entidades territoriales: los municipios, el Distrito Especial (hoy Distrito Capital) de Bogotá, las áreas metropolitanas, y la intendencia de San Andrés y Providencia, convertida en departamento por voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente.

Ahora bien, la Ley 3a. de 1991, modificatoria de la Ley 9a. de 1989, autorizó la creación de Fondos de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana y les otorgó en el artículo 19, particularmente en el literal d), competencia para adquirir bienes para el cumplimiento de sus funciones, por el procedimiento de la expropiación. Esta facultad debe ser entendida en el marco general de la institución, es decir, solamente para acudir a la expropiación ordinaria que procede mediante sentencia judicial e indemnización previa. El fundamento de esta aseveración se encuentra en la Ley 9a. de 1989, que es especial en cuanto a la determinación y la competencia en materia de expropiación sin indemnización por motivos de equidad y que, por contener un mandato expreso del legislador en la regulación de casos excepcionales, no admite interpretaciones con criterio extensivo, mediante la inclusión de otros casos o el otorgamiento de la titularidad expropiatoria a entidades distintas de las que ella señala. Por consiguiente, es menester concluir que la competencia otorgada por el artículo 53 de la Ley 9a. de 1989, es exclusiva y excluyente, sin que pueda ser asumida por los Fondos de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, ni siquiera por delegación.

III. El procedimiento en la expropiación sin indemnización. El procedimiento judicial para determinar la indemnización en la expropiación ordinaria, es el previsto en el Capítulo III de la Ley 9a. de 1989 y en los artículos 451 y ss. del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia agraria (Ley 135 de 1961) y la eventual legislación que desarrolle la expropiación por la vía administrativa.

En la situación indicada, la demanda deberá ser presentada ante el juez competente y dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la cual quedare en firme la resolución que ordenó la expropiación, por el apoderado legal de la entidad pública correspondiente. Esta, según el artículo 11 de la Ley 9a. de 1989, únicamente puede ser: la Nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y las asociaciones de municipios, a las cuales es menester agregar los Fondos de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana creados por la Ley 3a. de 1991.

Sólo así se dará cumplimiento a la filosofía de la expropiación que inspira el artículo 58 de la Constitución: existencia de ley que defina los motivos de utilidad pública o de interés social; resolución administrativa que ordene, en cada caso concreto, la expropiación de bienes de propiedad particular; y decisión judicial que decrete la indemnización.

"Con todo", como dice la Constitución, hay una modalidad diferente: la expropiación sin indemnización por razones de equidad, en la cual el procedimiento consiste en que

el legislador determina, con fundamento en la equidad, los casos específicos en los cuales las entidades públicas autorizadas pueden decretar la expropiación.Tales son, por ejemplo, los casos señalados en el artículo 53 de la Ley 9a. de 1989. Por tanto, para la efectividad de la expropiación sin indemnización en dichos casos, no es menester adelantar el proceso de expropiación ante autoridad judicial.

IV. Cesión gratuita de tierras. Respecto de la cesión gratuita de tierras por parte de los municipios en favor de personas naturales, con el fin de legalizar su "tenencia en zonas de invasión", como dice el consultante, la Ley 9a. de 1989 dispuso:

> ART. 58. Las entidades públicas del orden nacional cederán a título gratuito los inmuebles de su propiedad que sean bienes fiscales y que hayan sido ocupados ilegalmente para vivienda de interés social, siempre y cuando la ocupación ilegal haya ocurrido con anterioridad al veintiocho (28) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988). La cesión gratuita, mediante escritura pública, se efectuará a favor de los ocupantes. Las demás entidades públicas podrán efectuar la cesión en los términos señalados.
>
> En ningún caso procederá la cesión anterior en el caso de los bienes de uso público ni en los bienes fiscales destinados a la salud y a la educación. Tampoco procederá cuando se trate de inmuebles ubicados en zonas insalubres o que presenten peligro para la población.

La norma transcrita autoriza a las entidades públicas del orden nacional y a las "demás entidades públicas", entre las cuales se incluyen las entidades territoriales, para ceder a título gratuito en favor de los ocupantes, aquellos inmuebles de su propiedad que sean bienes fiscales (con excepción de los destinados a salud y educación), siempre que la ocupación ilegal haya ocurrido, pues se trataba de solucionar un problema coyuntural, con anterioridad al día 28 de julio de 1988.

Cumplidos los tres requisitos concurrentes: que se tratase de bienes fiscales, que los mismos hubiesesn sido ocupados de manera ilegal con destino específico para vivienda de interés social, y la temporalidad de la ocupación (anterior al 28 de julio de 1988), las entidades públicas dispusieron de plazo para hacer la cesión gratuita de dichos inmuebles en favor de los ocupantes hasta la fecha en la cual entró a regir la nueva Constitución Política (7 de julio de 1991), por cuanto en ella se estableció una tajante prohibición:

> ART. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Ciertamente la situación de hecho generada por la ocupación ilegal de bienes fiscales, con destino a vivienda de interés social, no puede ser desconocida, pero la cesión gratuita de tales inmuebles se hizo jurídicamente imposible una vez expedida la nueva Constitución.

El asunto se convirtió entonces en un problema de derecho civil y resolverlo corresponde a la justicia ordinaria. Siendo prescriptibles los bienes fiscales, al cumplirse el término señalado en la ley para la prescripción, la autoridad judicial podrá constituir el título respectivo en favor de los poseedores.

Consecuente con la consideraciones expuestas, LA SALA RESPONDE:

1. Los Fondos de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, creados por la Ley 3a. de 1991, no están facultados por la ley para efectuar expropiaciones sin indemnización. Las únicas entidades legalmente autorizadas para ordenar expropiaciones de tal naturaleza, son los municipios, los distritos, las áreas metropolitanas y el departamento archipiélado de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dentro de su respectiva competencia territorial.

2. El trámite que debe seguirse para la expropiación sin indemnización consiste en que el Congreso dispone cuáles son los motivos de equidad en casos concretos. Sobre este fundamento legal, en las entidades territoriales el Concejo o en su caso la Asamblea Departamental decretan la expropiación y el alcalde o en su caso el gobernador, la ejecutan.

3. Hoy en día los municipios no pueden ceder a título gratuito inmuebles de su propiedad a personas naturales, para efectos de legalizar la situación de las tierras en zonas de invasión, de conformidad con el precepto contenido en el artículo 58 de la Ley 9a. de 1989, por cuanto dicha disposición fue subrogada por el artículo 355 de la Constitución expedida el 7 de julio de 1991.

No obstante, la situación en que se encuentran los actuales poseedores de tierras de propiedad de los municipios, les debe ser respetada por las autoridades y podrán adquirirlas conforme al procedimiento judicial prescrito para el efecto.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., art. 112).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 3 de agosto de 1994.

ALCALDE SUSPENDIDO-Reintegro/**PRIVACION EFECTIVA DE LA LIBERTAD/SUSPENSION PROVISIONAL/ALCALDE**-Régimen Aplicable/ **SERVIDOR PUBLICO**

El Alcalde suspendido por el Gobernador, al amparo del artículo 18, literal a) de la Ley 78 de 1986, por haberse dictado en contra de aquél medida de aseguramiento distinta a la detención, tiene derecho a la expedición de un nuevo acto que deje sin efecto la suspensión. Igualmente, el Gobernador que, al amparo del artículo 18 literal a) de la Ley 78 de 1986, haya suspendido un alcalde por haberse dictado en contra del mismo, medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria o preventiva que no está en firme, debe proceder a dejar sin efecto el acto de suspensión, con los mismos fundamentos de la respuesta anterior. El Alcalde que de conformidad con el artículo 105 numeral 2o. de la Ley 136 de 1994 esté sujeto a medida de aseguramiento en firme consistente en detención preventiva o domiciliaria, y que por cualquier beneficio esté físicamente libre como en el caso de excarcelación, no puede ser suspendido, puesto que uno de los elementos de la suspensión es la "privación efectiva de la libertad". Por privatización efectiva de la libertad, se entiende la pérdida de la libertad física. La suspensión provisional a que se refiere el artículo 58 numeral 4o. de la Ley 80 de 1993, es aplicable a los Alcaldes, por su calidad de servidor público, siempre que se den las condiciones allí prescritas, las cuales deben interpretarse en armonía con las causales de suspensión que trae la Ley 136 de 1994.

ACTO DE SUSPENSION-Naturaleza/**ACTO DE CUMPLIMIENTO/ACTO DE EJECUCION/RECURSOS EN LA VIA GUBERNATIVA**-Improcedencia

En relación con la naturaleza del acto administrativo, que dicta el Presidente de la República o Gobernador de Departamento, suspendiendo un Alcalde. El acto de suspensión de un Alcalde incurso en la causal del artículo 105, numeral 2o. y parágrafo de la Ley 136 de 1994, es un acto de cumplimiento o ejecución y por tanto contra él no procede recurso alguno en la vía gubernativa. La suspensión procede inmediatamente se dé la causal aplicable al caso respectivo (Ley 136 de 1994).

ALCALDE ENCARGADO/ MOVIMIENTO POLITICO-Concepto/ **TERNA**-Integración/**MOVIMIENTO POLITICO**-Representante Legal/**PERSONERIA JURIDICA/COALICION/FILIACION POLITICA IGUAL**

La terna que se debe integrar para designar un alcalde encargado, es menester que sea presentada por el representante legal del partido o movimiento con personería jurídica al cual pertenezca el alcalde que va a ser reemplazado, o por la persona en quien el represenante delegue la facultad para inscribir dicha terna. En los grupos significativos de ciudadanos, la terna debe ser presentada por su representante legal conforme a sus estatutos si tales grupos tuvieren personería jurídica; en el caso de carecer de ésta, la presentación corresponderá a quien el respectivo grupo elija para el efecto. Las asociaciones con personería jurídica que por decisión de su Asamblea General resuelvan constituirse en movimiento u organismo sociales, deberán presentar la terna respectiva valiéndose de sus representantes legales o de la persona o personas que éstos designen. Cuando un partido y un movimiento político, o dos partidos o dos movimientos políticos, con personería jurídica forman una coalición, la terna de candidatos deberá ser avalada por los respectivos representantes legales, a quienes les corresponderá presentar dicha terna o por la persona o personas que éstos designen. Los escogidos deberán ser de la misma filiación política de quien se pretende reemplazar y siempre y cuando hayan formado parte de la coalición cuando se realizó la elección del reemplazado.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco.*

Referencia: Radicación No. 624. Consulta del Ministerio de Gobierno, relacionada con el reintegro de Alcaldes suspendidos por parte del Gobernador durante la vigencia de la ley 78 de 1986, atendiendo lo ordenado por la Ley 136 de 1994. Clase de acto administrativo que dicta el Gobernador decretando la suspensión; y de los requisitos del Alcalde encargado.

El señor Ministro de Gobierno (E) Doctor Héctor Riveros Serrato, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

"A. **De la viabilidad jurídica para reintegrar a los Alcaldes suspendidos.**

Constitución Política

Artículo 314. En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos de tres años, no reelegible para el período siguiente.

El Presidente y los Gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes.

Ley 78 de 1986

Artículo 18. Causales de Suspensión. El Presidente de la República y los Gobernadores, Intendentes o Comisarios suspenderán a los Alcaldes, según sus respectivas competencias, en los siguientes casos:

a) Por haberse dictado por autoridad judicial competente medidas de aseguramiento, aunque proceda la excarcelación o cualquier otro beneficio.

b) A solicitud del juez competente o de la Procuraduría General de la Nación. En este último evento cuando ésta determine dicha sanción para los Alcaldes, de acuerdo con el régimen disciplinario previsto para ellos en la Ley (L.49/87 art. 7).

Dentro de los procesos penales adelantados por la Fiscalía contra algunos alcaldes se dictaron las medidas de aseguramiento contempladas en el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, esto es la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva.

Como quiera que el artículo 18, literal a) de la Ley 78 de 1986 no distinguía entre las diferentes medidas de aseguramiento, se entendió que cualquiera de ellas tenía la virtualidad de generar en cabeza del Gobernador la obligación de proceder a la suspensión del Alcalde imputable.

Posteriormente se dictó la Ley 80 de 1993, que en su parte pertinente dispuso:

Artículo 58.- De las sanciones. Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:

... 4o. En los casos en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme, o elevado pliego de cargos, la autoridad competente podrá, con el propósito de salvaguardar la recta administración pública, suspender provisionalmente al

servidor público imputado o sindicado hasta por el término de duración de la medida de aseguramiento o de la investigación disciplinaria.

En cuanto a esta disposición, hubo pareceres opuestos. Respecto de la Ley 78 de 1986 (Art. 18 lit. a), apareció en la nueva disposición como elemento diferente, la firmeza de la medida de aseguramiento.

La Oficina Jurídica del Ministerio de Gobierno sostuvo que por ser la disposición de la ley 80 de 1993 (art. 58, numeral 4.), general para todos los funcionarios públicos, se prefería la particular (Ley 78/86), conforme a las reglas de hermenéutica jurídica, y porque conforme al artículo 314 constitucional, no es posible aplicar por analogía a los alcaldes las causales de suspensión de los demás funcionarios públicos. Otros, por el contrario, sostuvieron que deberían aplicarse la Ley 80 de 1993, por el principio de la favorabilidad penal.

El 2 de julio del presente año se promulgó la Ley 136 de 1994, que a su turno dispuso:

Artículo 105o. Causales de suspensión: El Presidente de la República en el caso del Distrito Capital Santafé de Bogotá, y los Gobernadores en los demás casos, suspenderán a los alcaldes en los siguientes eventos:

1) Por haberse dictado en su contra, resolución acusatoria debidamente ejecutoriada, con privación de la libertad, aunque se decrete en favor del alcalde la excarcelación.

2) Por haberse dictado en su contra, medida de aseguramiento, con privación efectiva de la libertad, siempre que esté debidamente ejecutoriada.

3) A solicitud de la Procuraduría General de la Nación o de autoridad jurisdiccional competente, de acuerdo con el régimen disciplinario previsto en la ley.

4) Cuando la Procuraduría General de la Nación, solicite la suspensión provisional mientras adelante la investigación disciplinaria, de conformidad con la ley.

5) Cuando la Contraloría General de la República solicite la suspensión provisional de conformidad a lo establecido en el numeral 8o. del artículo 268 de la Constitución Política. La Contraloría bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

Parágrafo: En caso de delitos culposos, solamente habrá lugar a la suspensión de que trata el numeral segundo cuando no se decrete en favor del alcalde la excarcelación u otro beneficio que implique la libertad física.

Artículo 203o. Vigencia: La presente ley deroga las disposiciones que le sean contrarias y rige a partir de la fecha de su publicación.

Según el texto del artículo 105 de la Ley 136 de 1994, los eventos en que procede la suspensión de Alcaldes, son de orden judicial, disciplinario y fiscal.

Ahora bien, el artículo 203 de la Ley 136 de 1994 dispone que quedan derogadas todas las disposiciones que sean contrarias a dicha ley.

Por su parte, el Código Contencioso Administrativo, determina:

Artículo 66. Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

... 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho...

Con fundamento en lo expuesto, se pregunta:

1. El Alcalde suspendido por el Gobernador, al amparo del artículo 18 literal a) de la Ley 78 de 1986, por haberse dictado en contra de aquel medida de aseguramiento distinta a la detención, conforme a los artículos 105, numeral 2 y 203 de la Ley 136 de 1994, y según el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, tiene el derecho al ejercicio de su cargo? De ser así, se requiere que el Gobernador revoque la suspensión, o el decaimiento del acto administrativo se produce por ministerio de la ley?

2. El Gobernador que, al amparo del artículo 18, literal a) de la Ley 78 de 1986, haya suspendido un alcalde por haberse dictado en contra del mismo medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria o preventiva que no está en firme, debe revocar la suspensión?

3. El Alcalde sujeto a medida de aseguramiento en firme consistente en detención preventiva o domiciliaria, que por cualquier beneficio esté físicamente libre, debe ser suspendido? Qué ha de entenderse por **privación efectiva** y en qué difiere del parágrafo del artículo 105 de la Ley 136 de 1994?

4. Es aplicable a los alcaldes la suspensión a que se refiere la Ley 80 de 1993 en su artículo 58, ordinal 4o.?

B) De la clase de acto administrativo que dicta el Presidente de la República o Gobernador del Departamento, suspendiendo un alcalde.

Desde la vigencia de la Ley 78 de 1986, artículo 18, literal a), y ahora con el artículo 105, numeral 2.) de la Ley 136 de 1994, ha surgido duda respecto a la clase o tipo de acto administrativo que dicta el Presidente de la República o Gobernador de Departamento, según sus competencias, cuando se da la causal de suspensión de un alcalde.

El Código Contencioso Administrativo en su artículo 49 dispone:

Artículo 49. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.

Hasta ahora se ha venido entendiendo que los actos de los Gobernadores, o en su caso del Presidente de la República, son actos de ejecución porque se dictan con base en una orden legal, sin que en los mismos se haga juicio de valor. Esto es, si se dicta medida de aseguramiento de las que trata el artículo 105, numeral 2 y parágrafo de la ley 136 de 1994, el Presidente de la República o el Gobernador deben proceder a suspender al alcalde.

Se pregunta:

1. Contra el acto del Presidente de la República o del Gobernador de Departamento, por medio del cual se suspende un alcalde incurso en la causal del artículo 105, numeral 2 y parágrafo de la Ley 136 de 1994, proceden recursos en la vía gubernativa? En caso afirmativo, el acto sólo puede cumplirse cuando se haya decidido el recurso?

2. Existe algún término dentro del cual deba procederse a la suspensión?

C) De los requisitos de los Alcaldes encargados.

Ley 136 de 1994

Artículo 106o. Designación. El Presidente de la República, en relación con el Distrito Capital de Santafé de Bogotá y los Gobernadores con respecto a los demás municipios, para los casos de falta absoluta o suspensión, designarán alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección.

Si la falta fuere temporal, excepto la suspensión, el alcalde encargará de sus funciones a uno de los secretarios o quien haga sus veces. Si no pudiere hacerlo, el secretario de gobierno o único del lugar asumirá las funciones mientras el titular se reintegra o encarga a uno de sus secretarios.

El Alcalde designado o encargado deberá adelantar su gestión de acuerdo con el programa del alcalde elegido por voto popular y quedará sujeto a la ley estatutaria del voto programático.

Decreto 2241 de 1986

Artículo 93. En la solicitud de inscripción debe hacerse mención expresa del partido o movimiento político por el cual se inscribe una candidatura o lista de candidatos, y los inscriptores harán ante el respectivo funcionario electoral, bajo

la gravedad de juramento, la declaración de que son afiliados a ese partido o movimiento político. Para los candidatos tal juramento se entiende prestado por su firma en el memorial de aceptación de la candidatura...

Constitución Política

Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo ese derecho se puede:

1. Elegir y ser elegido ...

Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional.

Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla.

El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

... 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;

Artículo 107. Se 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.

También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos.

Artículo 108. 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 elección anterior hayan obtenido por lo menos la misma cifra de votos o alcanzado representación en el Congreso de la República.

En ningún caso podrá la ley establecer exigencias con relación a la organización interna de los partidos y movimientos políticos, ni obligar la afiliación a ellos para participar en las elecciones.

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones sin requisito adicional alguno.

Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

Los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos también podrán inscribir candidatos.

La ley podrá establecer requisitos para garantizar la seriedad de las inscripciones de candidatos.

La personería de que trata el presente artículo quedará extinguida por no haber obtenido el número de votos mencionado o alcanzado representación como miembros del Congreso, en la elección anterior.

Se perderá también dicha personería cuando en los comicios electorales que se realicen en adelante no se obtengan por el partido o movimiento político a través de sus candidatos por lo menos 50.000 votos o no se alcance la representación en el Congreso de la República.

Ley 130 de 1994

Artículo 1. Derecho a constituir partidos y movimientos. Todos los colombianos tienen derecho a constituir partidos y movimientos políticos, a organizarlos y a desarrollarlos, a afiliarse y a retirarse de ellos libremente y a difundir sus ideas y programas.

Las organizaciones sociales tienen derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos.

Artículo 2. Definición. Los partidos son instituciones permanentes que reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación.

Los movimientos políticos son asociaciones de ciudadanos constituídos libremente para influir en la formación de la voluntad política o para participar en las elecciones.

Los partidos y movimientos políticos constituídos con el lleno de todos los requisitos constitucionales y legales tendrán personería jurídica.

Artículo 9. Designación y postulación de candidatos. Los partidos y movimientos políticos, con personería jurídica reconocida, podrán postular candidatos a cualquier cargo de elección popular sin requisito adicional alguno.

La inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

Las asociaciones de todo orden, que por decisión de su Asamblea General resuelvan constituirse en movimientos u organismos sociales, y los grupos de ciudadanos equivalentes al menos al veinte por ciento del resultado de dividir el

número de ciudadanos aptos para votar entre el número de puestos por proveer, también podrán postular candidatos. En ningún caso se exigirán más de cincuenta mil firmas para permitir la inscripción de un candidato.

Los candidatos no inscritos por partidos o por movimientos políticos deberán otorgar al momento de la inscripción una póliza de seriedad de la candidatura por la cuantía que fije el Consejo Nacional Electoral, la cual no podrá exceder el equivalente al uno por ciento del fondo que se constituya para financiar a los partidos y movimientos en el año correspondiente. Esta garantía se hará efectiva si el candidato o la lista de candidatos no obtiene al menos la votación requerida para tener derecho a la reposición de los gastos de la campaña de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Estos candidatos deberán presentar para su inscripción el número de firmas al que se refiere el inciso anterior.

Artículo 13. Financiación de las campañas. El Estado contribuirá a la financiación de las campañas electorales de los partidos y movimientos políticos, lo mismo que las de los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos que postulen candidatos de conformidad con las siguientes reglas: ...

Según el texto del artículo 106, inciso primero, de la ley 136 de 1994, el Presidente de la República o los Gobernadores, cuando se decrete la suspensión o se produzca falta absoluta del Alcalde, según sus competencias, deben designar Alcalde encargado **del mismo movimiento y filiación política del titular**, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección.

Según los textos constitucionales y legales transcritos, cualquier ciudadano puede aspirar a la Alcaldía, bien sea por un partido, por un movimiento político, por un grupo significativo de ciudadanos, por organizaciones o movimientos sociales, etc.

En tratándose de un partido o movimiento político con personería jurídica, el candidato debe acreditar aval del representante legal, o su delegado, de la respectiva entidad.

Visto lo anterior, se pregunta:

1. Para efectos de lo ordenado por el artículo 106 de la ley 136 de 1994, qué debe entenderse por movimiento y filiación política?

2. Tratándose de partidos y movimientos políticos, la terna debe ser presentada por el representante legal o por la persona en quien éste delegue?

3. En cuanto a los grupos significativos de ciudadanos, quién debe presentar la terna?

4. Corresponde a los representantes legales de las asociaciones con personería jurídica, que por decisión de su Asamblea General resuelvan constituirse en movimientos u organismos sociales, presentar la terna?

5. Si un partido y un movimiento, dos partidos o dos movimientos con personería jurídica por coalición presentan un candidato a Alcaldía, avalada la inscripción por los respectivos representantes legales, a quién corresponde presentar la terna? En este caso debe ser el alcalde encargado del mismo partido o movimiento que el del alcalde suspendido o de quién se predica la falta absoluta?".

Para el desarrollo de la consulta que antecede, la Sala considera pertinente, hacerlo en dos capítulos. En el primero se tratará lo relacionado con la suspensión de alcaldes, y en el segundo, lo referente a los alcaldes encargados y otros aspectos.

I.- De la suspensión de alcaldes.

1. Antecedentes Constitucionales.

1.1. El artículo 314 de la Constitución Política prescribe:

"En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos de tres años, no reelegibles para el período siguiente.

El Presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes.

La ley establecerá las sanciones a que hubiere lugar por el ejercicio indebido de esa atribución".

1.2. Por su parte, el artículo 123 define qué son servidores públicos:

"los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicio.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

El artículo 124 expresa que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

2. Antecedentes legislativos.

2.1. El 20 de diciembre de 1986 el Congreso expidió la ley 78 por la cual desarrolló parcialmente el acto legislativo No. 1 de 1986 sobre elección popular de alcaldes; en su artículo 18 dispuso:

"El Presidente de la República y los Gobernadores, Intendentes y Comisarios suspenderán a los Alcaldes, según sus respectivas competencias, en los siguientes casos:

a) Por haberse dictado por autoridad judicial competente medidas de aseguramiento, aunque proceda la excarcelación o cualquier otro beneficio.

b) A solicitud del Juez competente o del Procurador General de la Nación."

2.2. La ley 49 de 1987, en su artículo 7o. adicionó el literal b) anteriormente citado así:

"En este último evento cuando ésta determine dicha sanción para los alcaldes, de acuerdo con el régimen disciplinario previsto para ellos en la ley".

2.3. Posteriormente, el 2 de junio de 1994 el Congreso expidió la ley 136 "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

En este estatuto, se consagra la suspensión de los alcaldes en el artículo 105, en los siguientes términos:

"El Presidente de la República en el caso del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, y los Gobernadores en los demás casos, suspenderán a los Alcaldes en los siguientes eventos:

1. Por haberse dictado en su contra, resolución acusatoria debidamente ejecutoriada, con privación de la libertad, aunque se decrete en favor del alcalde la excarcelación.

2. Por haberse dictado en su contra, medida de aseguramiento, con privación efectiva de la libertad, siempre que esté debidamente ejecutoriada.

3. A solicitud de la Procuraduría General de la Nación o de autoridad jurisdiccional competente de acuerdo con el régimen disciplinario previsto en la ley.

4. Cuando la Procuraduría General de la Nación, solicite la suspensión provisional mientras adelante la investigación disciplinaria, de conformidad con la ley.

5. Cuando la Contraloría General de la República solicite la suspensión provisional de conformidad a lo establecido en el numeral 8 del artículo 268 de la Constitución Política. La Contraloría bajo su responsabilidad, podrá exigir verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

Parágrafo.- En caso de delitos culposos, solamente habrá lugar a la suspensión de que trata el numeral segundo cuando no se decrete en favor del alcalde la excarcelación u otro beneficio que implique la libertad física".

La ley 136 de 1994 mediante el artículo 203, derogó las disposiciones que le fueren contrarias.

2.4. Por su parte, el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal define como medidas de aseguramiento para los imputables "la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva", que se aplican cuando contra el sindicato resulte, por lo menos, un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso; pero si se trata de delitos de competencia de los jueces regionales, sólo procede como medida de aseguramiento la detención preventiva.

El mismo Código, en el artículo 399 dispone el trámite a seguir para el caso de detención de los servidores en los siguinetes términos:

> "El funcionario que conoce del proceso, en la misma resolución que niega la excarcelación, solicitará a la autoridad respectiva (Presidente o Gobernador), la suspensión del alcalde en el ejercicio del cargo, la cual deberá decretarse dentro de los cinco días. Si pasado ese término no se ha dispuesto la suspensión se procederá a la captura del sindicado".

2.5. El carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos se encuentra establecido en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, así:

> "Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados".

2.6. El artículo 66 *ibídem*, consagra la obligatoriedad de los actos administrativos, mientras no hayan sido anulados o suspendidos, y agrega que pierden su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

> "1) Por suspensión provisional.
>
> 2) Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
>
> 3) Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
>
> 4) Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
>
> 5) Cuando pierden su vigencia".

2.7. La ley de contratación de la Administración Pública -ley 80 de 1993-, en el capítulo V sobre responsabilidad contractual, prescribe en su artículo 58:

"De las sanciones. Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:

4. En los casos en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme o elevado pliego de cargos, la autoridad competente podrá, con el propósito de salvaguardar la recta administrativa pública, suspender provisionalmente al servidor público imputado o sindicado hasta por el término de duración de la medida de aseguramiento o de la investigación disciplinaria".

A su vez, el artículo 51 ibídem dispone que la responsabilidad del servidor público por acciones y omisiones en materia contractual es tanto disciplinaria como civil y penal; y en el artículo 2o. numeral 2, define como servidores públicos, las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata el mismo artículo, dentro de las cuales están comprendidos los municipios (art. 2o. num. 1o.).

3. Consideraciones de la Sala:

3.1. Los literales A y B de la consulta se refieren a la situación actual de un alcalde que, mediante Decreto, fue suspendido en sus funciones teniendo en cuenta lo ordenado por la ley 78 de 1986, estatuto que fue posteriormente modificado por la ley 136 de 1994.

En primer lugar la Sala considera que se impone fijar los alcances de lo que se entiende por pérdida de fuerza ejecutoria (art. 66 del C.C.A.) y lo que en la jurisprudencia y la doctrina se ha entendido como decaimiento del acto administrativo.

Para el efecto debe precisarse que los actos administrativos adquieren firmeza en los casos siguientes:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.

2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.

3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.

4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos (art.62 C.C.A.).

De tal manera que solamente cuando un acto quede en firme, la administración debe proceder a su cumplimiento; "la firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados" (art. 64 C.C.A.), la cual subsiste hasta cuando cesen los efectos del acto o este se extinga. Sin embargo, los actos administrativos pueden perder la fuerza de su ejecutoria en los casos expresamente previstos en el artículo 66 del C.C.A., entre los que se menciona el hecho de que desaparezcan circunstancias de hecho o de derecho que le sirvieron de fundamento (num. 2o. art.66

ibídem); esto es lo que se ha denominado también por la doctrina y la jurisprudencia como "decaimiento del acto administrativo".

3.2. Por vía de doctrina, el tratadista Enrique Sayaguez Laso, manfiesta al respecto que:

> "Los actos administrativos pueden perder su eficacia jurídica, independientemente de la voluntad de la administración, por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensables para su existencia. Así, el nombramiento de un funcionario, que requiere necesariamente la calidad de ciudadano, se vuelve ineficaz si posteriormente el interesado pierde la ciudadanía; en ese caso la administración se limita a constatar que se ha operado la desinvestidura.
>
> Estas situaciones han sido denominadas de distinto modo: abrogación del acto administrativo, decaimiento, etc. Creemos más acertado esta última.
>
> El decaimiento de un acto administrativo puede producirse en diversas circunstancias: a) desaparición de un presupuesto de hecho indispensable para la validez del acto; b) derogación de la regla legal en que se fundaba el acto, cuando dicha regla era condición indispensable para su vigencia; c) modificación del régimen legal, que constituye un impedimento para el mantenimiento del acto." (Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Talleres Gráficos. Montevideo, 1974, tomo I, págs. 527-528).

3.3. La doctrina transcrita es también aplicable en el dereho colombiano por cuanto en ésta se dispone igualmente que un acto administrativo cesa en sus efectos por el mero hecho del desaparecimiento de los fundamentos, en este caso de derecho, que le dieron origen; y es lo que equivale a su decaimiento. No obstante es menester tener en cuenta que en el caso de ser indispensable la expedición de un nuevo acto administrativo para adecuar la situación a una normalidad jurídica, no puede sostenerse que se configure el decaimiento del acto.

3.4. Para el caso en estudio se tiene lo siguiente:

La Ley 78 de 1986 establecía como una de las causales de suspensión de un alcalde, la de haberse dictado por autoridad judicial competente medidas de aseguramiento, aunque procediese la excarcelación o cualquier otro beneficio (art. 18 num. 1o.).

Es claro que la suspensión se operaba por el solo hecho de haberse dictado contra el alcalde medida de aseguramiento, esto es conminación, caución, prohibición de salir del país, detención domiciliaria o detención preventiva, sin importar que procediera la excarcelación o cualquier otra situación benéfica. Con la sola medida de aseguramiento operaba la suspensión del alcalde sindicado.

De otra parte, debe dejarse claro que la providencia judicial que contenía la medida de aseguramiento, para que surtiera los efectos previstos en la forma, no era necesario que estuviese ejecutoriada o en firme; bastaba que se hubiera dictado, para que se configurara la causal de suspensión.

3.5. La ley 136 de 1994, derogó dicha disposición por ser contraria a lo dispuesto en su artículo 105, y prescribió taxativamente los casos en que procede la suspensión del alcalde por parte del Presidente de la República tratándose del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, y de los gobernadores en los demás casos.

Expresó dicha norma en la causal pertinente: "Por haberse dictado en su contra, medida de aseguramiento, con privación efectiva de la libertad, siempre que esté debidamente ejecutoriada".

Según esta disposición para suspender un alcalde, se requiere que se haya dictado la medida de aseguramiento con **privación efectiva de la libertad**; y ella se encuentre ejecutoriada; se aprecia entonces como la causal, tal como se halla concebida en la legislación vigente es más favorable por cuanto exige la privación efectiva de la libertad y la ejecutoriedad del acto que la decrete.

Confrontadas las dos normas -artículo 18 literal a) Ley 78 de 1986 y 105 numeral 2o. de la Ley 136 de 1994- se aprecia, que en la primera procedía la suspensión aun cuando no hubiera privación efectiva de la libertad, y aun sin que la medida estuviere en firme, mientras que en la segunda, ella sólo opera cuando la medida además esté acompañada de la privación de la libertad y sólo una vez haya quedado ejecutoriada.

Por privación efectiva de la libertad se entiende la detención fisica, que implica la imposibilidad de desplazamiento fuera del establecimiento carcelario designado por la autoridad judicial competente.

Como el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal enuncia las medidas de aseguramiento y dentro de ellas se encuentra la detención preventiva, la Ley 136 de 1994 en su artículo 105 numeral 2o. hizo la claridad en cuanto que agregó que dicha detención implicará la privación física de la libertad.

3.6. El artículo 105 de la Ley 136 de 1994, dispone en su parágrafo que en caso de delitos culposos solamente habrá lugar a la suspensión, de que trata el numeral segundo, cuando no se decrete en favor del Alcalde la excarcelación u otro beneficio que implique la libertad física; lo cual resulta similar a lo dispuesto por la causal del numeral 2o. *ibídem,* solamente que, aplicable a delitos culposos.

Así, se tiene que el Alcalde suspendido con fundamento en la causal a) del artículo 18 de la Ley 78 de 1986, y aun bajo la vigencia de tal acto, le fuere modificado uno o unos de los elementos que configuraron la causal, tiene derecho a que se le levante la suspensión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 66, numeral 2o. del Código Contencioso Administrativo. Porque los actos administrativos son obligatorios mientras

no sean anulados o suspendidos, o no hayan sido objeto de revocatoria por causa de desaparecimiento de los fundamentos que le sirvieron de origen. Es necesario, entonces, que se expida un nuevo acto que así lo declare, proferido por el Presidente o por el Gobernador, según el caso.

Debe anotarse que, para el caso consultado, no tiene cabida la aplicación de la teoría del decaimiento del acto, por cuanto ésta opera por el ministerio de la ley y ocurre por vencimiento del plazo; y tampoco puede hablarse de revocatoria, puesto que ella obedece, según el artículo 69 del Código Contencioso, a causales determinadas en la ley. Por otra parte, es menester dejar claramente establecido que la causal mencionada en el numeral 2. del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo es de naturaleza eminentemente enunciativa.

3.7. El acto expedido por el Presidente de la República o los Gobernadores, por medio del cual se suspende un alcalde, es un acto administrativo que tiene su origen en la decisión judicial ejecutoriada sobre medida de aseguramiento con detención efectiva, lo que implica la decisión judicial con fundamento en la cual la autoridad administrativa deberá expedir, sin dilación alguna y facultado por la ley el acto de cumplimiento o ejecución el que, dada su naturaleza, no es susceptible de recurso por la vía gubernativa (art. 49 C.C.A.).

3.8. El artículo 58 de la Ley 80 de 1993 contempla la suspensión provisional a servidores públicos pero aplicable solamente al caso de acciones u omisiones derivadas de la actuación contractual, siempre y cuando se le hubiere proferido medida de aseguramiento y de consiguiente la detención preventiva. Para el efecto el artículo 2o. numeral 2. de dicho estatuto define como servidores públicos a quienes prestan sus servicios dependientes a organismos y entidades estatales entre los que menciona a los municipios, y como el artículo 58 numeral 4o. *ibídem,* hace referencia al servidor público, se concluye que la suspensión provisional contemplada como sanción es aplicable a los Alcaldes.

II.- De los Alcaldes encargados y otros aspectos.

1. Antecedentes.

1.1. Todos los nacionales colombianos gozan del derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos así como la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse; lo consagra el artículo 107 de la Constitución. Igualmente "garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos".

1.2. Según el artículo 108 de la Carta:

> "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 compruebe su existencia con no menos de cincuenta mil firmas, o

cuando en la elección anterior hayan obtenido por lo menos la misma cifra de votos o alcanzado representación en el Congreso de la República.

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.

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones sin requisito adicional alguno. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

Los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadano también podrán inscribir candidatos.

La ley podrá establecer requisitos para garantizar la seriedad de las inscripciones de candidatos."

1.3. Mediante la Ley 130 de 1994 se expidió el "Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos", y se dictaron normas sobre financiación de las campañas electorales y otras disposiciones.

En el artículo 1o. del citado estatuto legal se reconoce como un derecho de todos los colombianos, el de poder "constituir partidos y movimientos políticos, a organizarlos y a desarrollarlos, a afiliarse y retirarse de ellos libremente y a difundir sus ideas y programas".

Se agrega en la misma disposición que "las organizaciones sociales tienen derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos".

1.4. La misma Ley 130 de 1994, en el artículo 2o., define a los partidos políticos como:

"Instituciones permanentes que reflejan el pluralismo político, promueven y encausan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en la formación de la voluntad política o para participar en las elecciones.

Los movimientos políticos son asociaciones de ciudadanos constituídos libremente para influir en la formación de la voluntad política o para participar en elecciones. Los partidos y movimientos políticos constituídos con el lleno de todos los requisitos constitucionales y legales tendrán personería jurídica."

1.5. En un mismo orden de ideas el artículo 3o. de la Ley 130 de 1994 determina los requisitos que deben cumplirse para obtener el reconocimiento de la personería

jurídica por parte de los partidos y movimientos políticos, a los que la ley les permite postular candidatos a cualquier cargo de elección popular sin requisito adicional alguno, cuando gozan de personería jurídica reconocida (art. 9o.).

> "La inscripción -agrega la citada norma- deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue."

Ella misma explica:

> "Las asociaciones de todo orden, que por decisión de su Asamblea General resuelvan constituirse en movimientos u organismos sociales, y los grupos de ciudadanos equivalentes al menos al veinte por ciento del resultado de dividir el número de ciudadanos aptos para votar entre el número de puestos por proveer, también podrán postular candidatos. En ningún caso se exigirán más de cincuenta mil firmas para permitir la inscripción de un candidato".

1.6. El inciso segundo del artículo 7o. de la Ley 130 de 1994 impone a los "partidos y movimientos" la inscripción ante el Consejo Nacional Electoral "los nombres de las personas que, de acuerdo con sus estatutos, hayan sido designados para dirigirlos y para integrar sus órganos de gobierno y administración, dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha de la respectiva designación".

1.7. Por su parte el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 defiere en "El Presidente de la República, en relación con el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, y en los Gobernadores con respecto a los demás municipios para los casos de falta absoluta o suspensión", la designación de alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular. En tal eventualidad se debe constituir una terna que, para el efecto, presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección.

Agrega la norma:

> "Si la falta fuere temporal, excepto la suspensión, el alcade encargará de sus funciones a uno de los secretarios o a quien haga sus veces. Si no pudiere hacerlo el secretario de gobierno o único del lugar asumirá las funciones mientras el titular se reintegra o encarga a uno de sus secretarios.
>
> El Alcalde designado o encargado deberá adelantar su gestión de acuerdo con el programa del Alcalde elegido por voto popular y quedará sujeto a la ley estatutaria del voto programático".

2. Consideraciones de la Sala:

2.1. Conforme a las disposiciones constitucionales y legales anteriormente citadas, es procedente la designación del alcalde encargado en una de dos hipótesis: o en el caso de falta absoluta, o en el de falta temporal.

Cuando ocurre la falta absoluta, corresponde al Presidente de la República o al Gobernador del Departamento respectivo designar el alcalde encargado para que reemplace al titular, de terna que para el efecto presente el partido o movimiento al cual pertenecía en el momento de la elección.

Pero si la falta es temporal, por causa distinta a la suspensión, el titular deberá encargar de las funciones de la alcaldía a uno de sus secretarios o a quien haga sus veces; si la falta temporal tiene como causa la suspensión, deberá procederse de manera análoga a la falta absoluta, es decir, designar un alcalde que debe pertenecer al mismo partido o movimiento y ser de la misma filiación política del titular. En tal eventualidad el alcalde será escogido entre los integrantes de una terna que para el efecto, presente el partido o movimiento al cual pertenecía el titular en el momento de la elección.

2.2. Los movimientos políticos son asociaciones de ciudadanos constituídos libremente para influir en la formación de la voluntad política o para participar en elecciones; en el movimiento político pueden participar personas de distinta filiación política. Esto quiere decir que los movimientos políticos pueden estar conformados por ciudadanos que no tengan una filiación política definida, o vinculados a diversos partidos políticos constituídos y organizados conforme a la ley. En consecuencia, un nacional colombiano puede libremente pertenecer a un determinado partido político, que es comúnmente de permanencia prolongada en el tiempo; pero, por circunstancias de índole personal puede afiliarse a un determinado movimiento político que suele ser de carácter transitorio y al cual se afilien ciudadanos independientes o pertenecientes a diversos partidos políticos.

Se tiene entonces que la ley exige, para efectos de la designación de alcalde en los casos de falta absoluta o suspensión del mismo, dos requisitos: a) Que el encargado sea del mismo movimiento político del titular y b) Que el encargado sea de la misma filiación política del titular. Esto quiere decir que cuando el reemplazado pertenezca a un determinado partido político en el momento de la elección, sin que se haya afiliado a ningún movimiento político bastará que la terna de la cual se escoja el reemplazo se integre con personas del mismo partido político al cual pertenecían en el momento de la elección. Pero si el alcalde elegido pertenecía a un movimiento político conformado por personas de diversos partidos políticos, el reemplazo deberá reunir dos condiciones: que sea del mismo movimiento político al cual perteneció el alcalde en el momento de la elección y que a su vez sea integrante del mismo partido político del alcalde titular.

2.3. El representante legal de un partido o movimiento político con personería jurídica es la personal legalmente idónea para actuar en su nombre judicial o extrajudicialmente, siempre y cuando lo haga conforme a las normas legales vigentes y a los estatutos. Por lo tanto, el representante legal es la personal legalmente idónea para inscribir o avalar candidatos a las entidades públicas, entre otros los candidatos a alcaldes; esta función podrá delegarla en otra persona si los estatutos no se lo prohíben.

2.4. La libertad de afiliación a un partido o movimiento político constituye un derecho reconocido por la Constitución y la ley a todos los nacionales colombianos. La afiliación implica la exteriorización de la voluntad de un ciudadano colombiano mediante la cual se asocia a otros que conforman un partido o movimiento político. La Carta, así como las leyes que la desarrollan, no establece requisito ni formalismo alguno para afiliarse a un partido político. Bastará entonces la afirmación del afiliado o sus actuaciones políticas tendientes a elegir o participar en una elección en relación con una determinada colectividad política para que de ello se deduzca la afiliación política.

El hecho de integrar una lista o haber sido inscrito por una determinada agrupación política permite suponer su afiliación a ella.

Los estatutos de los partidos o movimientos políticos pueden establecer medios o requisitos de afiliación.

2.5. En desarrollo del derecho de asociación y ante la ausencia de limitaciones en el aspecto político prescritas por la Constitución o las leyes, los partidos y los movimientos políticos pueden asociarse con el fin de intervenir en la actividad política de la Nación.

2.6. El aval, según el Diccionario de la Real Academia Española, se presenta en "el evento en el que una persona responde de la conducta de otra, especialmente en materia política".

LA SALA RESPONDE:

A.- En cuanto a la viabilidad jurídica para reintegrar a los alcaldes suspendidos:

1. El Alcalde suspendido por el Gobernador, al amparo del artículo 18, literal a) de la Ley 78 de 1986, por haberse dictado en contra de aquel medida de aseguramiento distinta a la detención, tiene derecho a la expedición de un nuevo acto que deje sin efecto la suspensión.

2. Igualmente, el Gobernador que, al amparo del artículo 18 literal a) de la Ley 78 de 1986, haya suspendido un alcalde por haberse dictado en contra del mismo, medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria o preventiva que no está en firme, debe proceder a dejar sin efecto el acto de suspensión, con los mismos fundamentos de la respuesta anterior.

3. El Alcalde que de conformidad con el artículo 105 numeral 2o. de la Ley 136 de 1994 esté sujeto a medida de aseguramiento en firme consistente en detención preventiva o domiciliaria, y que por cualquier beneficio esté físicamente libre como en el caso de excarcelación, no puede ser suspendido, puesto que uno de los elementos de la suspensión es la "privación efectiva de la libertad".

Por privación efectiva de la libertad, se entiende la pérdida de la libertad física.

4. La suspensión provisional a que se refiere el artículo 58 numeral 4o. de la Ley 80 de 1993, es aplicable a los Alcaldes, por su calidad de servidor público, siempre que se den las condiciones allí prescritas, las cuales deben interpretarse en armonía con las causales de suspensión que trae la ley 136 de 1994.

B.- En relación con la naturaleza del acto administrativo, que dicta el Presidente de la República o Gobernador de Departamento, suspendiendo un Alcalde.

1. El acto de suspensión de un Alcalde incurso en la causal del artículo 105, numeral 2o. y parágrafo de la Ley 136 de 1994, es un acto de cumplimiento o ejecución y por tanto contra él no procede recurso alguno en la vía gubernativa.

2. La suspensión procede inmediatamente se dé la causal aplicable al caso respectivo (Ley 136 de 1994).

C.- En lo que respecta a los Alcaldes encargados.

1. Para efectos de lo ordenado por el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 se entiende por movimiento político la asociación de ciudadanos constituídos libremente para influir en la formación de la voluntad política o para participar en elecciones. Tales ciudadanos podrán pertenecer a un determinado partido político o a dos o más partidos o movimientos políticos.

2. La terna que se debe integrar para designar un alcalde encargado, es menester que sea presentada por el representante legal del partido o movimiento con personería jurídica al cual pertenezca el alcalde que va a ser reemplazado, o por la persona en quien el representante delegue la facultad para inscribir dicha terna.

3. En los grupos significativos de ciudadanos, la terna debe ser presentada por su representante legal conforme a sus estatutos si tales grupos tuvieren personería jurídica; en el caso de carecer de ésta, la presentación corresponderá a quien el respectivo grupo elija para el efecto.

4. Las asociaciones con personería jurídica que por decisión de su Asamblea General resuelvan constituirse en movimientos u organismos sociales, deberán presentar la terna respectiva valiéndose de sus representantes legales o de la persona o personas que estos designen.

5. Cuando un partido y un movimiento político, o dos partidos o dos movimientos políticos, con personería jurídica, forman una coalición, la terna de candidatos deberá ser avalada por los respectivos representantes legales, a quienes les corresponderá presentar dicha terna o por la persona o personas que estos designen.

Los escogidos deberán ser de la misma afiliación política de quien se pretende reemplazar y siempre y cuando hayan formado parte de la coalición cuando se realizó la elección del reemplazado.

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

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 3 de agosto de 1994.

FUERZAS MILITARES/ POLICIA NACIONAL/PERSONAL CIVIL/MESADA ADICIONAL/SUSTITUCION PENSIONAL/PENSION DE SOBREVIVIENTES/FONDO DE SOLIDARIDAD/APORTES-Improcedencia/ **EMPLEADO PUBLICO**-Inexistencia

Los beneficiarios de una pensión que se reconoció antes del 1o. de enero de 1988, que fue sustituída en su favor después de esa fecha y antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993, tienen derecho a percibir la mesada adicional prescrita en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, porque reemplazan al causante en sus derechos. La sustitución pensional fue reemplazada por la pensión de sobrevinientes conforme a las disposiciones pertinentes de la Ley 100 de 1993. Los miembros del grupo familiar que, en la fecha de la muerte del beneficiario de la pensión, no reúnan los requisitos para obtener el reconocimiento de pensión de sobrevivientes, tienen derecho a la indemnización sustitutiva prescrita por el artículo 49 de la Ley 100 de 1993. El personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que fue retirado del servicio antes del 1o. de enero de 1988, pero al cual se le reconocieron las pensiones o las asignaciones de retiro con posterioridad a esa fecha, no tienen derecho a la mesada adicional prescrita por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, porque el derecho a la pensión debió causarse y reconocerse antes del 1o. de enero de 1988. Los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el personal civil de estas instituciones que gocen de asignación de retiro o de cualquiera de las modalidades de pensión previstos en la ley, deberán cotizar para el régimen contributivo de salud, sin ningún recargo para el fondo de solidaridad y garantía; según

la ley, del valor de cada una de dichas cotizaciones la entidad respectiva deberá trasladar un punto al Fondo de Solidaridad y Garantía (artículos 204 y 280 de la Ley 100 de 1993). El personal pensionado no debe constribuír para el Fondo de Solidaridad porque esa obligación sólo existe para quienes ostentan el carácter de empleados públicos, privados o independientes (artículos 17 y 27 de la Ley 100 de 1993). Los pensionados tienen el correspondiente status y no son empleados públicos.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación No. 627. Consulta del Ministerio de Defensa Nacional relacionada con la Ley 100 de 1993 (artículos 142, 279 y 280).

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

1°) Con fundamento en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que consagra el pago de una mesada adicional para los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, así como para los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyos derechos se hubiese causado y reconocido antes del 1° de enero de 1988, se desea saber "si a su muerte los beneficiarios pueden acceder o no al reconocimiento de la aludida mesada, así la sustitución se efectúe mediante acto administrativo posterior".

2°) Asimismo se pregunta si el personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, retirado del servicio antes del 1° de enero de 1988, pero cuyos tres (3) meses de alta culminaron con posterioridad a dicha fecha, tiene derecho a la mesada adicional del mes de junio".

3°) Finalmente se interroga si "está obligado el personal en goce de asignación de retiro, pensión de invalidez, pensión de beneficiarios o sobrevivientes, pensión de jubilación y pensión de vejez, así como el que adquiera el derecho a una de tales prestaciones en el futuro, a constribuír con los aportes establecidos en el artículo 280 de la Ley 100 de 1993".

LA SALA CONSIDERA:

1°) El artículo 142 de la Ley 100 de 1993 prescribe que "Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988,

tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año a partir de 1994".

De manera que, según la transcrita norma, en principio, el derecho a la mensualidad adicional se reconoce a las personas que estuvieran disfrutando de pensión, **siempre que ésta se hubiera causado y reconocido antes del 1° de enero de 1988.**

2°) La sustitución pensional - actual "pensión de sobrevivientes" - es la prestación que tiene por objeto proteger a los familiares que dependen económicamente del pensionado o de quien tiene derecho a la pensión cuando sobrevenga su muerte. Consiste en la transmisión a su favor, por ministerio de la ley, del derecho a percibir la pensión. Respecto de las pensiones causadas y transmitidas con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, no se trata de una nueva prestación social, sino de la transferencia de un derecho preexistente, por causa de muerte, conforme a la ley. Las leyes 33 de 1973 y 12 de 1975 regulaban el régimen de la sustitución pensional.

En este orden de ideas, las sumas mensuales adicionales que reconoce a los pensionados o retirados el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, deben ser reconocidas a quienes los sustituyeran, siempre que se cumplan los dos requisitos concurrentes prescritos por la misma disposición: que el derecho se causara y fuera reconocido antes del 1° de enero de 1988, porque los sustitutos reemplazan al causante en todos sus derechos. Además se requiere que la transmisión se haya efectuado antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993.

La transmisión se produce *ipso facto,* por el hecho de la muerte, así el acto que reconozca su ocurrencia y deduzca las correspondientes consecuencias jurídicas sea de fecha posterior.

La "pensión de sobrevivientes", mencionada por el artículo 142 y regulada por los artículos 46, 48 y 73 a 78 de la Ley 100 de 1993, es una nueva prestación que reemplazará, cuando llegue el momento oportuno, la sustitución pensional; es decir, cuando puedan cumplirse los requisitos que para su conocimiento prescribe el artículo 46 de la mencionada ley, entre los cuales se cuenta el que consiste en que "el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere (sic) cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte".

Pero, desde la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, según el artículo 49 *ibídem,* "los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiesen reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente ley".

De este modo, como el artículo 142 *ibídem* determina que pueden gozar de la mesada adicional, entre otros, los pensionados "cuyas pensiones se hubieren causado

y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988", es claro que los sucesores o beneficiarios de la pensión del difunto, tienen derecho a la mesada adicional por ministerio de la ley.

3°) Los artículos 164 del Decreto 1211, 145 del Decreto 1212 y 106 de Decreto 1213 de 1990 prevén que el personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que adquiera la situación de retiro temporal o absoluto o con derecho a pensión de invalidez **continuará dado de alta en la respectiva Contaduría por tres meses, desde que se produzca el retiro, con el objeto de que se adelante el expediente correspondiente a sus prestaciones sociales.** Estas disposiciones agregan que durante dicho lapso los retirados percibirán la totalidad "de los haberes de actividad correspondientes a su cargo" y que ese "período se considerará como de servicio activo, para efectos prestacionales".

Los artículos 163, 144 y 104 de los Decretos citados 1211, 1212 y 1213 de 1990, respectivamente, determinan que los miembros en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional tendrán derecho a una asignación mensual de retiro a partir de la fecha en que terminen los tres meses de alta de que tratan los artículos 164, 145 y 106 de los citados Decretos, en armonía con los artículos 164, 145 y 106 *ibídem.*

De las mencionadas disposiciones se deduce que el derecho a la asignación de retiro o a la pensión respectiva de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional se causa cuando se reúnen los requisitos señalados en las disposiciones pertinentes, pero su reconocimiento se efectúa dentro de los tres meses siguientes al retiro efectivo de los mismos.

En consecuencia, como el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 preceptúa que se reconocerá una mesada adicional en el mes de junio de cada año, apartir de 1994, a los pensionados y retirados del servicio que tuvieran **causada y reconocida la pensión antes del 1° de enero de 1988**, se concluye que el personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que esté en esta situación tienen derecho a gozar de esa mesada adicional, que deberá ser cancelada con la del mes de junio de cada año, a partir de 1994; pero aquellos a quienes se les reconoció la pensión o la asignación de retiro después del 1° de enero de 1988, a pesar de que se hayan retirado antes de esta fecha, no tienen derecho a este beneficio por expresa y clara disposición legal.

4°) El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dispone que el régimen del sistema integral de seguridad social regulado por esta ley no es aplicable, entre otros servidores públicos, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los empleados civiles de estas instituciones; en cuanto a éstos, con excepción de quienes se vinculen a partir de la fecha de vigencia de la mencionada ley.

5°) El artículo 280 *ibídem* preceptúa que la contribución para los fondos de solidaridad para pensiones y salud deberá efectuarse en todos los casos y sin excepciones, de suerte que las instituciones y las personas "que por cualquier

circunstancia gocen de excepciones totales o parciales" previstos en la ley, deben hacer sus aportes a partir del 1° de abril de 1994. Disposición aplicable a los miembros y empleados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que, en consecuencia, deben efectuar las correspondientes cotizaciones.

6°) Los pensionados, como no son empleados, no están obligados a cotizar para el sistema general de pensiones ni tampoco para el fondo de solidad de pensiones. Respecto de la cotización de salud, los pensionados deben aportar entre el 8% y el 12% o en la cuantía que determine el Consejo Nacional de Seguridad Social, suma de la cual deberá girarse un punto para el fondo de solidaridad y garantía de salud (artículo 280).

Con fundamento en las anteriores consideraciones, LA SALA RESPONDE:

1°) Los beneficiarios de una pensión que se reconoció antes del 1° de enero de 1988, que fue sustituída en su favor después de esa fecha y antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993, tienen derecho a percibir la mesada adicional prescrita en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, porque reemplazan al causante en sus derechos.

Después de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 el régimen legal sobre este aspecto es el siguiente:

1) La sustitución pensional fue reemplazada por la pensión de sobrevivientes conforme a las disposiciones pertinentes de la Ley 100 de 1993.

2) Los miembros del grupo familiar que, en la fecha de la muerte del beneficiario de la pensión, no reúnan los requisitos para obtener el reconocimiento de pensión de sobrevivientes, tienen derecho a la indemnización sustitutiva prescrita por el artículo 49 de la Ley 100 de 1993.

2°) El personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que fue retirado del servicio antes del 1° de enero de 1988, pero al cual se le reconocieron las pensiones o las asignaciones de retiro con posterioridad a esa fecha, no tienen derecho a la mesada adicional prescrita por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, porque el derecho a la pensión debió causarse y reconocerse antes del 1° de enero de 1988.

3°) Los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el personal civil de estas instituciones que gocen de asignación de retiro o de cualquiera de las modalidades de pensión previstos en la ley, deberán cotizar para el régimen contributivo de salud, sin ningún recargo para el fondo de solidaridad y garantía; según la ley, del valor de cada una de dichas cotizaciones la entidad respectiva deberá trasladar un punto al fondo de solidaridad y garantía (artículos 204 y 280 de la Ley 100 de 1993).

4°) El personal pensionado no debe contribuír para el fondo de solidaridad porque esa obligación sólo existe para quienes ostentan el carácter de empleados públicos, privados o independientes (artículos 17 y 27 de la Ley 100 de 1993). Los pensionados tienen el correspondiente status y no son empleados públicos.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Defensa Nacional 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.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 11 de agosto de 1994.

CAPRECOM-Facultades/REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA-Administración/COTIZACION POR PENSION/ SERVICIO PUBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL/SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

Toda afiliación al régimen solidario de prima con prestación definida a partir del 1o. de abril de 1994, debe realizarse mediante vinculación al Instituto de Seguros Sociales; sin embargo, la ley mantiene vigente la afiliación de quienes antes del 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público. Por tanto, estas entidades son también administradoras, pero a condición de que subsistan y de que sus afiliados lo fueren antes del 1o. de abril de 1994. Y siendo ello así, estas mismas entidades, deberán seguir recibiendo cotizaciones por pensiones e igualmente reconociendo y pagando las que se causen, según las condiciones y régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios. La Caja de Previsión Social de Comunicaciones -Caprecom-, mientras subsista, es administradora del régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de quienes tuviesen el carácter de afiliados antes del 1o. de abril de 1994. En consecuencia, Caprecom debe recibir las cotizaciones por pensiones de los mismos afiliados antes mencionados. Caprecom debe seguir reconociendo y pagando las pensiones socio-económicas que se causen, de conformidad con el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y según los términos y condiciones dispuestos en la misma ley y en sus Decretos reglamentarios.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco.*

Referencia: Radicación No. 628. Consulta sobre la aplicación de la ley 100 de 1993 y Decreto reglamentario 692 de 1994, respecto de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -Caprecom-.

El señor Ministro de Comunicaciones, doctor William Jaramillo Gómez, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

"ANTECEDENTES:

La Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM-, es una Entidad de Previsión Social, adscrita al Ministerio de Comunicaciones, que de conformidad con el Decreto 1240 de 1989 tiene como finalidad el reconocimiento y pago de las prestaciones socio-económicas de los afiliados al sector de las comunicaciones y la prestación de los servicios médico-asistenciales, a los mismos empleados y sus beneficiarios.

Para efecto de lo anterior, el Decreto 1240/89 distingue los siguientes rangos de afiliados:

1. Forzosos: Son los empleados oficiales que prestan sus servicios en el Ministerio de Comunicaciones y en las entidades adscritas y vinculadas a éste y los pensionados.

2. Facultativo: Las personas que se vinculan como supernumerarias de las anteriores entidades y según convenio.

3. Beneficiarios: Los cónyuges o compañeros permanentes, hijos y los padres.

Conforme a lo anterior y de acuerdo al artículo 52 de la ley 100 de 1993, que nos permitimos transcribir:

"**Entidades administradoras.** El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.

Las Cajas, Fondos o entidades de seguridad social existentes del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta ley.

Las Cajas, Fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidos a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria".

En concordancia con el artículo 34 del Decreto reglamentario 692 del 29 de marzo de 1994 y que reza:

"El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales, **así como por las Cajas, fondos o entidades de previsión social** existentes al 31 de marzo de 1994, mientras subsistan. En todo caso, las entidades diferentes al I.S.S., sólo podrán administrar el régimen respecto de las personas que a 31 de marzo fueren sus afiliados, no pudiendo en consecuencia recibir nuevos afiliados a partir de dicha fecha".

Así mismo, el artículo 36 del Decreto en referencia, en su parágrafo 3o. afirma:

"**El ISS y las Cajas, fondos o entidades de previsión, mientras no se ordene su liquidación, deberán llevar cuentas separadas de las reservas para la pensión de vejez y de los gastos de administración.** En relación con los riesgos originados en las pensiones de invalidez y sobrevivientes, podrá contratar los seguros respectivos o asumir el riesgo directamente. En uno u otro caso, deberá llevar cuentas separadas de las primas canceladas o de las reservas que debe constituir si asume el riesgo, según las normas que establezca la Superintendencia Bancaria".

Las negrillas y subrayados son nuestros.

Según las disposiciones citadas, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones ha considerado que, en tanto el Gobierno, a través de su facultad reglamentaria, no disponga otra cosa, deberá recibir las cotizaciones por pensiones de quienes eran afiliados a 31 de marzo de 1994.

Por el contrario, toda persona que se vincule al Ministerio de Comunicaciones y entidades adscritas o vinculadas a éste, con posterioridad a dicha fecha, deberán elegir entre el régimen de prima media con prestación definida, pasando sus aportes al ISS, o al de ahorro individual con solidaridad, trasladando sus aportes a la sociedad administradora de fondos de pensiones de su elección.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, SE CONSULTA:

1. CAPRECOM es administradora del régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados a 31 de marzo de 1994, mientras subsista?.

2. De acuerdo a lo anterior, debe CAPRECOM recibir las cotizaciones por pensiones en tanto subsista?.

3. Respecto de esos mismos afiliados, debe y puede seguir reconociendo y pagando las pensiones socio-económicas que se causen y que se encuentren dentro del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993?".

I.- Antecedentes constitucionales.

Los principios rectores sobre la seguridad social se encuentran establecidos en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política. Ordena el primero de ellos:

> "La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.
>
> El Estado con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.
>
> La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.
>
> No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.
>
> La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante".

A renglón seguido, dispone el artículo 49*ibídem*, que la salud es un servicio público que se garantiza a todas las personas y que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar su prestación, así como establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.

II.- Antecedentes legislativos.

1. Según el artículo 2o. del Decreto 1240 de 1989, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -Caprecom-, es un "establecimiento público, del orden nacional, adscrito al Ministerio de Comunicaciones, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente".

El mismo Decreto, considera a dicha entidad como de "seguridad social que tiene por objeto la prestación de servicios médico-asistenciales y el reconocimiento de prestaciones socio-económicas de los empleados oficiales del Ministerio de Comunicaciones y de sus entidades adscritas o vinculadas". (artículo 3o.).

Los afiliados a Caprecom, según el artículo 45 *ibídem*, se denominan: Forzosos, facultativos y beneficiarios.

Son afiliados forzosos los empleados oficiales que prestan sus servicios en el Ministerio de Comunicaciones o en las entidades adscritas o vinculadas a él, y los pensionados del sector de comunicaciones.

Los afiliados facultativos son las personas vinculadas como supernumerarios en las entidades del sector y según convenio entre Caprecom y los organismos respectivos.

Afiliados beneficiarios son los cónyuges, compañero o compañera permanente, el padre, la madre y los hijos de los afiliados forzosos.

2. El 23 de diciembre de 1993 el Congreso expidió la Ley 100 mediante la cual se creó el sistema de seguridad social integral. Se estipuló en su artículo 151 que el Sistema General de Pensiones, previsto en dicho estatuto legal, "regirá a partir del 1o. de abril de 1994".

2.1. Para efectos de la consulta, es menester tener en cuenta que el Sistema General de Pensiones, consagrado en la citada Ley 100, estableció dos regímenes específicos: el solidario de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad.

El primero de ellos es, según el artículo 31 de la Ley 100 citada,

> "aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definida". Las características de este régimen de prima media con prestación definida, según el artículo 32 del mismo estatuto legal son:
>
> "a) Es un régimen solidario de prestación definida.
>
> b) Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley.
>
> c) El Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados". (artículo 32 Ley 100 de 1993).

El régimen de ahorro individual con solidaridad es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados.

Este régimen está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad, y propende por la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados (artículo 59).

2.2. Por su parte, el artículo 52 *ibídem*, determina que el régimen solidario de prima media con prestación definida "será administrado por el Instituto de Seguros Sociales".

Y en el inciso 2o. dispone: "Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus

afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta ley".

También dispone la norma que las entidades últimamente mencionadas estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria.

2.3. La Ley 100 de 1993 también prevé sobre la situación de los servidores públicos según se encuentren o no afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social. Es así como en el artículo 128 se establece:

> "Los servidores públicos afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen al que deseen afiliarse, lo cual deberá informarse al empleador por escrito.
>
> Los servidores públicos que se acojan al régimen de prestación definida, podrán continuar afiliados a la Caja, fondo o entidad de previsión a la cual se hallen vinculados. Estas entidades administrarán los recursos y pagarán las pensiones conforme a las disposiciones de dicho ré- gimen previstas en la presente ley.
>
> Los servidores públicos que no estén afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, aquellos que se hallen afiliados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, y los que ingresen por primera vez a la fuerza laboral, en caso de que seleccionen el régimen de prestación definida, se afiliarán al Instituto de Seguros Sociales".

2.4. La vigencia del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, como se afirmó, fue determinada por el artículo 151 de la misma, a partir del 1o. de abril de 1994.

3. El 29 de marzo de 1994, el Gobierno dictó el Decreto 692, reglamentario de la ley 100 de 1993, el cual en el artículo 4o. aclara que:

> "Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están.
>
> Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.
>
> Los servidores públicos que al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación defnida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales".

En su artículo 34 se dispuso:

"El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales, así como por las cajas, fondos o entidades de previsión social existentes al 31 de marzo de 1994, mientras subsistan. En todo caso las entidades diferentes al ISS sólo podrán administrar el régimen respecto de las personas que a 31 de marzo fueren sus afiliados, no pudiendo en consecuencia recibir nuevos afiliados a partir de dicha fecha".

De otra parte, el artículo 36 establece que:

"El ISS y las cajas, fondos o entidades de previsión mientras no se ordene su liquidación, deberán llevar cuentas separadas de las reservas para la pensión de vejez y de los gastos de administración..."

III.- Consideraciones de la Sala:

1. Entidades administradoras en el Sistema General de Pensiones.

Este tipo de entidades tiene a su cargo garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que determine la Ley 100 de 1993.

El Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad; la administración de cada uno de ellos corresponde a las entidades que determine la ley.

1.1. El sistema de prima media con prestación definida, corresponde administrarlo al Instituto de Seguros Sociales; o a otras cajas, fondos o entidades de seguridad social, del sector público, respecto de las personas que estuvieren afiliadas antes del 1o. de abril de 1994, siempre y cuando estas entidades no se liquiden; de lo contrario la administración pasará a aquél.

Lo anterior significa que la entidad que lidera la administración del régimen solidario de prima media con prestación definida es el Instituto de Seguros Sociales; y es por ello que deben vincularse forzosamente a él, quienes a partir del 1o. de abril de 1994 seleccionen dicho régimen, o quienes ya estuvieren vinculados al mismo, o quienes a esa misma fecha no estuvieren vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social oficial y elijan dicho régimen, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordenare.

En resumen, toda afiliación al régimen solidario de prima con prestación definida a partir del 1o. de abril de 1994, debe realizarse mediante vinculación al Instituto de Seguros Sociales; sin embargo, la ley mantiene vigente la afiliación de quienes antes del 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público. Por tanto, estas entidades son también administradoras, pero a condición de que subsistan y de que sus afiliados lo fueren antes del 1o. de abril de 1994.

Y siendo ello así, estas mismas entidades, deberán seguir recibiendo cotizaciones por pensiones e igualmente reconociendo y pagando las que se causen, según las condiciones y régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios.

1.2. El régimen de ahorro individual con solidaridad debe ser administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones, o por sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías que, además de cumplir con los requisitos establecidos para las sociedades de servicios financieros según la Ley 45 de 1990, deberán constituirse bajo la forma de sociedades anónimas, o de instituciones solidarias, disponer de un patrimonio igual al 50% exigido para la constitución de una corporación financiera, ofrecer públicamente acciones desde el momento de su constitución y por el término de 5 años, para que las entidades del sector social solidario como cooperativas, organizaciones sindicales, fondos mutuos de inversión, bancos cooperativos, fondos de empleados y cajas de compensación familiar puedan llegar a suscribir mínimo el 20% de su capital social. Igualmente, debe disponer de capacidad humana y técnica especializada suficiente, para cumplir con la administración de los recursos que le fueren confiados (artículo 91 Ley 100 de 1993).

2. Caprecom como entidad administradora.

2.1. Como consecuencia de lo expuesto, resulta que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, como entidad de seguridad social de los empleados oficiales del Ministerio de Comunicaciones y de sus entidades adscritas o vinculadas, mientras exista legalmente, es administradora del régimen solidario de prima media con prestación definida, pero solamente respecto de quienes se hubieren afiliado antes del 1o. de abril de 1994. Su condición de entidad administradora, la faculta para operar según las disposiciones que regulan el régimen solidario de prima media con prestación definida.

2.2. Ahora bien, los servidores que se vinculen al Ministerio de Comunicaciones y sus entidades adscritas o vinculadas con posterioridad al 31 de marzo de 1994 deben elegir entre uno de los dos regímenes anteriormente citados; pero si optan por el solidario de prima media con prestación definida, quedan vinculados al Instituto de Seguros Sociales. Para quienes elijan el de ahorro individual con solidaridad, deberán vincularse a la sociedad administradora de fondos de pensiones, o a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías, según la elección individual.

La Sala responde:

1. La Caja de Previsión Social de Comunicaciones -Caprecom-, mientras subsista, es administradora del régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de quienes tuviesen el carácter de afiliados antes del 1o. de abril de 1994.

2. En consecuencia, Caprecom debe recibir las cotizaciones por pensiones de los mismos afiliados antes mencionados.

3. Caprecom debe seguir reconociendo y pagando las pensiones socio-económicas que se causen, de conformidad con el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y según los términos y condiciones dispuestos en la misma ley y en sus Decretos reglamentarios.

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

Transcríbase, en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Comunicaciones y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas,* Ausente con excusa, *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

PERSONAL DOCENTE TEMPORAL/ENTIDADES TERRITORIALES/ PLANTA DE PERSONAL-Vinculación/**CARRERA DOCENTE**

El parágrafo 1o. del artículo 6o. de la Ley 60 de 1993, al disponer que los docentes temporales vinculados por contrato, antes del 30 de junio de 1993 y que tienen requisitos de la carrera docente, serán vinculados gradualmente a las plantas de personal educativo de las entidades territoriales, se refirió a aquellos docentes que no estuvieron incorporados a dichas plantas pero que prestaban sus servicios mediante contrato. El legislador al señalar la vinculación de docentes temporales, se refirió a toda aquella relación por contrato que surgiere de la necesidad de cumplir con la carga académica en cada entidad territorial, mediante la cual se ha obtenido los servicios educativos de personas que no han sido nombradas porque la planta de personal no lo permite, es decir, que el espíritu de la ley es amplio y sólo pretende que cuando se provean los nuevos cargos, se haga con docentes que no estaban en las plantas de personal respectivas, pero que prestaban sus servicios en la correspondiente entidad territorial, mediante una relación contractual y llenen los requisitos de la carrera docente.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá, D. C., julio doce (12) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Radicación 621. Consulta relacionada con los docentes temporales de que tratan las leyes 60 de 1993, art. 6o., parágrafo 1o. y 115 de 1994, art. 105, parágrafo 3o.

La señora Ministra de Educación Nacional formula a la Sala la siguiente consulta previas las textuales consideraciones:

ANTECEDENTES:

El parágrafo 1o. del art. 6o. de la Ley 60 de 1993 ordena lo siguiente:

Los docentes temporales vinculados por contrato a los servicios educativos estatales antes del 30 de junio de 1993 que llenen los requisitos de la carrera docente, serán incorporados a las plantas de personal de los departamentos o de los distritos en donde vienen prestando sus servicios, previo estudio de necesidades y ampliación de la planta de personal. La vinculación de los docentes temporales será gradual, pero deberá efectuarse de conformidad con un plan de incorporación que será proporcional al incremento anual del situado fiscal y con recursos propios de las entidades territoriales y en un término no mayor a los seis años contados a partir de la publicación de la presente Ley".

El parágrafo tercero del artículo 105 de la Ley 115 de 1994, expresa:

"A los docentes vinculados por contrato contemplados en el parágrafo primero del artículo 6o. de la Ley 60 de 1993 se les seguirá contratando sucesivamente para el período académico siguiente hasta cuando puedan ser vinculados a la planta de personal docente territorial".

La Oficina Jurídica de este Ministerio ha conceptuado que los docentes temporales vinculados por contrato a que se refieren los parágrafos primero del artículo 6o. de la Ley 60 de 1993 y tercero del artículo 105 de la ley 115 de 1994, son aquellos que en virtud de una relación contractual con el departamento o el municipio prestaban sus servicios como docentes de tiempo completo antes del 30 de junio de 1993 en escuelas o colegios oficiales, excluyéndose de esta denominación otros docentes que prestan sus servicios eventuales o parciales, mediante vinculaciones precarias como las originadas en órdenes de trabajo o las órdenes verbales; tampoco incluye a los catedráticos por tratarse de una prestación docente parcial y eventual, con características diferentes a las que cumplen los docentes de tiempo completo y, por lo mismo, no constituye un cargo si nos atenemos a la definición que de hora cátedra hace el artículo 2o. del Decreto 52 de 1994; además, porque la vinculación de los catedráticos no es por contrato, sino mediante un acto vinculante (Decreto o resolución), cuya duración y estabilidad se rige por lo estatuído en los artículos 3o., inciso 2o. y 11 de este mismo Decreto.

Pero también existe la interpretación de que aun las vinculaciones precarias aludidas, originadas o no en actos administrativos escritos generan contratos fictos y que aunque la contratación de docentes es de régimen especial aquellas eventualidades excepcionales que se hayan configurado por fuera de dicho

régimen deben acogerse al régimen general de los empleados oficiales (hoy servidores públicos) salvo que no se trate de contrato de trabajo y la contratación sea de otra naturaleza, como los contratos de prestación de servicios, por ejemplo.

Como la calificación que introdujo la norma ha generado confusiones en la identificación de los "docentes temporales vinculados por contrato" se

CONSULTA:

Qué quiso decir la Ley cuando habló de docentes temporales vinculados por contrato?

El espíritu de la Ley entiende el contrato *"Lato Sensu"*? o por el contrario *"Estricto Sensu"?.*

LA SALA CONSIDERA:

1.) Conforme a lo que han prescrito los Decretos 524 de 1975, 2277 de 1979, 74 de 1990, 34 de 1993 y 52 de 1994, los docentes oficiales pueden vincularse en dos formas: a) de tiempo completo, asignados a una o varias jornadas y b) por hora-cátedra, cuando la vinculación se hace para suplir la carga académica que no pueda ser asumida por los profesores de tiempo completo.

Específicamente, el artículo 2o. del Decreto 52 de 1994, establece que "la hora cátedra es la hora clase dictada por un profesional no vinculado..., como profesor de tiempo completo". La disposición agrega que "**corresponde a un servicio prestado para suplir la carga académica** que no pueda ser asumida por docentes de tiempo completo en educación básica secundaria, media vocacional o media diversificada y técnica profesional" (subraya la Sala).

El artículo 4o. *ibídem* prevé que "la vinculación por el sistema de hora cátedra en los institutos docentes de educación básica secundaria y media vocacional, podrá autorizarse hasta por dieciseis (16) horas semanales para cada profesional vinculado".

2.) De las anteriores disposiciones se deduce que los profesores de tiempo completo pertenecen a la planta docente respectiva. Por necesidades del servicio, es posible vincular a la misma profesores de cátedra cuando el personal de tiempo completo no es suficiente para cumplir con la carga académica exigida.

En ambos casos la vinculación se hace por acto administrativo y los docentes se encuentran en situación estatutaria.

3.) A este respecto, el inciso segundo, del artículo 6o. de la Ley 60 de 1993, señala que "ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, **ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad**

territorial adopte"... (subraya la Sala); el desconocimiento de esta norma constituye causal de mala conducta.

Sin embargo, al margen del estatuto docente existe un personal vinculado por contrato, cuya situación por lo mismo es irregular. Con el objeto de corregir esta anomalía, el artículo 6o., parágrafo 1o., de la Ley 60 de 1993 dispone textualmente:

"Los docentes temporales vinculados por contrato a los servicios educativos estatales antes del 30 de junio de 1993 que llenen los requisitos de la carrera docente, serán incorporados a las plantas de personal de los departamentos o de los distritos en donde vienen prestando sus servicios..." (subraya la Sala). Esta vinculación será gradual una vez establecidas las necesidades de ampliar la planta y de que se hagan efectivos los traslados presupuestales del situado fiscal.

4.) Además, el parágrafo tercero, del artículo 105 de la Ley 115 de 1994, dispone que "a los docentes vinculados por contrato contemplados en el parágrafo primero del artículo 6o. de la Ley 60 de 1993, se les seguirá contratando sucesivamente para el período académico siguiente, hasta cuando puedan ser vinculados a la planta de personal docente territorial".

5.) Las normas transcritas, prevén la posibilidad de ampliar las plantas de personal docente en las entidades territoriales, para lo cual ordenan su incorporación a ellas, de los docentes que antes del **30 de junio de 1993** venían siendo vinculados por contrato y, que además, **llenen los requisitos de la carrera docente.** Tales disposiciones no hicieron distinción en las formas de celebración de los contratos, sólo se limitaron a referirse a la **vinculación temporal por contrato**, porque como es obvio, el legislador consideró que la administración está cumpliendo con las formalidades exigidas en la ley.

Con fundamento en lo expuesto, LA SALA RESPONDE:

1.- El parágrafo primero, del artículo 6o. de la ley 60 de 1993, al disponer que **los docentes temporales vinculados por contrato**, antes del 30 de junio de 1993 y que lleven los requisitos de la carrera docente, serán vinculados gradualmente a las plantas de personal educativo de las entidades territoriales, se refirió a aquellas docentes que no estuvieran incorporadas a dichas plantas pero que prestaban sus servicios mediante contrato.

2.- El legislador al señalar la vinculación de docentes temporales, se refirió **a toda aquella relación por contrato** que surgiere de la necesidad de cumplir con la carga académica en cada entidad territorial, mediante la cual se ha obtenido los servicios educativos de personas que no han sido nombradas porque la planta de personal no lo permite, es decir, **que el espíritu de la ley es amplio** y sólo pretende que cuando se provean los nuevos cargos, se haga con docentes que no estaban en las plantas de personal respectivas, pero que prestaban sus servicios en la correspondiente entidad territorial, mediante una relación contractual y llenen los requisitos de la carrera docente.

Transcríbase en sendas copias auténticas a la señora Ministra de Educación Nacional y al 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.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 17 de agosto de 1994.

ALCALDE-Inhabilidades/ **CONTRATO/ RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY/ INSCRIPCION DE CANDIDATURA**

El art. 95-5 de la Ley 136 de 1994 derogó el artículo 2o. del artículo 1o. de la Ley 49 de 1987, que establecía que dicha inhabilidad se producía si se celebraba algún contrato con organismo público dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección del alcalde. Como la mencionada Ley 136 de 1994 entró a regir desde el 2 de junio, fecha de su promulgación, debe tenerse en cuenta para las próximas inscripciones de candidatos a las elecciones de alcaldes. De este modo los efectos de la ley son retrospectivos. De manera que quienes pretendan ser elegidos para estos cargos no pueden estar incursos en las inhabilidades establecidas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994. Concretamente, en relación con la prohibición señalada en el numeral 5o. *ibídem,* está inhabilitado para inscribirse quien durante el año anterior a su inscripción haya celebrado contrato con entidades públicas, si el contrato debe ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. La ley es general y no hace ninguna salvedad.

ALCALDE ENCARGADO-Inhabilidades/**EMPLEADO PUBLICO/AUTORIDAD CIVIL/AUTORIDAD POLITICA/AUTORIDAD MILITAR/JURISDICCION/DIRECCION ADMINISTRATIVA**

El artículo 95 de la Ley 136 de 1994 dispone que "no podrá ser elegido ni designado alcalde" quien, entre otras circunstancias, "haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar o cargos de dirección administrativa en el respectivo municipio, dentro de los seis (6) meses

anteriores a la elección" (numeral 3o.), ni quien "se haya desempeñado como empleado o trabajador oficial dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección" (numeral 4o.). Por consiguiente, no es posible que el Presidente y los gobernadores encarguen como alcaldes a las personas que, en el momento de la designación, tengan la calidad de funcionarios.

PERSONERO/VACANCIA ABSOLUTA/PERSONERO-Reelección

De manera que, según el art. 172 inciso 1o. de la Ley 136 de 1994, los personeros tendrán un período de 3 años que se inicia el 1o. de marzo y termina el último día de febrero y no podrán ser inmediatamente reelegidos para ese mismo empleo en el mismo municipio. Pero la disposición debe entenderse, para que esté en armonía con el art. 40 numeral 7o. de la C.N., que garantiza el derecho de todos los ciudadanos a acceder a las funciones públicas, en el sentido de considerar que la prohibición de la reelección que prescribe sólo se refiere al período inmediatamente siguiente, sin perjuicio de la posibilidad de volver a elegir personero, en otra oportunidad, a la persona que actualmente desempeñe el cargo. La prohibición dispuesta por el art. 172, inciso 1o. aparte final, de la Ley 136/94, entendida en la forma indicada, no tiene ninguna excepción, porque la misma ley no la prescribe. Además, las inhabilidades y prohibiciones establecidas por la ley 136/94 para ocupar cargos en los municipios sólo se refieren a un determinado municipio y no pueden hacerse extensivas a los demás municipios porque, a este respecto, cada uno constituye una entidad territorial diferente. De manera que la persona que ocupe el cargo de personero en un municipio puede ser elegido en el mismo cargo, en otro municipio, para el período legal subsiguiente.

CONCEJO/HONORARIOS/PAGO/TRASLADO PRESUPUESTAL/PRESUPUESTO DE GASTOS/ACUERDO MUNICIPAL/ALCALDE-Facultades

Si la Ley 136 de 1994, que entró en vigencia a partir del 2 de junio pasado, determinó el pago de honorarios para los concejales a partir del 1o. de enero del corriente año, cuando los presupuestos de ingresos y gastos de los municipios ya habían sido aprobados para la vigencia fiscal de 1994 y, por lo mismo, el rubro correspondiente a dicho gasto no fue incluído en esos presupuestos, el pago de honorarios no puede realizarse hasta cuando se expidan los acuerdos respectivos que decreten el gasto y se incluyan las partidas en los correspondientes presupuestos, previo el cumplimiento de todas las formalidades prescritas por la Constitución y la ley, como la presentación de los proyectos de acuerdo por parte de los alcaldes a la consideración de los concejos municipales para su expedición.

De manera que la autorización para efectuar traslados presupuestales, que la Ley 136 de 1994 otorga a los concejos, con el fin de pagar los honorarios de los concejales, está sujeta al cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales que regulan la materia.

CONCEJAL/HONORARIOS-Causación/**SESION PLENARIA**-Asistencia/ **JUNTA DIRECTIVA**-Facultades/**ACTO PARTICULAR/RECURSO DE REPOSICION/JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA**

La Ley 136 de 1994 contempla los honorarios para los concejales como un incentivo por su labor, sin que constituyan remuneración de carácter laboral, y señaló límites para su reconocimiento. Sin embargo, para que los concejales tengan derecho al pago completo de los honorarios que se les reconozcan es necesario que asistan a las sesiones plenarias para las cuales sean convocados; en caso contrario, deberá reconocérseles una suma proporcional a las sesiones plenarias a que efectivamente asistieron en cada mes, sin perjuicio de la correspondiente sanción disciplinaria a que haya lugar. El derecho al pago de honorarios corresponde a la asistencia de los concejales a las sesiones plenaria de los períodos ordinarios o extraordinarios. Si los concejales asisten a tiempo a una convocatoria para una sesión plenaria del concejo, realizada de conformidad con el reglamento interno, pero ella no se lleva cabo por razones ajenas a su voluntad, de este hecho debe dejarse la correspondiente constancia por el secretario del concejo según el mismo reglamento (art. 31 *ibídem*). En este caso, la asistencia debidamente comprobada se computará para el pago de los honorarios. El artículo 65, inciso final, de la Ley 136 de 1994 autoriza a las mesas directivas de los concejos para reconocer los honorarios de los concejales, siempre que sean ordenados previamente por acuerdos y estén incluidos en los correspondientes presupuestos de gastos. Los pertinentes actos administrativos, una vez en firme, son obligatorios sin más requisitos y no requieren, por los mismos, autorización del alcalde. Contra los actos administrativos particulares, que pongan término a un proceso o actuación administrativa, proceden los recursos de la vía gubernativa, prescritos por los artículos 50 y siguientes del C.C.A., salvo excepción legal. En este orden de ideas, contra las resoluciones relativas al reconocimiento de honorarios a los concejales, expedidas por las mesas directivas de los concejos, sólo procede el recurso de reposición -porque no tienen superior jerárquico-, que los interesados pueden o no interponer. Previa decisión del recurso de reposición o directamente pueden impugnar esos actos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Además, cualquier persona, mediante acción pública o popular de nulidad, puede controvertir esos actos, en interés público o general, ante la misma jurisdicción.

**/MUNICIPIO/CONTRALORIA DEPARTAMEN-
MUNICIPAL/CONTRALORIA DISTRITAL/SU-**

**lo 272 de la C.N. la Ley 136 de 1994 prescribe,
iguientes, lo relativo al control fiscal de los
, autoriza a los municipios de las categorías
tercera para crear y organizar sus propias
en los municipios en los cuales no haya
ejercerá la contraloría departamental
de 1994 contempla la posibilidad de
distritales; además, que la supresión
ra de los requisitos, prescritos por
que un distrito o municipio sea
primera, segunda o tercera, con la
neación departamental y/o municipal
ley 136 de 1994).**

onsulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C.,
de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Con. *: Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referen.. Radicación No. 631. Consulta del Ministerio de Gobierno en relación con la Ley 136 de 1994.

El señor Ministro de Gobierno formula a la Sala varios interrogantes sobre la aplicación de la Ley 136 de 1994, relativa a la organización y al funcionamiento de los municipios.

A) Se pregunta:

> "¿Cuál es el término que debe contarse como inhabilidad para que los contratistas puedan aspirar válidamente a ser elegidos alcaldes; los tres (3) meses anteriores a la elección de que trataba la ley 78 de 1986, en su artículo 5°, literal e), reformado por el artículo 1°, parágrafo 2°, de la Ley 49 de 1987 o el año anterior a la inscripción a que se refiere el artículo 95.5 de la ley 136 de 1994?"

En relación con este aspecto, el artículo 95, numeral 5° de la ley 136 de 1994 dispone que no podrá ser elegido ni designado alcalde quien "... durante **el año anterior a su inscripción** haya intervenido en la **celebración de contratos** con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros, o **haya celebrado** por sí, por interpuesta persona, **contrato de cualquier naturaleza** con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo **que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio**" (Subraya la Sala).

El art. 95-5 de la Ley 136/94 derogó el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 49 de 1987, que establecía que dicha inhabilidad se producía si se celebraba algún contrato con un organismo público dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección de alcalde.

En efecto, la prohibición del artículo 95, numeral 5° de la Ley 136 de 1994, es más rigurosa, por motivos de moralidad pública, porque se extiende hasta un año anterior a la fecha de la inscripción de la candidatura para ser elegido alcalde.

Como la mencionada Ley 136 de 1994 entró a regir desde el 2 de junio, fecha de su promulgación, debe tenerse en cuenta para las próximas inscripciones de candidatos a las elecciones de alcaldes. De este modo los efectos de la ley son retrospectivos. De manera que quienes pretendan ser elegidos para estos cargos no pueden estar incursos en las inhabilidades establecidas en el artículo 95 de la ley 136 de 1994. Concretamente, en relación con la prohibición señalada en el numeral 5° *ibídem,* está inhabilitado para inscribirse quien durante el año anterior a su inscripción haya celebrado contrato con entidades públicas, si el contrato debe ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. La ley es general y no hace ninguna salvedad.

B) Se pregunta:

"¿Le es legalmente posible al Presidente de la República y a los gobernadores, en los casos en que la ley los faculta, encargar como alcaldes a personas que, en el momento de su designación, tengan la calidad de funcionarios, con o sin autoridad civil o política, jurisdicción o dirección administrativa?"

El artículo 95 de la ley 136 de 1994 dispone que "no podrá ser elegido**ni designado** alcalde" quien, entre otras circunstancias, "haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar o cargos de dirección administrativa en el respectivo municipio, dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección" (numeral 3°), ni quien "se haya desempeñado como empleado o trabajador oficial dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección" (numeral 4°).

Por consiguiente, no es posible que el Presidente y los gobernadores encarguen como alcaldes a las personas que, en el momento de la designación, tengan la calidad de funcionarios.

C) Se pregunta:

"¿Cómo debe interpretarse el artículo 172 de la Ley 136 de 1994:

"1. Qué quiénes en la actualidad ocupan el cargo de personero en un determinado municipio, no pueden ser reelegidos para el período inmediatamente siguiente en esa misma localidad?

"2. Qué no podrán volver a ser elegidos como Personeros en ese mismo municipio, en ningún tiempo?

"3. ¿Qué quién ha sido elegido personero en cualquier municipio, no puede volver a ser elegido como tal en ningún municipio?".

El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 prescribe que "a partir de 1995, los personeros serán elegidos por el Concejo Municipal o distrital, en los primeros diez (10) días del mes de enero del año respectivo, para períodos de tres años, que se iniciarán el primero de marzo y concluirán el último día de febrero".

El artículo 172, inciso 1°, de la Ley 136 de 1994, en relación con las faltas absolutas del personero, dispone que "el concejo procederá en forma inmediata a realizar una nueva elección, para el período restante" y que "**en ningún caso habrá reelección de los personeros**" (La Sala subraya).

De manera que, según el art. 172, inciso 1°, Ley 136/94, los personeros tendrán un período de 3 años que se inicia el 1° de marzo y termina el última día de febrero y no podrán ser inmediatamente reelegidos para ese mismo empleo en el mismo municipio. Pero la disposición debe entenderse, para que esté en armonía con el artículo 40, numeral 7°, de la Constitución, que garantiza el derecho de todos los ciudadanos a acceder a las funciones públicas, en el sentido de considerar que la prohibición de la reelección que prescribe sólo se refiere al período inmediatamente siguiente, sin perjuicio de la posibilidad de volver a elegir personero, en otra oportunidad, a la persona que actualmente desempeñe el cargo.

La prohibición dispuesta por el artículo 172, inciso 1°, aparte final, de la Ley 136 de 1994, entendida en la forma indicada, no tiene ninguna excepción, porque la misma ley no la prescribe.

Además, las inhabilidades y prohibiciones establecidas por la Ley 136 de 1994 para ocupar cargos en los municipios sólo se refieren a un determinado municipio y no pueden hacerse extensivas a los demás municipios porque, a este respecto, cada uno constituye una entidad territorial diferente. De manera que la persona que ocupe el cargo de personero en un municipio puede ser elegido en el mismo cargo, en otro municipio, para el período legal subsiguiente.

D) Se pregunta:

"Con base en la autorización conferida por el artículo 66 de la Ley 136 de 1994, ¿pueden los concejos ordenar traslados presupuestales para la atención de los honorarios de los concejales, sin la iniciativa del alcalde?"

En relación con este aspecto se considera:

El artículo 65 de la ley 136 de 1994 contempla el reconocimiento de honorarios para los miembros de los concejos municipales por "la asistencia comprobada a las sesiones plenarias", los cuales "se causarán a partir del 1° de enero de 1994" (parágrafo *ibídem*).

El artículo 66, inciso final, de la Ley 136 de 1994 autoriza a los concejos "para proceder a los traslados presupuestales que sean necesarios" para el pago de los

honorarios. Tales reconocimientos se harán con cargo a los respectivos presupuestos municipales o distritales, "siempre que no se afecten partidas destinadas a inversión... o las de destinación específica según la ley". De manera que "sólo podrán afectar gastos de funcionamiento de la administración que correspondan a sus recursos ordinarios" (inciso 3° *ibídem*).

Según los numerales 4 y 5 del artículo 313 de la Constitución, corresponde a los concejos "votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales" y "dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos".

Además, en armonía con las disposiciones mencionadas, el artículo 315, numeral 5°, de la Carta prescribe que el alcalde deberá "presentar oportunamente al concejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime conveniente para la buena marcha del municipio".

El artículo 345 de la Constitución complementariamente dispone que no se podrá hacer ninguna erogación con cargo al tesoro que no se halle incluída en el presupuesto de gastos y el inciso 2° *ibídem* agrega que "tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto".

En consonancia con las disposiciones anteriores, el artículo 346, inciso 2°, de la Constitución dispone que "en la ley de apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público..." Esta disposición es aplicable a las entidades territoriales, como los municipios, de conformidad con lo prescrito por el artículo 353 de la Carta Política.

De todo lo expuesto se concluye que, si la Ley 136 de 1994, que entró en vigencia a partir del 2 de junio pasado, determinó el pago de honorarios para los concejales a partir del 1° de enero del corriente año, cuando los presupuestos de ingresos y gastos de los municipios ya habían sido aprobados para la vigencia fiscal de 1994 y, por lo mismo, el rubro correspondiente a dicho gasto no fue incluído en esos presupuestos, el pago de honorarios no puede realizarse hasta cuando se expidan los acuerdos respectivos que decreten el gasto y se incluyan las partidas en los correspondientes presupuestos, previo el cumplimiento de todas las formalidades prescritas por la Constitución y la ley, como la presentación de los proyectos de acuerdo por parte de los alcaldes a la consideración de los concejos municipales para su expedición.

De manera que la autorización para efectuar traslados presupuestales, que la ley 136 de 1994 otorga a los concejos, con el fin de pagar los honorarios de los concejales,

está sujeta al cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales que regulan la materia.

E) Se pregunta:

"1. Para que el Concejal tenga derecho al pago completo de honorarios, basta con que asista a un número de sesiones igual al tope establecido en la ley (20 ó 12), o es menester que asista a todas? De ser necesario que asista a todas ellas, si asiste a un número inferior, se le debe pagar solamente la parte proporcional?

"2. Hay derecho al pago de honorarios por la asistencia de los concejales a las reuniones de las distintas comisiones? O solamente este derecho se predica de las sesiones plenarias, sean ordinarias o extraordinarias?

"3. Si se lleva o no se lleva a cabo la sesión plenaria, tiene derecho el concejal a sus honorarios, cuando se compruebe que asistió a la convocatoria?. Esa prueba debe ser la contestación al llamado de lista?

"4. Existe alguna limitante constitucional, legal o jurisprudencial, para que el concejo prorrogue voluntariamente el período legal de sesiones ordinarias?

"5. Por tratarse de la ordenación de un gasto, las resoluciones que expidan las mesas directivas de los concejos, reconociendo honorarios, deben ser autorizadas por el Alcalde o por el funcionario en quien este delegue, siguiendo principios análogos a los del artículo 91 de la Ley 38 de 1989?

"6. Para efectos de reglamentar el último inciso del artículo 65 de la ley 136 de 1994, en el parecer de esa H. Sala, cuál debe ser la autoridad competente, encargada de decidir las impugnaciones que se presenten contra las resoluciones por medio de las cuales se reconocen los honorarios de los concejales?"

Sobre estas preguntas la Sala responde:

El artículo 23 de la ley 136 de 1994 regula lo atinente al período de sesiones de los concejos municipales y dispone que en los municipios de categorías especiales, primera y segunda, estas corporaciones sesionarán ordinariamente 6 meses al año, una vez por día.

Los concejos de los municipios clasificados en las demás categorías, según el literal c), inciso segundo, *ibídem,* sesionarán 4 meses al año, máximo una vez por día.

El parágrafo 1° *ibídem* prevé que cada período ordinario "**podrá ser prorrogado por diez días calendario más, a voluntad del respectivo concejo**" (La Sala subraya)

El artículo 66 de la ley 136 de 1994 dispone que los honorarios a que tienen derecho los concejales se causarán durante los períodos de sesiones ordinarias y extraordinarias; además establece el monto de los honorarios y el límite mensual de los mismos, a saber:

a) En los municipios de categorías especiales, primera y segunda, los honorarios serán equivalentes al 100% del salario básico diario que corresponde al alcalde respectivo, por cada sesión, hasta por veinte sesiones al mes; b) en los municipios de categoría tercera y cuarta, los honorarios de cada sesión, equivaldrán al 75% del salario diario del alcalde y hasta por 12 sesiones al mes; c) en los municipios de las demás categorías el valor de cada una de las sesiones equivaldrá al 50% del salario diario del alcalde y hasta por 12 sesiones al mes.

El reconocimiento de honorarios se hará por la asistencia comprobada a las sesiones plenarias, no a las comisiones (Artículo 65, inciso 1°, Ley 136 de 1994).

El literal c), artículo 61, de la Ley 136 de 1994 prescribe que, entre otras, es causal de destitución de los concejales "la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a más de tres (3) sesiones plenarias en las que se voten proyectos de acuerdo, sin que medie fuerza mayor".

Además, el artículo 65, inciso final, *ibídem,* prevé que "las resoluciones que para efecto de reconocimiento de honorarios expidan las mesas directivas de los concejos, serán publicadas en los medios oficiales de información existentes en el respectivo municipio o distrito. Cualquier ciudadano o persona podrá impugnarlas, y la autoridad competente,según el caso, dará curso a la investigación".

Con fundamento en las normas examinadas se concluye:

1) La Ley 136 de 1994 contempla los honorarios para los concejales como un incentivo por su labor, sin que constituyan remuneración de carácter laboral, y señaló límites para su reconocimiento. Sin embargo, para que los concejales tengan derecho al pago completo de los honorarios que se les reconozcan es necesario que asistan a las sesiones plenarias para las cuales sean convocados; en caso contrario, deberá reconocérseles una suma proporcional a las sesiones plenarias a que efectivamente asistieron en cada mes, sin perjuicio de la correspondiente sanción disciplinaria a que haya lugar.

2) El derecho al pago de honorarios corresponde a la asistencia de los concejales a las sesiones plenarias de los períodos ordinarios o extraordinarios.

3) Si los concejales asisten a tiempo a una convocatoria para una sesión plenaria del concejo, realizada de conformidad con el reglamento interno, pero ella no se lleva a cabo por razones ajenas a su voluntad, de este hecho debe dejarse la correspondiente constancia por el secretario del concejo, según el mismo reglamento (artículo 31 *ibídem*). En este caso, la asistencia debidamente comprobada se computará para el pago de los honorarios.

4) El artículo 23, parágrafo 1°, de la Ley 136 de 1994 dispone claramente que cada período ordinario "podrá ser prorrogado por diez días calendario más, a voluntad del respectivo concejo"; de manera que la prórroga de las sesiones de los concejos municipales está autorizada por la ley hasta por diez días.

5) El artículo 65, inciso final, de la Ley 136 de 1994 autoriza a las mesas directivas de los concejos para reconocer los honorarios de los concejales, siempre que sean ordenados previamente por acuerdos y estén incluídos en los correspondientes presupuestos de gastos. Los pertinentes actos administrativos, una vez en firme, son obligatorios sin más requisitos y no requieren, por lo mismo, autorización del alcalde.

6) Según los principios generales, contra los actos administrativos particulares, que pongan término a un proceso o actuación administrativa, proceden los recursos de la vía gubernativa, prescritos por los artículos 50 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, salvo excepción legal. En este orden de ideas, contra las resoluciones relativas al reconocimiento de honorarios a los concejales, expedidas por las mesas directivas de los concejos, sólo procede el recurso de reposición -porque no tienen superior jerárquico-, que los interesados pueden o no interponer. Previa decisión del recurso de reposición o directamente pueden impugnar estos actos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, conforme las disposiciones del Código Contencioso Administrativo. Además, cualquier persona, mediante acción pública o popular de nulidad, puede controvertir esos actos, en interés público o general, ante la misma jurisdicción.

F) Se pregunta:

> "Por autoridad de los artículos 35, 37, 158 y 170, en concordancia (sic) el penúltimo de los artículos citados con el 272 de la Constitución, por derecho propio están convocados los Concejos distintos a los correspodientes a las categorías especial, primera y segunda, para reunirse en el mes de enero del primer año del período constitucional, previo señalamiento de fecha con tres (3) días de anticipación, con el objeto exclusivo de elegir contralor, personero y secretario?; o tal atribución debe ser ejercida en el primer período de sesiones ordinarias, esto es en el mes de febrero y entender que, por disposición del segundo inciso del artículo35 de la Ley 136 de 1994, la elección se entiende hecha solamente para el resto del período en curso?

Sobre este aspecto la Sala observa:

Según el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 los concejos municipales deben instalarse en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales. Además dispone que, en el mismo lapso, deben elegir "los funcionarios de su competencia".

De este modo, sin hacer ninguna distinción sobre las categorías de los municipios, el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 dispone que **"elegirán" a los funcionarios de su competencia en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación..."** (la Sala subraya).

Sin embargo, la Sala considera que el gobierno, mediante Decreto reglamentario del artículo 35 de la ley 136 de 1994, debe unificar la fecha de instalación de los concejos municipales.

De manera que el artículo 35 de la ley 136 de 1994 dispone que todos los concejos municipales deben elegir a los empleados de su competencia en los primeros días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos.

El período de sesiones de los concejos municipales, regulados por el artículo 23 de la ley 136 de 1994, difiere según se trate de municipios clasificados en las categorías especial, primera y segunda, o de los municipios correspondientes a las demás categorías. El primer período de sesiones ordinarias de los concejos de las tres primeras categorías de municipios, según el artículo 123, literal a), de la ley 136 de 1994, está comprendido entre el 2 de enero siguiente a la elección y el último día de febrero del mismo año, mientras que los períodos de las sesiones ordinarias de los concejos de las demás categorías, de acuerdo con el último inciso del mismo artículo, será el de los meses de febrero, mayo, agosto y noviembre de cada año.

G) Se pregunta:

> "Para la supresión de las contralorías de los municipios de categorías distintas a la especial, primera, segunda y tercera, creadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 136 de 1994, con fundamento en el artículo 305 del Código de Régimen Municipal, qué parámetros legales deben seguirse, las bases económicas del citado código, o de los de la Ley 136 de 1994?"

A este respecto la Constitución dispone, en el artículo 272, que corresponde a la ley regular lo concerniente a las contralorías municipales.

En desarrollo del art. 272 de la C.N. la Ley 136 de1994 prescribe, en los artículos 154 y siguientes, lo relativo al control fiscal de los municipios. En este sentido, autoriza a los municipios de las categorías especial, primera, segunda y tercera para crear y organizar sus propias contralorías y determina que, en los municipios en los cuales no haya contraloría, el control fiscal lo ejercerá la contraloría departamental respectiva (artículo 156).

El artículo 156 de la Ley 136 de 1994, tras disponer que los municipios de categorías especial, primera, segunda y tercera podrán crear contralorías, en el inciso 2° prescribe que "las contralorías distritales y municipales sólo podrán suprimirse cuando desaparezcan los requisitos exigidos para su creación, previa demostración de la incapacidad económica refrendada por la oficina de planeación departamental y/o municipal según la ley".

De la transcrita disposición se deduce, por un parte, que la ley 136 de 1994 contempla la posibilidad de suprimir contralorías municipales y distritales; además, que la supresión procede cuando desaparezca cualquiera de los requisitos, prescritos por

el artículo 6° de la misma ley, para que un distrito o municipio sea clasificado en las categorías especial, primera, segunda o tercera, con la refrendación de "la oficina de planeación departamental y/o municipal según la ley" (artículo 156 de la ley 136 de 1994).

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 la Sala (con aclaración parcial de voto); *Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 30 de agosto de 1994.

CONCEJAL/HONORARIOS-Causación/**SESION PLENARIA**-Participación/ **QUORUM DELIBERATORIO/PAGO**-Improcedencia/(Aclaración de Voto)

> **Los concejales de las entidades territoriales tienen derecho al reconocimiento de honorarios por la asistencia comprobada a las sesiones plenarias; como todas las sesiones, y de consiguiente las plenarias no se pueden abrir sino con un *quórum* deliberativo equivalente a la cuarta parte de sus miembros, mal puede hablarse de sesión propiamente tal, cuando no se integre dicho *quórum*. De consiguiente, la causa de los honorarios se origina en participar en las sesiones plenarias y no la simple asistencia de reuniones de concejales que no llegan a conformar el *quórum* necesario para abrir la sesión.**

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Aclaración de Voto.- Santafé de Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Radicación No. 631.

Me aparto del sentir mayoritario de la Sala en cuanto al punto 5o. pregunta No. 3, en la que se expresa:

> "Si se lleva o no se lleva a cabo la sesión plenaria, tiene derecho el concejal a sus honorarios, cuando se compruebe que asistió a la convocatoria? Esa prueba debe ser la contestación al llamado de lista?"

Conforme al artículo 65 inciso 1o. de la ley 136 de 1994 se dispone:

"Los miembros de los concejos de las entidades territoriales tienen derecho a reconocimiento de honorarios por la asistencia comprobada a las sesiones plenarias".

En un mismo orden de ideas el artículo 29 de la ley citada consagra:

"Los concejos y sus comisiones no podrán abrir sesiones y deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros. Las decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un *quórum* diferente".

Lo anterior quiere decir que los concejales de las entidades territoriales tienen derecho al reconocimiento de honorarios por la asistencia **comprobada a las sesiones plenarias**; como todas las sesiones, y de consiguiente las plenarias no se pueden abrir sino con un *quórum* deliberativo equivalente a la cuarta parte de sus miembros, mal puede hablarse de sesión propiamente tal, cuando no se integre dicho *quórum*.

De consiguiente, la causa de los honorarios se origina en participar en las sesiones plenarias y no la simple asistencia a reuniones de concejales que no llegan a conformar el *quórum* necesario para abrir la sesión.

Cuando no hay participación en una sesión no se causa el derecho a honorarios.

Roberto Suárez Franco.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 30 de agosto de 1994.

EJERCICIO DE PROFESIONES/TECNICO ELECTRICISTA-Modalidades/ **TECNICO ELECTRICISTA**-Matrícula/**MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA/CONSEJO NACIONAL DE TECNICOS ELECTRICISTAS**-Naturaleza Jurídica/**CONSEJO NACIONAL DE TECNICOS ELECTRICISTAS**-Funciones

El ejercicio a nivel medio y como Auxiliar, son modalidades de la profesión de técnico electricista, las cuales deben ser entendidas dentro del marco de realización de actividades y labores prescrito en los artículos 1o. y 2o. del Decreto 991 de 1991, respectivamente. Su ejercicio requiere de la expedición de la respectiva matrícula, conforme a la clasificación por actividades que hace el artículo 3o. del mencionado Decreto. El ejercicio de la profesión de ingeniero electricista, reglamentada por la Ley 51 de 1986, difiere del ejercicio de la profesión de técnico electricista, reglamentada por la Ley 19 de 1990. La primera es una profesión universitaria y la segunda una profesión intermedia, cada una de las cuales dispone que su específico campo de acción, determinado por la legislación colombiana; empero, existen actividades que, sin ser comunes a ambas, tienen el carácter de complementarias. El Consejo Nacional de Técnicos Electricistas, por el ámbito de su concepción jurídica, es un cuerpo administrativo de creación legal, adscrito como unidad al Ministerio de Minas y Energía, en el cual participan personas ajenas a dicho Ministerio y que cumple funciones de asesoría, coordinación y vigilancia en relación con el ejercicio de la profesión de técnico electricista. El alcance de la competencia asignada al Ministerio de Minas y Energía con respecto a la matrícula de

técnico electricista, consiste en la capacidad de decidir acerca de su expedición, luego de que el Consejo Nacional de Técnicos Electricistas haya estudiado la documentación presentada por el interesado, constatado el cumplimiento de los requisitos y propuesto la respectiva clasificación.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Radicación No. 622. Consulta sobre el ejercicio de la profesión de técnico electricista y la naturaleza jurídica y funciones del Consejo Nacional de Técnicos Electricistas.

El señor Ministro de Minas y Energía, tras considerar que se han suscitado dudas, tanto en las autoridades administrativas como en los gremios profesionales interesados, sobre la interpretación de las normas legales que rigen la actividad de los técnicos electricistas, formula a la Sala la siguiente consulta:

a. A la luz de las disposiciones legales vigentes en materia de educación media y superior y de ejercicio de las profesiones qué debe entenderse por ejercicio a nivel medio o como auxiliar de los ingenieros electricistas o similares, de la profesión de técnico electricista reglamentada por la Ley 19 de 1990?

b. El ejercicio de la profesión de técnico electricista a nivel medio o como auxiliar de ingenieros, en los términos que se definan en la respuesta al punto precedente, difiere del ejercicio de la profesión de ingeniero electricista reglamentada por la Ley 51 de 1986, existen actividades comunes en el ejercicio de ambas profesiones o son complementarias pero sin que haya actividades comunes a ambas?

c) De conformidad con las normas constitucionales y legales vigentes, cuál sería la naturaleza jurídica del Consejo Nacional de Técnicos Electricistas contemplado en el artículo 4o. de la Ley 19 de 1990, puede considerarse un organismo consultivo del Ministerio de Minas y Energía o sería un grupo de trabajo interdisciplinario creado para ejecutar las labores de trámite que le encomendó la mencionada norma legal?

d) A la luz de las disposiciones de la Ley 19 de 1990 y del Decreto 991 de 1991, así como de las normas constitucionales y legales sobre ejercicio de la función pública y responsabilidad de los servidores públicos, cuál sería el alcance de la competencia asignada al Ministerio de Minas y Energía para expedir las matrículas de técnicos electricistas frente a las atribuciones conferidas por la citada Ley 19 en materia de matrículas al Consejo Nacional de Técnicos Electricistas?

LA SALA CONSIDERA:

1. **Antecedentes de derecho.** En desarrollo del precepto constitucional según el cual, la ley podrá exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones y, además, dictar normas para que las autoridades competentes inspeccionen y vigilen el ejercicio de las profesiones (art. 25), el Congreso de la República expidió la Ley 19 de 1990, reglamentaria de la profesión de técnico electricista en todo el territorio nacional.

De conformidad con dicha ley, Técnico Electricista es la persona que se ocupa en el estudio y las aplicaciones de la electricidad y ejerce **a nivel medio** o como **auxiliar** de los ingenieros electricistas o similares. Respecto del alcance que debe darse a esta última expresión, la Ley 51 de 1986, reglamentaria del ejercicio de la Ingeniería Eléctrica y de la Ingeniería Mecánica, considera como sus profesiones afines la Ingeniería Nuclear, la Ingeniería Metalúrgica, la Ingeniería de Telecomunicaciones, la Ingeniería Aeronáutica, la Ingeniería Electrónica, la Ingeniería Electromecánica y la Ingeniería Naval.

Así que el ejercicio de la profesión de técnico electricista admite dos modalidades, que son: el nivel medio, el cual comprende las actividades enumeradas en los cuatro literales del artículo 1o. del Decreto reglamentario 991 de 1991, todas ellas relacionadas fundamentalmente con la colaboración en la fabricación de máquinas eléctricas, equipo eléctrico y accesorios electrónicos, el estudio y análisis para la construcción y montaje de instalaciones de producción, distribución y consumo de energía eléctrica, la vigilancia de los auxiliares e instaladores respectivos y la inspección y comprobación del trabajo terminado; y el de auxiliar de ingenieros electricistas o similares, comprometido con la realización de actividades y labores relacionadas con el estudio y las aplicaciones de la electricidad que requieren la dirección, coordinación y responsabilidad de ingenieros electricistas.

Para el ejercicio de la profesión de técnico electricista es menester obtener la respectiva **matrícula,** expedida por el Ministerio de Minas y Energía, para lo cual el interesado deberá presentar su solicitud por intermedio del Consejo Nacional de Técnicos Electricistas o de los Comités Seccionales (Ley 19 de 1990, art. 3o.).

El Consejo Nacional, que funciona en Bogotá, tiene las siguientes atribuciones: a. Tramitar todo lo referente a la expedición de matrículas de los técnicos electricistas; b. Conceptuar sobre la cancelación o suspensión de las mismas; c. Velar porque se cumplan en el territorio nacional las disposiciones sobre el ejercicio de la profesión de técnico electricista y denunciar ante las autoridades competentes las violaciones que se presenten; d. Expedir su reglamento interno; y e. Elegir sus directivas (ib. art. 4o.). Y está integrado así: un representante del Ministerio de Minas y Energía; un representante de las escuelas o institutos técnicos de electricidad; dos técnicos electricistas, profesionales y matriculados, nombrados por la Federación que los agrupa y un ingeniero electricista titulado y matriculado designado por la Asociación Colombiana del ramo (ib., art. 5o.).

Los Comités Seccionales de los departamentos, a su vez, tendrán "las mismas calidades" del Consejo Nacional y, en su órbita, "las mismas funciones" (ib., 5o. parágrafo y 7o.).

Por lo demás, la matrícula expedida por el Miniterio de Minas y Energía dará derecho al técnico electricista egresado de institución oficialmente reconocida (y también, por excepción de la ley, a las personas que sin haber cursado los estudios académicos, hayan ejercido con reconocida idoneidad y ética la actividad correspondiente por un lapso no inferior a cinco años), para ejercer la profesión en todo el país, dentro de la clasificación autorizada, que, atendiendo las especialidades, es la siguiente: Clase TE-1 (Técnico en instalaciones eléctricas interiores), Clase TE-2 (Técnico en bobinados eléctricos y accesorios), Clase TE-3 (Técnico en mantenimiento eléctrico), Clase TE-4 (Técnico en electricidad industrial), Clase TE-5 (Técnico en redes eléctricas), Clase TE-6 (Técnico en instalaciones eléctricas especiales), y la Clase Auxiliar (Auxiliar de ingenieros electricistas).

2. **Electricistas: técnicos e ingenieros.** Como se deduce de los antecedentes presentados en el acápite anterior, no es que exista de una parte el técnico electricista y de otra el auxiliar de ingeniería, sino que en ambos casos se trata de un técnico electricista, profesión que admite la existencia de dos modalidades específicamente reguladas por la ley: el nivel medio y como auxiliar, para cuyo ejercicio es indispensable obtener la clase de matrícula correspondiente, acorde con la clasificación establecida por el artículo 3o. del Decreto 991 de 1991.

La distinción básica entre la profesión de técnico electricista a nivel medio, y la profesión de técnico electricista como auxiliar de ingeniería, consiste en el grado de autonomía en su ejercicio y en las actividades que a cada uno correponde desempeñar. Al técnico electricista a nivel medio le son atribuídas, para su ejercicio autónomo, actividades relacionadas con el estudio y la aplicación de la electricidad, que tienen que ver con instalaciones eléctricas interiores, bobinados eléctricos y accesorios, mantenimiento eléctrico, electricidad industrial, redes eléctricas, o instalaciones eléctricas especiales; mientras que el técnico electricista que trabaja como auxiliar del ingeniero, realiza actividades y labores relacionadas con el estudio y las aplicaciones de la electricidad que requieren la dirección, coordinación y responsabilidad de ingenieros, especialmente de ingenieros electricistas, es decir, que trabaja como colaborador del ingeniero, siendo casi siempre ejecutor de decisiones en materia eléctrica.

La Ingeniería Eléctrica es profesión reglamentada en Colombia por la Ley 51 de 1986, que la concibe para efectos de su ejercicio como el campo del conocimiento relacionado con la investigación, estudio, planeación, asesoría, ejecución, reparación, construcción, instalación, funcionamiento, mantenimiento y fabricación, referidos a tareas, obras o actividades especificadas en la clase respectiva de la Clasificación Uniforme de Ocupaciones, elaborada por la Oficina Internacional del Trabajo.

Para el ejercicio de dicha profesión, o de una que se le sea afín, la referida ley exige igualmente que el interesado obtenga la correspondiente matrícula, la cual, expedida por el Consejo Profesional Seccional de Ingeniería Eléctrica, Mecánica y profesiones afines, debe ser confirmada por el Consejo Profesional Nacional de Ingenierías Eléctrica, Mecánica y profesiones afines. Este último Consejo, encargado del control y vigilancia de las profesiones mencionadas y sus ramas, tiene como sede la ciudad de Bogotá y está conformado, además de los Ministros de Minas y Energía, Desarrollo Económico y Educación Nacional, o de sus delegados, por sendos representantes de las universidades oficiales y privadas que otorguen títulos en cualquiera de las ramas de la ingeniería a que se ha hecho referencia, por el rector de la Universidad Nacional o el Decano de Ingeniería de la misma, y por el Presidente de ACIEM.

La ingeniería, como profesión liberal que exige estudios superiores a nivel universitario, consulta el fundamento científico de las actividades y programas que le incumben, mientras que la tecnología eléctrica, que es una profesión intermedia, se inclina más por la actividad práctica en el desarrollo de los trabajos y programas correspondientes.

La Sala considera, con fundamento en la Ley 51 de 1986, por una parte, y en la Ley 19 de 1990 y su Decreto reglamentario 991 del año subsiguiente, por la otra, que con respecto al ingeniero electricista y al técnico electricista, existe un campo de acción específico, que es propio de cada una de dichas profesiones. Adicionalmente, es posible admitir la existencia de actividades, no propiamente comunes a ambas, pero sí complementarias. Tales son las que, correspondiendo la dirección, coordinación y responsabilidad al ingeniero electricista, se refieren a labores relacionadas con la fabricación de máquinas eléctricas, equipo eléctrico y accesorios electrónicos, así como los aspectos de la planificación para instalaciones eléctricas de producción, distribución y consumo de energía eléctrica (Decreto 991, art. 1o., letras a. y b.).

Otras actividades, están atribuídas exclusivamente al técnico electricista, como las de vigilancia e instrucción a los auxiliares e instaladores, en la ejecución de pruebas, tomas de lecturas, regulación de instrumentos, anotación de observaciones, aseguramiento de condiciones y normas de seguridad, inspección y comprobación del trabajo terminado de instalaciones eléctricas, máquinas eléctricas, equipo eléctrico y accesorios electrónicos de producción, distribución y consumo de energía eléctrica.

Con todo, es menester tener en consideración la declaratoria de nulidad que hizo el Consejo de Estado (Sección primera, sentencia de 14 de diciembre de 1992) en su parágrafo, del artículo 23 del Decreto 991 de 1991, cuyo texto es el siguiente:

> ART. 23. No podrán ejercer la profesión de Técnico Electricista, quienes no posean la correspondiente matrícula expedida en la forma establecida en el presente Decreto.
>
> PARAGRAFO. Se exceptúan de lo establecido en el presente artículo los ingenieros electricistas.

En ese entonces, el Consejo de Estado razonó de este modo: "No obstante ser el campo de acción de los ingenieros electricistas, mucho más amplio que el de la profesión de técnico electricista dada la mayor cobertura y envergadura de las obras realizadas por aquellos y que les permitirá en un momento dado ejecutar obras menores como las asignadas a éstos, el haber exceptuado el parágrafo acusado la obligación de la matrícula por parte de los ingenieros electricistas, ciertamente excede la finalidad de la ley". Empero, la Sala considera pertinente precisar que desde el punto de vista técnico, el ingeniero puede abarcar toda la materia relacionada con la electricidad.

3. **Consejo Nacional de Técnicos Electricistas.** El C.N.T.E. fue creado por la Ley 19 de 1990 con funciones específicas, tales como las de tramitar todo lo referente a la expedición de matrículas de los técnicos electricistas, conceptuar sobre la cancelación o suspensión de las mismas, velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre el ejercicio de la profesión de técnico electricista, denunciar ante las autoridades competentes las violaciones que se presenten, y organizar, en las capitales de departamento, los Comités Seccionales de Técnicos Electricistas, con sus mismas calidades y funciones (se advierte que cuando las solicitudes de matrícula, con la documentación completa, sean presentadas para su estudio ante los Comités Seccionales, éstos las remitirán al Consejo Nacional para su trámite ante el Ministerio). Su integración por cinco miembros, corresponde a un representante del Ministerio de Minas y Energía y representantes de los técnicos electricistas (2), de las escuelas o institutos técnicos de electricidad (1) y de los ingenieros electricistas (1). Para atender los gastos que requiera en el cumplimiento de sus funciones, dispone de recursos provenientes del desarrollo de las mismas, además de los fondos que se recauden por concepto de aportes y donaciones (*ibídem*, art. 24), recursos y fondos que por su carácter público están sometidos a la vigilancia fiscal de la Contraloría General de la República.

Respecto de la función de matrícula, ésta es más una actividad de trámite que una atribución con carácter decisorio, como se desprende de las siguientes disposiciones de la Ley 19 de 1990 y su Decreto Reglamentario, relacionadas con el funcionamiento del Consejo Nacional de Técnicos Electricistas:

- "Tramitar todo lo referente a la expedición de matrículas de los técnicos electricistas" (Ley 19/90, art. 4-a).

- "Servir como intermediario ante el Ministerio de Minas y Energía respecto de las solicitudes que para obtener la respectiva matrícula, formulen los egresados de las instituciones autorizadas oficialmente (Ley 19/90, art. 3-a).

- "Estudiar las solicitudes de expedición de matrícula para los técnicos electricistas y proponer al Ministerio de Minas y Energía la respectiva clasificación" (Decreto 991/91, art. 13-a).

A la manera de compendio de las funciones mencionadas, el artículo 6o. del Decreto 991 de 1991 preceptúa que el Consejo Nacional de Técnicos Electricistas

estudiará la documentación correspondiente y propondrá la clase de matrícula que puede expedirse al solicitante y el Ministerio de Minas y Energía decidirá la clase de matrícula que se otorgará al técnico electricista; y aunque agrega "para el ejercicio a nivel medio", ya en su artículo 3o. había dispuesto con alcance general: "El Ministerio de Minas y Energía otorgará las matrículas a que se refiere el artículo 3o. de la Ley 19 de 1990, de conformidad con la siguiente clasificación de actividades...", en la cual se incluyó la Clase Auxiliar de Ingenieros Electricistas.

Se trata, pues, en punto a matrícula, de un acto complejo en el cual el Consejo Nacional estudia la documentación recibida y propone la clase de matrícula, de acuerdo con la especialidad, siendo finalmente el Ministerio el encargado de decidir acerca de su otorgamiento. En el supuesto de que el Ministerio resuelva adoptar una decisión contraria a la propuesta por el Consejo, deberá hacerlo mediante la expedición de un acto administrativo motivado.

En cuanto a la naturleza jurídica del Consejo Nacional de Técnicos Electricistas, la Sala estima que no es un cuerpo de consulta del Ministerio de Minas y Energía, por cuanto la ley no le ha conferido este carácter, ni un grupo de trabajo interdisciplinario creado únicamente para ejecutar labores de trámite en relación con las solicitudes de matrícula que deben ser expedidas a los técnicos electricistas. Tampoco participa, dentro de la organización y funcionamiento de la administración pública dispuesta por el Decreto-Ley 1050 de 1968, de la condición de organismo consultivo o coordinador, de aquellos que funcionan con carácter permanente o temporal, y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, por determinación de la ley o del gobierno (art. 1o. inciso cuarto).

Su caracterización más apropiada es la de unidad ministerial, plural y deliberante, que precisamente por cumplir funciones de asesoría y coordinación e incluir personas ajenas al respectivo Ministerio, se denomina Consejo (*ibídem*, art. 11).

Se trata entonces de un cuerpo de carácter administrativo, sin personería jurídica, creado por la ley para cumplir funciones específicas relacionadas con el ejercicio de la profesión de técnico electricista y que actúa como unidad adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

LA SALA RESPONDE:

1. El ejercicio a nivel medio y como auxiliar, son modalidades de la profesión de técnico electricista, las cuales deben ser entendidas dentro del marco de realización de actividades y labores prescrito en los artículos 1o. y 2o. del Decreto 991 de 1991, respectivamente. Su ejercicio requiere de la expedición de la respectiva matrícula, conforme a la clasificación por actividades que hace el artículo 3o. del mencionado Decreto.

2. El ejercicio de la profesión de ingeniero electricista, reglamentada por la Ley 51 de 1986, difiere del ejercicio de la profesión de técnico electricista, reglamentada por

la Ley 19 de 1990. La primera es una profesión universitaria y la segunda una profesión intermedia, cada una de las cuales dispone de su específico campo de acción, determinado por la legislación colombiana; empero, tal como quedó explicado en la parte considerativa, existen actividades que, sin ser comunes a ambas, tienen el carácter de complementarias.

3. El Consejo Nacional de Técnicos Electricistas, por el ámbito de su concepción jurídica, es un cuerpo administrativo de creación legal, adscrito como unidad al Ministerio de Minas y Energía, en el cual participan personas ajenas a dicho Ministerio y que cumple funciones de asesoría, coordinación y vigilancia en relación con el ejercicio de la profesión de técnico electricista.

4. El alcance de la competencia asignada al Ministerio de Minas y Energía con respecto a la matrícula de técnico electricista, consiste en la capacidad de decidir acerca de su expedición, luego de que el Consejo Nacional de Técnicos Electricistas haya estudiado la documentación presentada por el interesado, constatado el cumplimiento de los requisitos y propuesto la respectiva clasificación.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Minas y Energía y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., art. 112).

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 7 de septiembre de 1994.

DOTACION DE CALZADO Y VESTIDO DE LABOR-Destinatarios/**EMPLEADO OFICIAL/CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO**

Es legal el suministro de dotación, esto es, zapato y vestido de labor a los trabajadores oficiales que devenguen una remuneración mensual superior a dos veces el salario mínimo legal vigente, y que la requieran en razón de las funciones propias de su cargo, cuando dicha prestación conste en la respectiva convención de trabajo, contrato sindical, pacto colectivo o laudo arbitral. Igualmente pueden suministrar la referida dotación, a sus empleados oficiales que lo requieran para el mejor cumplimiento de las funciones del empleo, aquellas entidades que de conformidad con su competencia dispongan de autorización para proceder en tal sentido; en este caso, la decisión será unilateral y tendrá carácter de mera liberalidad.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D. E., dos (2) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Radicación No. 348. Consulta sobre suministro de calzado y vestido de labor a empleados del sector oficial que devenguen una remuneración mensual superior a dos veces el salario mínimo.

El Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), doctor Alfonso González Caro, formula a la Sala la siguiente consulta:

El Congreso de Colombia por medio de la Ley 70 del 19 de diciembre de 1988, dispuso el suministro de calzado y vestido de labor para los empleados del sector

público que trabajan al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales o Comerciales de tipo oficial y Sociedades de Economía Mixta.

La Ley 70 fue reglamentada parcialmente por medio del Decreto 1978 del 31 de agosto de 1989, emanado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1978 para tener derecho a la dotación, el trabajador debe haber laborado en la entidad por lo menos tres (3) meses en forma ininterrumpida, antes de la fecha de cada suministro y devengar una remuneración mensual inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente.

Con el fin de dar una correcta aplicación a lo ordenado tanto en la Ley 70 de 1988 como en el Decreto 1978 de 1989, comedidamente me permito consultar lo siguiente:

Puede suministrarse dotación, esto es, zapatos y vestido de labor a aquellos empleados que devenguen una remuneración mensual superior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente, pero que en razón de las funciones propias de su cargo se requiera entregarles dotación?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1. La Ley 70 de 1988 (diciembre 19), por la cual se dispone el suministro de calzado y vestido de labor para los empleados del sector público, es del tenor siguiente:

Artículo 1o.- Los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente. Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora.

Artículo 2o.- Esta prestación no es salario, ni se computará como factor del mismo en ningún caso.

Artículo 3o.- Esta ley rige a partir de su publicación.

2. El Decreto 1978 de 1989, reglamentario de la Ley 70 mencionada, precisa que la prestación consiste en el suministro de un par de zapatos y un (1) vestido de labor, cuya entrega debe hacerse a los beneficiarios el 30 de abril, el 30 de agosto y el 30 de diciembre de cada año, siempre que laboren por lo menos tres (3) meses en forma ininterrumpida, antes de la fecha de cada suministro; que los beneficiarios son los

trabajadores permanentes vinculados mediante relación legal o reglamentaria o por contrato de trabajo, que devenguen una remuneración mensual inferior a dos veces el salario mínimo legal vigente; que el sector oficial a que se refiere la ley, debe entenderse "tanto en el orden nacional como en las entidades territoriales"; y que las prendas de dotación deben ser apropiadas para la clase de labores que desempeñen los trabajadores beneficiarios, según ciertos criterios que el mismo Decreto señala.

3. De conformidad con la Ley 70 de 1988 y su Decreto Reglamentario número 1978 del año inmediatamente siguiente, los trabajadores con derecho a ser dotados cada cuatro meses de un par de zapatos y un (1) vestido de labor son los denominados en forma genérica **empleados oficiales**, expresión que comprende tanto a los empleados públicos (vinculados a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria) como a los trabajadores oficiales, cuyo vínculo consiste en una relación de carácter contractual laboral (contrato de trabajo). Los mismos deben trabajar al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, unidades administrativas especiales o entidades descentralizadas -ya sea en el orden nacional, departamental, intendencial, comisarial o municipal- y devengar una remuneración mensual **inferior** a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente.

4. Se pregunta si es legalmente posible suministrar la dotación mencionada a empleados del sector oficial que devenguen una remuneración mensual **superior** a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente y que la requieran en razón de las funciones propias de su cargo.

La Sala estima pertinente, para resolver la cuestión planteada, hacer las siguientes precisiones:

4.1. Principio fundamental del Estado de Derecho que organiza y delimita nuestra Constitución Política, es el de legalidad, de conformidad con el cual los funcionarios públicos no pueden hacer en ejercicio de su cargo sino aquello para lo que expresamente están autorizados por el ordenamiento jurídico del país; por tanto, son responsables ya por extralimitación de funciones, ora por omisión en el ejercicio de éstas. De allí se colige, además, que en Colombia no puede haber empleo alguno que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Artículos 20 y 63).

4.2. Los empleados públicos, por estar vinculados a la entidad oficial empleadora por una relación legal y reglamentaria, solamente pueden cumplir sus deberes con estricta sujeción a esos aspectos legales y reglamentarios. Esa es la órbita de sus actividades y el marco de responsabilidad personal. Por fuera de la misma no pueden actuar, so pena de incurrir en faltas susceptibles de originar, según el caso, procesos de naturaleza penal, disciplinaria, política, administrativa o fiscal.

La Ley 70 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1978 de 1989, al organizar para los empleados públicos una prestación consistente en el suministro de determinada

dotación para el trabajo (zapatos y vestido) y señalar los requisitos para tener derecho a ella, están significando que tales condiciones son precisas y taxativas como fuente de obligación para la entidad empleadora. En este sentido, la prestación no puede ser restringida pues ello equivaldría a desvirtuar la voluntad del legislador.

4.3. Con respecto a los trabajadores oficiales es preciso tener en cuenta que su relación con la entidad oficial empleadora es de carácter contractual laboral y se expresa mediante las formas propias del derecho colectivo del trabajo (contratos sindicales, pactos o convenciones colectivas, etc.), o el contrato individual.

La ley señala la calidad de trabajador oficial (y la de empleado público) en la administración del Estado, así:

En el sector oficial a nivel nacional, regido básicamente por normas de derecho público (ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos) sus servidores son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras son trabajadores oficiales (Decreto 3135 de 1968, artículo 5o.).

En el seetor oficial descentralizado de nivel nacional, básicamente regido por normas de derecho privado (empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta con aporte estatal igual o superior al noventa por ciento del capital social), la anterior regla general se invierte: sus servidores son trabajadores oficiales; sin embargo, en los estatutos respectivos se precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos (Decreto Ley 3135 de 1968, artículo 5o. y Decreto 1848 de 1969).

En la administración central de los departamentos (gobernaciones, secretarías de despacho, departamentos administrativos) y en los establecimientos públicos departamentales, las personas que allí prestan sus servicios, son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. Con todo, en los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contratos de trabajo (Decreto Ley 1222 de 1986, artículo 304, norma que determina además que quienes presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta, son trabajadores oficiales, salvo lo dispuesto en los estatutos sobre actividades de dirección o confianza).

En la administración central de los municipios (alcaldías, secretarías del despacho, departamentos administrativos y tesorerías) y sus establecimientos públicos, por una parte, y por la otra en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta municipales, rigen idénticas normas a las señaladas para el nivel departamental(Decreto Ley 1333 de 1986, artículo 292).

4.4. Los trabajadores oficiales cuando celebran convenciones colectivas de trabajo y, por ende, sus relaciones con la entidad empleadora son de derecho colectivo del trabajo, están sometidos a la regulación prevista en las normas del Código Sustantivo del Trabajo (*ibídem*, artículo 3o.).

Dada la naturaleza jurídica de la convención colectiva, los trabajadores oficiales pueden ser beneficiados con un régimen salarial y prestacional superior al establecido en la ley. De este modo, la convención colectiva cumple uno de sus objetivos primordiales: de mejoramiento y seguridad para los trabajadores.

Similar consideración puede hacerse en relación con las otras formas del derecho colectivo del trabajo: contrato sindical, pacto colectivo, laudo arbitral.

4.5. De acuerdo con las necesidades y requerimientos de cada entidad oficial, y dentro del marco de su competencia, es también posible el suministro de la dotación. En este supuesto, la prestación ya no deviene como una obligación legal o convencional -de estricto cumplimiento- sino como acto unilateral tendiente a mejorar la prestación del servicio en la respectiva entidad.

5. Como consecuencia de las consideraciones expuestas, la Sala responde:

Es legal el suministro de dotación, esto es, zapato y vestido de labor a los **trabajadores oficiales** que devenguen una remuneración mensual superior a dos veces el salario mínimo legal vigente, y que la requieran en razón de las funciones propias de su cargo, cuando dicha prestación conste en la respectiva convención colectiva de trabajo, contrato sindical, pacto colectivo o laudo arbitral.

Igualmente pueden suministrar la referida dotación, a sus **empleados oficiales** que lo requieran para el mejor cumplimiento de las funciones del empleo, aquellas entidades que de conformidad con su competencia dispongan de autorización para proceder en tal sentido; en este caso, la decisión será unilateral y tendrá carácter de mera liberalidad.

Transcríbase la consulta al Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE- por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (Código Contencioso Administrativo, artículo 112).

Jaime Paredes Tamayo, Presidente; *Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Levantada la reserva el 9 de septiembre de 1994.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA/EXENCION DE IMPUESTOS.

El artículo 6o. de la Ley 65 de 1963, que prescribió una exoneración general "de impuestos, tasas, contribuciones y gravámenes nacionales, departamentales y municipales" en favor de la Universidad Nacional se encuentra vigente sin ninguna excepción.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.E., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación No. 368. Consulta del Ministerio de Educación Nacional, sobre si está o no vigente la exención legal de la contribución de valorización en favor de la Universidad Nacional.

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

"Siguiendo el trámite que establece el artículo 98 numeral 2 del Código Contencioso Administrativo, me permito presentarles con todo respeto la siguiente consulta:

"El artículo 6 de la Ley 65 de 1963 fue derogado por el artículo 10 del Decreto 1604 de 1966 (adoptado como Legislación permanente por la Ley 48 de 1968) o se encuentra vigente, de conformidad con el artículo 59 del Decreto 82 de 1980?

ANTECEDENTES:

La Ley 65 de 1963 constituyó el estatuto especial de la Universidad Nacional de Colombia, hasta que fue derogada casi totalmente por el Decreto 82 de 1980, nuevo régimen orgánico del *Alma Mater.*

El artículo 6 de la Ley 65 de 1963 estableció:

"La Universidad, los bienes y rentas que constituyen su patrimonio, las transferencias que se le hicieron a título gratuito y las herencias y legados que reciba estarán exentos de toda clase de impuestos, tasas, contribuciones y gravámenes nacionales, departamentales y municipales. Las donaciones que se le hagan no requerirán insinuación judicial".

"Por su parte, el Decreto Legislativo 1604 de 1966, que contiene normas sobre valorización, dijo en su artículo 10:

"Con excepción de los inmuebles contemplados en el artículo 6° de la Ley 35 de 1888 (Concordato con la Santa Sede), y de los bienes de uso público que define el artículo 674 del Código Civil, todos los demás predios de propiedad pública o particular podrán ser gravados con contribuciones de valorización, quedando suprimidas todas las exenciones consagradas por normas anteriores".

"Sin embargo, el Decreto 82 de1980 que constituye hoy el régimen orgánico de la Universidad Nacional de Colombia, señala en el artículo 59:

"El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición, deroga la Ley 65 de1963, salvo en el literal a) del artículo 5 y los artículos 6, 7, 8 y 25, y todas las demás disposiciones que le sean contrarias".

"Cuál es el procedimiento para que una ley especial pueda ser derogada total o parcialmente por una ley de carácter general, como en este caso?

"Es de gran interés para la Universidad Nacional de Colombia el concepto del Consejo de Estado, porque se resuelve un conflicto de leyes y además porque se aclara desde el punto de vista del manejo presupuestal un rubro que dada la cantidad y calidad de los bienes inmuebles de propiedad de la Universidad, situados en Bogotá y otras ciudades y regiones del país, implica un alto costo".

La Sala considera:

1°) El artículo 6° de la Ley 65 de 1963 prescribió una exoneración general en favor de la Universidad Nacional al disponer que "la Universidad, los bienes y rentas que constituyen su patrimonio, las transferencias que se hicieron a título gratuito y las herencias y legados que reciba estarán exentos de toda clase de impuestos, tasas, contribuciones y gravámenes nacionales, departamentales y municipales..."

2°) El artículo 10° del Decreto Legislativo No. 1604 de 1966 -adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968-, suspendió parcialmente el precepto transcrito, en cuanto dispuso que "con excepción de los inmuebles contemplados en el artículo 6° de la Ley 35 de 1888 (Concordato con la Santa Sede), y de los bienes de uso público que define el Código Civil, todos los demás predios de propiedad pública o particular podrán ser gravados con contribuciones de valorización, quedando suprimidas todas las exenciones consagradas por normas anteriores."

3°) Posteriormente el artículo 59 del Decreto-Ley 82 de 1980 -que prescribió el nuevo régimen legal de la Universidad Nacional- derogó expresamente la Ley 65 de 1963, con excepción de los artículos 5°, letra a), 6°, 7°, 8° y 25.

Por consiguiente, el artículo 6° de la Ley 65 de 1963 -que parcialmente, en cuanto a la contribución de valorización, había sido suspendido por el artículo 10° del Decreto Legislativo No. 1604 de 1966- recobró vigencia conforme a lo dispuesto expresamente por el artículo 59 del Decreto-Ley 82 de 1980.

4°) De este modo, una disposición legal especial y posterior -el artículo 59 del Decreto-Ley 82 de 1980- derogó expresamente, en cuanto se refería a la contribución de valorización, el artículo 10° del Decreto Legislativo 1604 de 1966 y reiteró la plena vigencia del artículo 6° de la Ley 65 de 1963.

5°) El artículo 1° del Acto Legislativo No. 2 de 1987, que sustituyó el artículo 183 de la Constitución, prescribe que ni la ley ni el Gobierno pueden conceder exenciones de derechos municipales; pero esta disposición constitucional, en cuanto atañe a la ley, rige para el futuro a partir de la fecha de promulgación y no tiene efecto retroactivo.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

El artículo 6° de la Ley 65 de 1963, que prescribió una exoneración general "de impuestos, tasas, contribuciones y gravámenes nacionales, departamentales y municipales" en favor de la Universidad Nacional se encuentra vigente sin ninguna excepción.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Educación Nacional y Secretaria 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.

NOTA DE RELATORIA: Levantada la reserva el 9 de septiembre de 1994, de acuerdo con el artículo 110 del Código Contencioso Administrativo.

ENTIDADES PUBLICAS/PERSONAS DE DERECHO PUBLICO/TRANSACCION-Improcedencia/**ALLANAMIENTO**-Improcedencia

Si sólo cuando el demandado sea persona particular puede allanarse, en los términos del C. de P. C., a la demanda presentada ante la jurisdicción contencioso administrativa, cuando sea persona de derecho público el allanamiento es ineficaz en virtud del artículo 55 del Decreto 2304 de 1989, que modificó el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo. Dicha modificación indica también la imposibilidad de la persona de derecho público, sin distinción alguna, para transigir, o sea para terminar extrajudicialmente un litigio pendiente ante la jurisdicción contencioso administrativa, en los términos del anterior artículo 218 del C.C.A., por insubsistencia de dicha norma e inaplicabilidad en dicha jurisdicción de los artículos 340 y 431 del C. de P. C. De los tres procedimientos para definir una controversia jurídica sobre los derechos y situaciones jurídicas que no estén excluídas de la facultad de disposición de las partes, el Decreto 222 de 1983 sólo estableció la posibi-lidad de estipular en los contratos administrativos la cláusula compromisoria (artículo 76) con el fin de someter a la decisión de arbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato. De modo que para ninguna de las entidades públicas a las cuales se aplica ese Decreto ni respecto de los tipos de contratos administrativos por él clasificados existe la facultad de precaver un litigio eventual mediante transacción. Y mal podría entenderse implícitamente comprendida tal facultad en la de celebrar contratos de derecho privado, porque éstos en sus efectos están sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la

naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la cadu-cidad. Luego no podría tener efectos en el contrato administrativo la transacción celebrada por una entidad pública para precaver un litigio derivado o surgido con ocasión de aquel.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D. E., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Radicación No. 343. Consulta del Ministro de Comunicaciones sobre "facultad de las entidades públicas para acudir al allanamiento a la demanda o a la transacción".

En oficio No.1298 el Señor Ministro de Comunicaciones envió a la Sala la siguiente consulta:

"El artículo 218 del Decreto Ley 01 de 1984, consagró la facultad que le asistía a la Nación, a las Sociedades de Economía Mixta, a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las demás entidades públicas (Establecimientos Públicos, Departamentos, Municipios), para allanarse a una demanda judicial y al efecto señaló las formalidades que deberían preceder dicho allanamiento, estableciendo diferencias entre las autorizaciones que debían obtener las entidades públicas en general y las Sociedades de Economía Mixta o las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

En igual sentido ese mismo artículo 218 hizo referencia a la facultad de dar por terminado un proceso judicial mediante transacción, señalando que para este evento debían observarse las mismas formalidades exigidas por la ley para los casos de allanamiento a la demanda.

Mediante la expedición del Decreto Ley 2304 de octubre 7 de 1989 (artículo 55), fue modificado el mencionado artículo 218 y nada prevé ahora respecto del allanamiento a la demanda o de la transacción, ni para el caso de las Sociedades de Economía Mixta o las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, ni para la Nación o las demás entidades públicas (Establecimientos Públicos, Departamentos, Municipios).

Como quiera que según reiteradas interpretaciones del artículo 20 de la Constitución Nacional, se ha establecido que las autoridades públicas solamente pueden hacer aquello para lo cual cuenten con expresa facultad legal, se pregunta:

1. La modificación del artículo 218 del Código Contencioso Administrativo significó la supresión de la facultad legal para que las entidades públicas puedan allanarse a las demandas judiciales y acudir a la figura de la transacción, o por

el contrario dichas facultades legales continúan vigentes con apoyo en otras normas?

La respuesta a este interrogante es igual para todas las entidades públicas, o hay lugar a distinguir según la naturaleza jurídica de cada una de ellas?

2. Si la facultad de transigir continúa vigente, la misma daría lugar a la terminación extrajudicial de un litigio así como a precaver eventuales litigios, o se limita únicamente a uno de dichos eventos?

3. Si la respuesta al anterior interrogante fuere afirmativa, cuáles serían las solemnidades que deberían observarse tanto para los casos de allanamiento a la demanda como para los de transacción según la naturaleza y organización de cada entidad pública?".

Por no haber obtenido la mayoría requerida la ponencia presentada a esta Sala por el Consejero Humberto Mora Osejo, corresponde al suscrito elaborar la ponencia de mayoría previas las siguientes consideraciones:

"La transacción, expresa el artículo 2459 del Código Civil, es un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual".

Se estima como nota característica de la transacción que las partes tengan o pretendan tener un derecho con exclusión del otro en una cosa y del cual convienen en desprenderse o mermar.

"La transacción, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, implica un acto de disposición porque en ella cada una de las partes cede parte del derecho que cree tener".

El artículo 218 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) contemplaba la posibilidad de que las Entidades Públicas pudieran allanar a una demanda judicial y ponerle fin a un litigio mediante la figura de la transacción, en efecto expresaba el artículo 218:

"Cuando el demandado sea persona de derecho privado, sociedad de economía mixta o empresa industrial y comercial del Estado, podrá allanarse a la demanda en los términos de los artículos 93 y 94 del Código de Procedimiento Civil.

"La Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional, las demás entidades públicas sólo podrán allanarse previa autorización expresa y escrita del Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador o Alcalde que la represente o a cuyo despacho estén vinculadas o adscritas.

"En el evento de allanamiento se dictará inmediatamente la sentencia.

"Con las mismas formalidades anteriores podrá terminar el proceso por transacción".

Sin embargo, el Decreto-Ley 2304 de 1989, reformatorio del Código Contencioso Administrativo, eliminó del citado artículo 218 la figura de la transacción para los entes públicos dejando exclusivamente al particular demandado la posibilidad de allanarse a la demanda. Expresa la norma:

> "Cuando el demandado sea persona particular podrá allanarse a la demanda en los términos del Código de Procedimento Civil".

De la reforma mencionada se deduce que el nuevo estatuto eliminó la posibilidad de que las Entidades Públicas pudieran allanarse a las demandas judiciales y acudir a la figura de la transacción como medio para dar por terminados extrajudicialmente los litigios pendientes.

Tal reforma en verdad, no creó vacío alguno dentro del Código Contencioso Administrativo, como para pretender llenarlo con normas del Código de Procedimiento Civil.

La remisión que hace el artículo 267 del C.C.A. al Código de Procedimiento Civil para llenar con disposiciones de este estatuto aspectos que aquel no contempla, no es pertinente para el caso materia de estudio.

La supresión de la posibilidad de transigir el ente público, se afirma, entre otras razones en motivaciones ético-jurídicas, implícitas en el contenido de la reforma, así no haya una expresión manifiesta que así lo disponga.

Por otra parte y desde el punto de vista de la técnica jurídica, resultaría incompatible la aplicación del nuevo artículo 218, esdecir del artículo 55 del Decreto 2304 de 1989, con los artículos 340 y 341 del Código de Procedimiento Civil, porque ningún sentido tendría expedir una norma y al mismo tiempo abrirle margen de aplicabilidad a otra, que compromete los efectos de la expedida.

La lógica elemental indica que no es posible conciliar los efectos de la sustitución de una norma con la aplicación de otra que los desconozca, ni interpretar una regulación en sentido contradictorio, generalizando la transacción de litigios sin tener en cuenta la naturaleza del contrato donde hayan surgido, ni el ejercicio de la jurisdicción determinado por tal naturaleza.

Como conclusión de las consideraciones expuestas puede absolver la Sala en los puntos siguientes las cuestiones formuladas por el señor Ministro de Comunicaciones:

1o.- Si sólo cuando el demandado sea persona particular puede allanarse, en los términos del Código de Procedimiento Civil, a la demanda presentada ante la jurisdicción contencioso administrativa, cuando sea persona de derecho público el allanamiento es ineficaz en virtud del artículo 55 del Decreto 2304 de 1989, que modificó el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo. Dicha modificación indica también la imposibilidad de la persona de derecho público, sin distinción alguna, para transigir, o sea para terminar extrajudicialmente un litigio pendiente ante la jurisdicción

contencioso administrativa, en los términos del anterior artículo 218 del Código Contencioso Administrativo por insubsistencia de dicha norma e inaplicabilidad en dicha jurisdicción de los artículos 340 y 341 del Código de Procedimiento Civil.

2o.- De los tres procedimientos para definir una controversia jurídica sobre los derechos y situaciones jurídicas que no estén excluídas de la facultad de disposición de las partes, el Decreto 222 de 1983 sólo estableció la posibilidad de estipular en los contratos administrativos la cláusula compromisoria (artículo 76), con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato.

De modo que para ninguna de las entidades públicas a las cuales se aplica ese Decreto ni respecto de los tipos de contratos administrativos por él clasificados existe la facultad de precaver un litigio eventual mediante transacción. Y mal podría entenderse implícitamente comprendida tal facultad en la de celebrar contratos de derecho privado, porque éstos en sus efectos están sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad. Luego no podría tener efectos en el contrato administrativo la transacción celebrada por una entidad pública para precaver un litigio derivado o surgido con ocasión de aquel.

3o.- En atención a las respuestas anteriores, no es el caso de absolver, por sustracción de materia,la tercera pregunta.

En los anteriores términos se absuelve la consulta del Señor Ministro de Comunicaciones.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Levantada la reserva el 9 de septiembre de 1994, de acuerdo con el artículo 110 del C.C.A.

ASOCIACION DE USUARIOS DE LOS DISTRITOS DE RIEGO-Régimen Laboral/**CONTRATO LABORAL/TRABAJADORES PARTICULARES/ REGIMEN PENSIONAL/ISS/CESANTIAS**-Reconocimiento/**DISTRITO DE ADECUACION DE TIERRAS.**

El personal contratado por las Asociciones de Usuarios de los Distritos de Riego para desarrollar las labores de administración de los respectivos distritos está sometido al régimen laboral del Código Sustantivo del Trabajo y las normas que lo modifican y complementan; se trata de contratos laborales de carácter privado. Dicho personal al ser contratado por entidades privadas, como las asociaciones de usuarios de Distritos de Riego, según el contexto de la consulta, adquirió la calidad de trabajadores particulares. El régimen pensional aplicable a los Distritos de Riego es el regulado para los trabajadores privados y el reconocimiento pensional le corresponde al Instituto de Seguros Sociales. Las cesantías deben ser reconocidas por la Asociación de Usuarios de los Distritos de Riego, organización que contrató el personal de conformidad con las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y las complementarias.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre trece (13) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Radicación 633. Trabajadores al servicio de Distritos de Adecuación de Tierras en el Departamento del Tolima.

El señor Ministro de Agricultura ha formulado a la Sala la siguiente consulta previas las textuales consideraciones:

Mediante el Decreto 132 del 20 de enero de 1976, al Servicio Colombiano de Meteorología e Hidrología se transformó en el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras -HIMAT-. El artículo 4o. del mencionado Decreto establece a cargo del HIMAT, entre otras, la siguiente función.

"11) por delegación del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -Incora-, en los términos del presente Decreto y conforme a los convenios que con tal fin se celebren:

a) ...

b) ...

c) Administrar los Distritos de Adecuación de tierras que se concluyan en desarrollo de lo previsto en los literales anteriores y los que en la actualidad posea el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, todo de conformidad con las disposiciones vigentes".

El Artículo 10o. del mismo Decreto 132 establece:

"El HIMAT administrará y conservará las obras a que se refieren los numerales 8, 9, 10 y 11 del artículo cuarto del presente Decreto. Dicha administración podrá delegarla en otras entidades públicas o en Asociación de Usuarios".

El Decreto 2259 del 22 de octubre de 1976, "por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto 2811 de 1974 y el Decreto 132 de 1976" en sus artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 se ocupa de reglar de manera especial la Delegación de las funciones de administración, operación y conservación de las obras de adecuación de tierras (Distrito de Riego), en las Asociaciones de Usuarios.

El parágrafo único del Artículo 17 del Decreto 2259 de 1976 reza:

"... sólo podrá delegarse la Administración y conservación de las obras a que se refiere los numerales 8o. a 11o. del Artículo 4o. del Decreto 132 de 1976 en Asociaciones de Usuarios que lo sean de la obra, distrito o proyecto de la delegación, cualquiera que sea el alcance de ésta".

En virtud de las disposiciones antes mencionadas, el HIMAT suscribió convenios de delegación con el INCORA, mediante los cuales le recibió a esta entidad los Distritos de Riego.

En la misma fecha de celebración de los convenios INCORA-HIMAT, los usuarios de los Distritos de Riego, organizados en Asociaciones de usuarios con

personería jurídica, suscribieron convenios de delegación con el HIMAT, para asumir las tareas de administración, operación y conservación de los Distritos de Riego.

Para la administración, operación y conservación de los Distritos de Riego, las Asociaciones han contratado directamente el personal necesario. Buena parte de este personal venía prestando sus servicios a los mismos Distritos, sin solución de continuidad, vinculados laboralmente a las Entidades Estatales, como: Caja Agraria, e Incora, las que en su oportunidad tuvieron a cargo la administración de los mismos.

La mayoría del personal que venía prestando sus servicios vinculados a las distintas entidades administradoras en turno, demandaron en solicitud de la calificación de su calidad de "Trabajadores Oficiales", obteniendo sentencias favorables de juzgados y Tribunal del Tolima.

En mérito de los antecedentes expuestos, se consulta lo siguiente:

CONSULTA

1. ¿Cuál es el régimen jurídico laboral del personal que no demandó la calidad de "**Trabajador Oficial**", contratado por las Asociaciones de Usuarios de los Distritos de Riego para el ejercicio de las funciones de administración, operación y conservación de los respectivos Distritos?

2. ¿De resultar aplicable a este personal el "**régimen oficial**" el vínculo es con el delegante INCORA, o con el subdelegante HIMAT?

3. ¿Qué régimen pensional se aplica a este personal y a cargo de quién está el reconocimiento respectivo, considerando que desde su contratación por las Asociaciones de Usuarios están cotizando al Seguro Social?

4. ¿Dependiendo del régimen laboral aplicable, qué entidad está obligada a depositar en el Fondo Nacional de Ahorro los valores correspondientes a sus cesantías?

5. Si el régimen laboral del personal resulta ser "oficial", de pertenecerle dicho personal al HIMAT, ¿cuál sería la situación jurídica frente a las normas de los Decretos 2135/92 y 1616/92, las cuales suprimieron los cargos de trabajadores oficiales en esta entidad?

La Sala considera:

Con fundamento en el artículo 10o. del Decreto Ley 3130 de 1968, que autoriza a los establecimientos públicos para delegar algunas de sus funciones en otras entidades descentralizadas, el Decreto Ley 136 de 1976, determinó que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -Incora- mediante convenios delegara en el Instituto Colombiano

de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras -Himat- (actualmente Instituto Nacional de Adecuación de Tierras -Inat-) las funciones relativas a la ejecución, conclusión y administación de los distritos de adecuación de tierras según lo ordenado por la Ley 135 de 1961 (art. 4o. numeral 11).

2.) A su turno, el artículo 10o. del citado Decreto Ley 136 de 1976 prescribe que el Himat administrará y conservará dichas obras; funciones que podrá delegar en otras entidades públicas **o en asociaciones de usuarios.**

3.) De conformidad con las mencionadas disposiciones, según se deduce de la consulta, el Incora y el Himat suscribieron convenios de delegación mediante los cuales este último organismo asumió la administración de algunos distritos de riego. A su vez, el Himat suscribió convenios de delegación con algunas asociaciones de usuarios de esos distritos para que ellas administraran directamente estas obras; entre tales convenios se cita el celebrado con la Asociación de Usuarios de Aguas del Distrito de Riego del Río Coello -Usocoello- (Tolima).

Mediante el acuerdo número 212 de 1976, la asociación de usuarios se comprometió a administrar, operar y efectuar la complementación y rehabilitación del Distrito de Riego y Drenaje del río Coello (cláusula primera).

Para el cumplimiento de dichas funciones la Asociación está obligada a permitir el control del Himat sobre el presupuesto anual de gastos, a someter a su aprobación la planta de personal del Distrito. Además el literal f), de la cláusula tercera, estipula que dicha asociación "no podrá emplear a ningún funcionario oficial en ejercicio ni a los que se encuentren inhabilitados por ministerio legal, salvo los funcionarios del Incora **que prestaron** sus servicios al Distrito, quienes a juicio de Usocoello, y en igualdad de condiciones con otros particulares, se preferirán para los empleos que el Distrito establezca".(subrayado fuera de texto).

4.) El parágrafo 1o. de la cláusula décimosegunda del convenio establece que como pago por la administración del Distrito mencionado la asociación de usuarios, recibirá un porcentaje equivalente al 2% del producido en el año en el respectivo distrito.

5.) De lo anterior se concluye que con fundamento en la ley el Incora delegó algunas de sus funciones en el Himat y éste a su vez las delegó en una asociación privada sin ánimo de lucro. De este modo, de acuerdo con lo expresado en la consulta, la asociación **"contrató directamente"** personal particular calificado, que venía prestando sus servicios en los distritos y que estaba vinculado con entidades descentralizadas como la Caja Agraria y el Incora.

6.) Según los estatutos de la Asociación de Usuarios de Aguas del Distrito de Riego del río Coello, ésta es una organización privada de carácter gremial, sin ánimo de lucro que tiene como objetivo principal representar a los usuarios del Distrito de Riego del Río Coello (artículos 1o. y 2o.) (anexo 1).

En este orden de ideas se tiene que, esta entidad al ejercer la administración del Distrito respectivo, no adquirió la naturaleza de entidad pública, por el contrario, se observa que se trata de la prestación de un servicio público oficial por delegación a un particular. De donde se infiere que los contratos de trabajo que celebró se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo y las normas que lo han modificado.

De manera que si los trabajadores oficiales de entidades descentralizadas celebraron contratos de trabajo con la mencionada asociación, se entiende que adquirieron el carácter de trabajadores particulares, desde la celebración de los nuevos contratos, asumiendo desde ese momento la asociación de usuarios la calidad de patrono o empleado con todas las obligaciones prescritas en las normas laborales.

7.) La Sala observa que el convenio celebrado entre el Himat y la Asociación de Usuarios del Distrito de Riego del río Coello no es un contrato de obra por administración delegada que podría comprometer la responsabilidad del Estado en asuntos laborales, sino un acuerdo mediante el cual el Himat, de conformidad con la ley, delegó la administración de un servicio público y de unas obras terminadas a una asociación particular, mediante una remuneración que depende del producido del servicio.

8.) Por el motivo indicado antes la asociación, con fundamento en la delegación que le hizo el Himat, celebró contratos de trabajo de carácter particular. En consecuencia, no se produjo el fenómeno de la sustitución patronal.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala responde los interrogantes formulados por el señor Ministro de Agricultura.

1.- El personal contratado por las Asociaciones de Usuarios de los Distritos de Riego para desarrollar las labores de administración de los respectivos distritos está sometido al régimen laboral del Código Sustantivo del Trabajo y las normas que lo modifican y complementan; se trata de contratos laborales de carácter privado.

2.- Dicho personal al ser contratado por entidades privadas, como las asociaciones de usuarios de Distritos de Riego, según el contexto de la consulta, adquirió la calidad de trabajadores particulares.

3.- El régimen pensional aplicable a los Distritos de Riego es el regulado para los trabajadores privados y el reconocimiento pensional le corresponde al Instituto de Seguros Sociales.

4.- Las cesantías deben ser reconocidas por la Asociación de Usuarios de los Distritos de Riego, organización que contrató el personal de conformidad con las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y las complementarias.

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.

BIEN FISCAL-Enajenación/**CONTRATO INTERADMINISTATIVO/ECOPETROL**-Facultades/**INMUEBLE MUNICIPAL**-Venta

De acuerdo con los artículos 36 de la Ley 9a. de 1989 y 13,14, parágrafo, y 24, literal c)de la Ley 80 de 1993, la Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol- puede adquirir, mediante contratos interadministrativos, celebrados con los correspondientes municipios, bienes fiscales de su propiedad. En ellos están comprendidos los que fueron cedidos a los municipios por los artículos 3o. y 7o. de la Ley 137 de 1959. El artículo 4o., parágrafo, del Decreto Reglamentario 3313 de 1965, no puede aplicarse por ser manifiestamente ilegal.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro(1994).

Consejero Ponente: *Doctor Humerto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación No. 635. Consulta del Ministerio de Gobierno relacionada con el Decreto Reglamentario 3313 de 1965.

El señor Ministro de Gobierno consulta a la Sala si es aplicable a los contratos que celebren las entidades públicas el artículo 4o., parágrafo 1°, del Decreto Reglamentario 3313 de 1965, relativo a la limitación de los municipios de efectuar ventas de terrenos en extensión superior a 2.000 metros cuadrados a una misma persona, de conformidad con el artículo 7° de la 1ey 98 de 1928; o si exite alguna disposición especial que regule la transferencia del dominio de predios de los municipios a la Empresa Colombiana de Petróleos para su explotación.

La Sala considera:

1°) El artículo 4° del Decreto-Ley 3211 de 1959, que reorganizó la Empresa Colombiana de Petróleos, determina los bienes que constituyen el patrimonio de la entidad. A ellos es menester agregar los demás que haya adquirido y adquiera la entidad por ser persona jurídica de Derecho Público (artículo 1° del Decreto-Ley 3211 de1959).

En el caso que es objeto de consulta, se trata de saber si Ecopetrol puede o no adquirir baldíos, situados en zonas urbanas, cedidos por la ley a los municipios (artículos 3°, 4° y 7° de la Ley 137 de 1959).

2°) El artículo 7° de la Ley 137 de1959 cedió a los municipios los bienes baldíos, situados en zonas urbanas, con la obligación de venderlos a las personas particulares en el término de dos años, contado desde la fecha de vigencia de la misma ley (artículos 3° y 7° de la Ley 137 de 1959). Cumplido el plazo de dos años se extinguió la obligación y los municipios beneficiados son propietarios plenos de los bienes que les fueron cedidos.

3°) Los municipios pueden enajenar sus bienes fiscales a otras entidades públicas, conforme a las reglas que prescribe la ley, a saber:

a) El artículo 36, numeral 1°, de la Ley 9a. de 1989 prescribe que las entidades públicas, "sin sujeción al límite establecido en el artículo 35" y sin licitación pública, entre otros casos, pueden enajenar sus bienes inmuebles cuando el adquirente sea una persona de Derecho Público.

b) En el mismo orden de ideas,el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 prescribe que "los contratos estatales" se celebran conforme a las reglas y principios del Derecho Privado, salvo las excepciones que contempla la misma ley; y los artículos 14, parágrafo, y 24 literal c), *ibídem* disponen que los contratos interadministrativos se celebran directamente y sin incluir ninguna cláusula excepcional y obligatoria.

4°) De manera que los bienes que la Nación cedió a los municipios, mediante la Ley 137 de 1959, actualmente pueden enajenarse en favor de otras entidades públicas -como la Empresa Colombiana de Petróleos- en forma indicada.

5°) El artículo 7° de la ley 98 de 1928 regulaba la adjudicación de **baldíos nacionales** a las personas que los ocuparen "con casa de habitación dentro del perímetro urbano de las poblaciones debidamente organizadas" y además disponía que "estas adjudicaciones no podrán exceder en ningún caso de 2.000 metros cuadrados para cada individuo".

Sin embargo, los artículos 3° y 7° de la Ley 137 de 1959 cedieron a los municipios los baldíos urbanos que se encontraban en su territorio, con la obligación de venderlos "a los propietarios de mejoras" dentro del término de dos años, contados desde la fecha en que entró en vigencia la ley, mediante el procedimiento prescrito por el artículo 4°

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

del estatuto. En consecuencia, desde la fecha en que entró en vigencia, la Ley 137 de 1959 subrogó el artículo 7° de la Ley 98 de 1928.

El artículo 4°, parágrafo, del Decreto 3313 de 1965, a fuerza de reglamentar el artículo 7° de la Ley 137 de 1959, prohibe a los municipios vender a una misma persona un lote de extensión superior "a dos mil metros cuadrados de conformidad con la limitación prevista en el artículo 7° de la Ley 98 de 1928". Pero, por una parte, como se indicó, el artículo 7° de la Ley 98 de 1928, **que regulaba las enajenaciones de los baldíos nacionales**, situados en zonas urbanas, fue subrogado por los artículos 3° y 7° de la Ley 137 de 1959, **que los cedió a los municipios.** Además, esta ley no prescribe ningún límite para las enajenaciones que efectúen los municipios de los mismos bienes. En consecuencia, el artículo 4°, parágrafo, del Decreto Reglamentario 3313 de 1965, además de fundarse en una disposición legal subrogada, que regulaba materia diferente, contraría claramente el artículo 7° de la Ley 137 de 1959 y, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, que regula la excepción de ilegalidad, no puede ser aplicado.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala responde:

1°) De acuerdo con los artículos 36 de la Ley 9a. de 1989 y 13, 14, parágrafo, y 24, literal c), de la Ley 80 de 1993, la Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol- puede adquirir, mediante contratos interadministrativos, celebrados con los correspondientes municipios, bienes fiscales de su propiedad. En ellos están comprendidos los que fueron cedidos a los municipios por los artículos 3° y 7° de la Ley 137 de 1959.

2°) El artículo 4°, parágrafo, del Decreto Reglamentario 3313 de 1965, no puede aplicarse por ser manifiestamente ilegal.

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 la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL-Miembros/**PERIODO**-Vencimiento

Los miembros del Consejo Nacional Electoral, cuyo período constitucional se encuentra vencido, deben permanecer en ejercicio de sus funciones hasta cuando tomen posesión quienes deben reemplazarlos en el nuevo período constitucional, con todos los efectos legales.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación No. 643. Consulta del Ministerio de Gobierno relacionada con la permanencia en el ejercicio de sus funciones del actual Consejo Nacional Electoral.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Gobierno, en oficio No. 1191 de 9 de septiembre en curso, formula a la Sala, en los siguientes términos:

"El Ministerio de Gobierno, a solicitud del señor Registrador Nacional del Estado Civil, doctor Luis Camilo Osorio Isaza, desea conocer el concepto de esa H. Sala sobre la permanencia en el ejercicio de sus funciones del actual Consejo Nacional Electoral.

Dice textualmente el señor Registrador Nacional:

"Atentamente solicito, en forma oficial, comunicar a este Despacho si a partir del 1o. de septiembre de 1994 y, mientras se posesiona el Consejo Nacional Electoral que sea designado, es posible citar al actual Consejo para el cumplimiento de funciones públicas propias de la Organización Electoral, para que actúe en interinidad.

"La Organización Electoral actualmente tramita determinaciones que requieren el necesario concurso del Consejo Nacional Electoral, como son la distribución de los aportes para el financiamiento de las campañas electorales, la determinación sobre la eficacia de la inscripción de ciudadanos no residentes del respectivo municipio, además del trámite de ponencias acerca de sus competencias propias frente a los partidos y movimientos políticos.

"Además, agradeceré confirmar si el ejercicio de tales funciones da lugar al reconocimiento y pago de honorarios y otras erogaciones del estado como viáticos y gastos de transporte.

"Como esta situción surte efectos esta misma semana, reitero la oportunidad de conocer el elevado criterio de la Corporación, en buena hora bajo su dirección."

La Sala considera:

1) Según el artículo 264 de la Constitución, los miembros del Consejo Nacional Electoral son "elegidos por el Consejo de Estado para un período de 4 años" que, según el artículo transitorio 31, inciso 2°, *ibídem* principia el 1° de septiembre de 1994.

2) Según el contexto de la consulta, el señor Registrador Nacional del Estado Civil desea saber si puede no convocar a los miembros del Consejo Nacional Electoral para que ejerzan sus funciones, no obstante encontrarse vencido su período constitucional y haber principiado a regir el nuevo que señala la Constitución.

3) La Sala considera que, según el artículo 281 de la Ley 4a. de 1913, que está vigente, "ningún empledo administrativo dejará de funcionar aunque su período haya terminado, sino luego que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado para el efecto o el suplente respectivo".

Además, el artículo 126, numeral 4°, del Decreto-Ley 2400 de 1968 dispone que el abandono del cargo se produce, entre otros motivos, cuando un empleado sin justa causa "se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo".

En este orden de ideas, el artículo 156 del Código Penal prescribe que "el empleado oficial que abandone su cargo sin justa causa, incurrirá en interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años".

4) La única excepción, prescrita por el artículo 113 del Decreto-Ley 2400 de 1968, consiste en la facultad legal de un empleado, que renuncia a un cargo de voluntaria aceptación, para separarse del mismo, "sin incurrir en abandono del empleo", si transcurridos 30 días desde la fecha de la renuncia no ha sido aceptada.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala responde:

Los miembros del Consejo Nacional Electoral, cuyo período constitucional se encuentra vencido, deben permanecer en ejercicio de sus funciones hasta cuando

tomen posesión quienes deben reemplazarlos en el nuevo período constitucional, con todos los efectos legales.

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 la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 30 de septiembre de 1994.

CAMARA DE REPRESENTANTES/ORDENACION DEL GASTO/DELEGACION DE FUNCIONES-Improcedencia**/CONTRATACION ADMINISTRATIVA/DELEGACION.**

El Presidente de la Cámara de Representantes podrá delegar la facultad de contratar, siempre y cuando se determinen en la nomenclatura de la corporación los cargos de nivel directivo, ejecutivo o equivalentes. La delegación se deberá sujetar a las cuantías previstas en el artículo 14 del Decreto 679 de 1994. En el evento de que se determinen los cargos en los cuales puede legalmente recaer la delegación de celebrar contratos, esta delegación no implica la función de ordenación del gasto. La función de ordenación del gasto o de pago del valor de los contratos, es diferente de la actividad de contratación propiamente tal. Por tanto, el presidente de la Cámara debe regirse para ejercer la función de ordenación del gasto por la Ley 38 de 1989 y por el Decreto Reglamentario 870 del mismo año, estatutos que no han previsto la delegación. En cambio, para el ejercicio de la facultad de contratación se rige por la Ley 80 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco.*

Referencia: Radicación No. 623. Consulta relacionada con la ordenación del gasto en la Cámara de Representantes y la delegación para contratar prevista en la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994.

El señor Ministro de Gobierno formula a la Sala la consulta en los siguiente términos textuales:

"El Ministerio de Gobierno, a solicitud del Presidente de la H. Cámara de Representantes, desea conocer el concepto de esa H. Sala respecto a los alcances de la delegación a que se refiere la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, y si la misma implica para el delegatario la ordenación del pago a favor de los contratistas, delegación que a su turno está contemplada en el artículo 91 de la Ley 38 de 1989 y Decreto 2004 de 1992.

El Sr. presidente de la H. Cámara de Representantes, sobre el particular expone:

"La Cámara de Representantes está interesada en conocer el criterio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en relación con la interpretación y aplicación de la Ley 80 de 1993, sobre contratación estatal, concretamente en materia de delegación según los artículos 12 y 25 numeral 10 y Decreto 679 de 1994, artículo 14.

I.- La Ley 38 de 1989 en su artículo 91 determinó:

Artículo 91. La facultad de ordenar los gastos en los Ministerios y Departamentos Administrativos...

En el Congreso Nacional la facultad de ordenar los gastos la ejercerán por separado las Mesas Directivas de cada Camara. (Lo resaltado está fuera de texto).

El Decreto No. 870 de 1989 en sus artículos 1o. y 2o., determina que:

Artículo 1o. De conformidad con el artículo 91 de la Ley 38 de 1989, las Mesas Directivas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, ordenarán el gasto, por separado, con cargo a sus respectivos presupuestos, a través del Presidente del Senado, o de la Cámara, según el caso.

Parágrafo: Las Mesas Directivas de Senado y Cámara podrán delegar, mediante resolución, la función ordenadora, en el Primer Vicepresidente o segundo Vicepresidente de acuerdo con las necesidades de cada Corporación".

Artículo 2o. El Congreso para la ordenación del gasto, observará en la contratación, además de los requisitos establecidos en normas especiales para la Nación, los que exige el Decreto extraordinario 222 de 1983 y demás normas que lo modifiquen y/o adicionen".

De conformidad con las normas transcritas, la ordenación del gasto con ocasión de la celebración de contratos, correspondía a las Mesas Directivas de Senado y Cámara, quienes podían delegarla en los Primero y Segundo Vicepresidente, de cada Corporación.

La Ley 5a. de 1992, en su artículo 378, estableció que la ordenación del gasto en el Senado estaría a cargo del Director General, guardando silencio respecto de la Cámara de Representantes. Artículo 378: "Ordenación del Gasto. A partir de la vigencia de la presente ley, el Senado de la República ordenará el gasto, con cargo a su respectivo presupuesto a través de su Director General".

II. Una vez expedida la Ley 80 de 1993 sobre contratación estatal, cuyo propósito es la celeridad y economía en la ejecución de los trámites previos a la contratación, como la licitación o concurso, y posteriores como la ejecución y cumplimiento del contrato, entre otros, previó en sus artículos 12 y 25 numeral 10, la delegación total o parcial para contratar, en los siguientes términos.

ARTICULO 12. DE LA DELEGACION PARA CONTRATAR. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

ARTICULO 25. DEL PRINCIPIO DE LA ECONOMIA. En virtud de este principio:

... 3o. Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

4o. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato.

10. Los jefes o representantes a los que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de la presente ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento.

El Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 del mismo año, en su artículo 14 prevé la delegación para contratar así:

ARTICULO 14. De la delegación de la facultad de celebrar contratos. En virtud de lo previsto en el artículo 25, numeral 10, de la Ley 80 de 1993, los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrán delegar en los funcionarios que desempeñen cargos en los niveles directivo, ejecutivo, o equivalentes, la adjudicación, celebración, liquidación, términación, modificación, adición o prórroga de contratos y **los demás actos inherentes a la actividad contractual** en las cuantías que señalen las juntas y consejos directivos de las entidades..." (lo resaltado está fuera de texto).

El proceso de contratación consta de varias etapas, unas anteriores a la celebración como la licitación, concurso o las cotizaciones, dependiendo de la

cuantía o la clase de contrato, y otras posteriores que nacen, o que son la consecuencia de la celebración del contrato, como son entre otras, la ejecución, interpretación, modificación, liquidación, adición, y demás actos inherentes a la actividad contractual, entre los que se puede contar el "pago de las sumas pactadas en el contrato", para dar cumplimiento a una de las cláusulas sobre precio y forma de pago. En todo este procedimiento debe tenerse en cuenta el "principio de economía" ya transcrito en algunos de sus apartes, para simplificar y agilizar el proceso de la contratación.

Por otra parte, según las normas transcritas, en materia de contratación, el jefe de la entidad, que para el caso en estudio es el Presidente de la Cámara, está facultado para delegar total o parcialmente la facultad de contratar a nombre de la entidad, en funcionarios del nivel directivo o ejecutivo o sus equivalentes. Si delega la facultad de contratar a nombre de la entidad, hasta por determinada cuantía, el delegatario deberá adelantar los trámites que se requieran, licitación, concurso de méritos o cotizaciones, según la cuantía o clase de contrato, hasta llegar a la suscripción del mismo, que es el objeto principal de la delegación para contratar, no se trata de adelantar una licitación o concurso por hacerlo, sino que dichas actuaciones están encaminadas hacia un objeto principal que es la celebración del contrato. Una vez celebrado éste, nacen unas obligaciones y derechos de las partes cuyo origen es el contrato; entre estas obligaciones se encuentran la de cancelar las sumas que se hayan pactado, es decir la de ordenar el pago de las mismas, en las condiciones que se hayan acordado.

Así mismo puede ocurrir que el jefe de la entidad no quiera delegar totalmente la facultad de contratar, sino sólo algunos de los trámites inherentes a la contratación, como el correspondiente a la licitación, pero se reserva la facultad de adjudicar el contrato y entonces así lo dirá en el acto de la delegación.

Como existen algunas dudas sobre el tema, de acuerdo con las normas transcritas y con las consideraciones expuestas se consulta:

1. Puede el Presidente de la Cámara de Representantes delegar en un funcionario del nivel directivo o ejecutivo o equivalentes, la facultad de contratar a nombre de la entidad hasta por la cuantía para la cual está autorizado a delegar?

2. Teniendo en cuenta la Ley 80 tantas veces citada, y los principios que la informan, entre otros el de la economía, si el Presidente de la Cámara delega en el Secretario General de la Corporación la celebración de contratos a nombre de la entidad, dicho funcionario como delegatario, para dar cumplimiento al contrato que suscribió, puede ordenar el pago de las sumas pactadas con ocasión del contrato, así como realizar los demás actos inherentes a la actividad contractual, como la liquidación, la adición, la terminación, etc. tal como ocurría con la delegación que hacía el Presidente de la República en los Ministros para contratar hasta por determinada cuantía, mediante el Decreto 402 de 1983, sin

que fuera necesario para cada actuación de estas proferir un Decreto de delegación?

3. Puede entenderse que, la ordenación del pago que se desprende de la actividad contractual, conforme a las disposiciones y principios de la citada Ley 80, corresponde al Presidente de la Cámara, quien podrá delegarla en el Secretario General, como funcionario del nivel directivo, sin que tenga que acudir al Primer o Segundo Vicepresidente para dicha delegación, tal como lo establecía el Decreto Reglamentario 870 de 1989. De lo contrario el funcionario delegatario tendrá facultad para celebrar el contrato, que es el acto principal del proceso de contratación, pero no tendría competencia para darle cumplimiento a las obligaciones que se desprenden del contrato celebrado por él, como sería la de ordenar su pago?

I.- Antecedentes constitucionales.

1. Dispone el artículo 150 inciso final de la Constitución Política:

"Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional".

2. Por su parte, el artículo 189 ibídem dispone que le corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa.

"23. Celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y a la ley".

3. Ahora bien, el artículo 352 de la Carta establece que la ley orgánica del presupuesto, regulará además, la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

II.- Antecedentes legislativos.

1. La ley otorga capacidad para celebrar contratos, no sólo a las personas jurídicas de derecho público determinadas en el literal a) del artículo 2o. de la Ley 80 de 1993, sino también a organismos y dependencias del Estado que carecen de atributo de la personalidad jurídica como son las enumeradas en el literal b) del artículo 2o. *ibídem*. En esta última situación se encuentran: Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los Ministerios, los Departamentos Administrativos, las Superintendencias y las unidades administrativas especiales.

2. El artículo 11 de la Ley 80 de 1993, dispone:

"En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2o.:

1. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas, será del jefe o representantes de la entidad, según el caso.

2. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República.

3. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva:

a)... el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes...".

3. Por su parte, el artículo 12 de la misma Ley 80, establece que los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

4. El artículo 25 numeral 10 dispone:

"Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento".

5. En la Ley 80 de 1993 se prevé sobre responsabildad contractual, en su artículo 26 lo siguiente:

"... 2. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

"... 4. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma".

Este principio se desarrolla luego en los artículos 50 y 51 en lo que hace relación con la responsabilidad de las entidades estatales y de los servidores públicos.

Y para efectos de la ley mencionada, son servidores públicos, entre otros, los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas (art. 2o. numeal 2o. literal b).

6. El Gobierno reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993 a través del Decreto 679 de 1994, y en cuanto a la delegación de la facultad de celebrar contratos, determinó en el artículo 14:

"Los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrán delegar en los funcionarios que desempeñen cargos en los niveles directivo, ejecutivo o equivalentes, la adjudicación, celebración, liquidación, terminación, modificación, adición y prórroga de los contratos y los demás actos inherentes a la actividad contractual en las cuantías que señalen las juntas o consejos directivos de las entidades. Cuando se trate de entidades que no tengan dicho órgano directivo, la delegación podrá realizarse respecto de contratos cuya cuantía corresponda a los siguientes valores...".

En el inciso 4o. *ibídem* se dispone:

"Los delegados no podrán subdelegar en otros funcionarios la realización de los actos o la celebración de los contratos objeto de la delegación".

Se agrega que lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la delegación realizada por el Presidente de la República para celebrar contratos a nombre de la Nación por los Decretos 1789 de 1991, 1929 de 1991 y 94 de 1994.

III.- Consideraciones de la Sala:

1. Capacidad de contratación.

Tradicionalmente en nuestro derecho público, la facultad de contratación por parte del Estado se reservó a la Nación como persona jurídica, representada por el Presidente de la República o por la persona en quien éste delegase. Esta facultad de contratación se extendió a otras entidades del Estado que tuvieran personería jurídica, las que actuaban por intermedio de sus representantes legales. Con la expedición de la Ley 80 de 1993 se modificó esta concepción jurídica; en efecto, de conformidad con lo establecido por el artículo 2o. se concedió facultad para contratar a otras entidades estatales carentes de personería jurídica y que se mencionan de manera concreta y expresa en el artículo citado. Entre ellas se incluye la Cámara de Representantes.

Pero ello no quiere decir que las actividades públicas enumeradas en el literal b) del artículo 2o. de la Ley 80 de 1993 hubiesen adquirido personería jurídica por el hecho de la expedición de la ley; debe entenderse que tales entidades, entre las cuales se encuentra la cámara de Representantes, pueden celebrar contratos conforme a las disposiciones que regulan la materia. La Nación continúa siendo persona jurídica y de consiguiente goza de capacidad autónoma, patrimonio propio y representación legal, esta última radicada en el Presidente de la República (art. 80 Ley 153 de 1887).

Por otra parte, en el artículo 12 de la misma ley se dispuso que la competencia para dirigir la realización de licitaciones o concursos y para escoger contratistas se reserva

a los representantes legales y a los jefes de las entidades oficiales, lo que equivale a decir para el caso del organismo citado que tal facultad corresponde al Presidente de la Cámara de Representantes.

En la exposición de motivos del proyecto de ley sobre contratación se expresó lo siguente:

> "Respetando ese lineamiento trazado por la propia Carta Política, según el cual el Presidente representa a la Nación en la celebración de contratos, los artículos 2 y 11 del proyecto de ley regulan la competencia de las entidades estatales para celebrar contratos, cuando preceptúan que tienen capacidad para contratar, no a nombre de la Nación, pues como se indicó ello compete al Presidente de la República, "los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes y los jefes de unidades administrativas especiales". Empero, la disposición es más amplia cuando en el numeral tercero se reconoce capacidad para contratar a otros servidores públicos que dadas sus funciones dentro de la pirámide jeráquica de las diferentes ramas del poder público, es menester conferirles tal atribución en procura de la agilidad, la celeridad y la eficacia en el desarrollo de sus atribuciones.
>
> Se evita así la parálisis y los entrabamientos que hoy se ocasionan como consecuencia de no permitirse siquiera la contratación de los elementos mínimos para su funcionamiento, lo que provoca que deba recurrir a otras esferas administrativas para proveerse de esos bienes o servicios. Con la norma, pues, se subsana esa situación que de todas formas consulta los principios rectores de la función administrativa contemplados en el artículo 209 de la Carta.
>
> Los servidores públicos que en desarrollo de lo expuesto tienen competencia para contratar en representación de las entidades a las cuales pertenecen son el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación y el Registrador Nacional del Estado Civil.
>
> ... En este punto, es decir, en relación con el sujeto público que se contrata se presenta un cambio con la legislación vigente. En efecto, el estatuto no se refiere a personas y por tanto no parte del supuesto de que los entes públicos contratantes son exclusivamente la Nación Colombiana y las entidades descentralizadas, dotadas todas ellas por definición de personería jurídica.
>
> Según consta en el proyecto a que se ha hecho referencia, y en relación con personas jurídicas estatales, la facultad para contratar que tradicionalmente se había reservado con exclusividad para éstas, se le ha extendido a otras entidades carentes de personería jurídica, con lo cual se dejó de un lado una ortodoxia

mantenida por decenios, sobre este aspecto del derecho. Esto quiere decir que al referirse a los sujetos del contrato, no se "hable solamente de personas como ocurría en el pasado, sino por lo que hace al sector oficial de la contratación, a la parte pública del contrato, al extremo(?) público del contrato hablamos de entidades públicas y al hablar de entidades públicas no es necesario que ellas tengan personería jurídica" (Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Seminario sobre el futuro régimen de la Contratación Pública. Cámara de Comercio. Consejería para la Modernización del Estado. Cali, julio 3 de 1992).

2. Delegación para contratar.

La delegación en general consiste en "dar una persona a otra jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación".

La delegación en términos jurídicos más concretos, es el traslado de competencia de una autoridad a otra. La Ley 80 de 1993 autoriza a los jefes y a los representantes legales de las entidades estatales para delegar, total o parcialmente, la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo, ejecutivo o sus equivalentes. Esto quiere decir que en el Congreso, la facultad de delegar, total o parcialmente la competencia para contratar, está asignada al presidente del Senado y en el caso de la consulta al presidente de la Cámara de Representantes.

Tal delegación puede recaer indistintamente sobre la totalidad de la tramitación tendiente a la celebración de los contratos o sobre una parte de ésta. El Decreto reglamentario menciona como actos delegables: la adjudicación, celebración, liquidación, terminación, modificación, adición y prórroga, y termina diciendo "y los demás actos inherentes a la actividad contractual en las cuantías que señalen las juntas o consejos directivos de las entidades". Cuando se carezca de tales órganos directivos, la facultad de delegación sólo tendrá operancia respecto de los contratos cuya cuantía sea igual o inferior a cien salarios mínimos legales mensuales, o igual o inferior al doble de los montos fijados por la ley a la respectiva entidad para que el contrato sea de menor cuantía o no requiera formalidades plenas. En el Ministerio de Defensa, la delegación podrá hacerse en relación con contratos hasta por un valor de diez mil salarios mínimos legales mensuales (Decreto 679 de 1994, artículo 14).

Ahora bien, el ejercicio de la facultad de delegación en los cargos de nivel directivo, ejecutivo o sus equivalentes en la rama ejecutiva del poder público no presenta dificultad por cuanto esos cargos están determinados por el Decreto 1042 de 1978, adicionado por el Decreto 123 de 1994. En efecto, el nivel directivo comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general de los organismos principales de la rama ejecutiva del poder público, de formulación de políticas y de adopción de planes y programas para su ejecución. Por su parte el nivel ejecutivo, según el mismo Decreto 1042, comprende los empleos cuyas funciones consisten en la dirección, coordinación y control de las unidades o dependencias internas de los organismos de la rama ejecutiva que se encargan de ejecutar y desarrollar sus políticas, planes y programas.

Sin embargo, esa clasificación no se presenta en la rama legislativa, por cuanto ésta tiene su reglamento particular contenido en la Ley 5a. de 1992, cuya nomenclatura difiere de la establecida para la rama ejecutiva; como es bien sabido toda la delegación debe estar prevista de manera concreta y precisa; por ello no es acertado que se puedan establecer equivalencias y es lo que ocurre para el caso de la Cámara en razón de la vigencia de la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994.

Consecuencialmente, mientras no se determinen los cargos a nivel directivo y ejecutivo en la Cámara de Representantes, no puede tener cabida la delegación para la celebración de contratos por parte de tal corporación pública.

3. Ordenación del gasto en las cámaras legislativas.

El artículo 151 de la Constitución Política autoriza al Congreso para expedir leyes orgánicas a las cuales está sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Dispone además que "por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo".

La Ley 38 de 1989, orgánica del Presupuesto General de la Nación, dispone en su artículo 91 que:

> "En el Congreso Nacional la facultad de ordenar los gastos la ejercerán por separado las Mesas Directivas de cada Cámara".
>
> Y agrega en el inciso 4o.:
>
> "El Gobierno Nacional expedirá los procedimientos y normas necesarias para la adecuada ejecución de dicha función ordenadora".

La función de ordenación del gasto por el Congreso fue reglamentada por el Decreto 870 de 1989, que en el artículo 1o. estableció:

> "De conformidad con lo preceptuado por el artículo 91 de la Ley 38 de 1989, las Mesas Directivas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, ordenarán el gasto, por separado, con cargo a sus respectivos presupuestos, a través del presidente del Senado o de la Cámara, según el caso.
>
> Parágrafo. Las Mesas Directivas de Senado y Cámara podrán delegar,mediante resolución, la función ordenadora, en el primer vicepresidente o segundo vicepresidente de acuerdo con las necesidades de cada corporación".
>
> En el año 1992, se expidió la Ley 5a. contentiva del reglamento del Congreso; vale decir, del Senado y de la Cámara de Representantes. Esta ley, contempla la ordenación del gasto, en los siguientes términos:
>
> "A partir de la vigencia de la presente ley, el Senado de la República ordenará el gasto, con cargo a su respectivo presupuesto a través de su **Director**

General". Sin embargo, no se hizo referencia alguna sobre el ejercicio de dicha función en relación con la Cámara de Representantes; esto significa que la ordenación del gasto, en la Cámara de Representantes esta reglamentada de manera diferente a la forma como está establecida para la contratación estatal. Así que la función de ordenación del gasto, en cuanto se refiera al Senado de la República, compete al Director General; pero tratándose de la Cámara de Representantes, subsiste en la Mesa Directiva a través de su Presidente de conformidad con lo dispuesto por la Ley 38 de 1989 y el Decreto Reglamentario 870 del mismo año.

Debe precisarse que la facultad para celebrar contratos no implica la de la ordenación del gasto. Si bien es cierto que en la actividad contractual se presentan varias etapas como son: la precontractual, la contractual propiamente dicha y la de terminación o liquidación del contrato, no puede argüirse que el pago de las sumas pactadas involucra la de la ordenación del gasto. Como se afirmó, la ordenación del gasto es muy distinta de la celebración de contratos, lo que explica su reglamentación diferente.

IV.- Respuestas de la Sala:

1. El presidente de la Cámara de Representantes podrá delegar la facultad de contratar, siempre y cuando se determinen en la nomenclatura de la Corporación los cargos de nivel directivo, ejecutivo o equivalentes. La delegación se deberá sujetar a las cuantías previstas en el artículo 14 del Decreto 679 de 1994.

2. En el evento de que se determinen los cargos en los cuales puede legalmente recaer la delegación de celebrar contratos, esta delegación no implica la función de ordenación del gasto.

3. La función de ordenación del gasto o de pago del valor de los contratos, es diferente de la actividad de contratación propiamente tal. Por tanto, el presidente de la Cámara debe regirse para ejercer la función de ordenación del gasto por la Ley 38 de 1989 y por el Decreto Reglamentario 870 del mismo año, estatutos que no han previsto la delegación. En cambio, para el ejercicio de la facultad de contratación se rige por la Ley 80 de 1993 y sus Decretos reglamentarios.

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 la Sala; *Jaime Betancur Cuartas,* (con Salvamento de Voto); *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo,* (con Salvamento de Voto); *Francisco Zuleta Holguín,* Conjuez.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 30 de septiembre de 1994.

CAMARA DE REPRESENTANTES/PRESIDENTE-Facultades/**CELEBRACION DE CONTRATOS**-Improcedencia/**DELEGACION DE FUNCIONES**-Improcedencia/(Salvamento de Voto).

La Sala debió absolver la consulta del señor Ministro de Gobierno en el sentido de señalar que el Presidente de la Cámara de Representantes, según la Constitución, jurídicamente no puede celebrar " contratos estatales" ni menos delegar una facultad que no tiene ni puede tener.

Salvamento de Voto: Doctores Humberto Mora Osejo y Jaime Betancur Cuartas.

Referencia: Radicación No. 623. Consulta del Ministerio de Gobierno, relacionada con la delegación de funciones.

Los suscritos consejeros disentimos del concepto mayoritario por los siguientes motivos:

1°) Los organismos del Estado constituyen una unidad que tiene por objeto realizar las tareas o cometidos que le asigna la Constitución. Esto explica que todos concurran en una sola persona jurídica que, reconocida por la ley como la Nación (artículo 80 de la Ley 153 de 1887), celebra los contratos del Estado de conformidad con la Constitución. El Presidente de la República representa administrativamente a la Nación, previa autorización legal (artículos 150, numeral 9°, y 189, numeral 23, de la Constitución); además, el Congreso, mediante ley, debe aprobar o improbar los contratos que celebre sin su autorización (artículo 150, numeral 14 de la Constitución).

De este modo, todas las ramas del poder público, como integrantes del Estado, concurren en la persona de derecho público denominada Nación. **Solamente ella es el sujeto de derechos y obligaciones que personifica el Estado y que, mediante convenios o contratos, lo puede comprometer.**

2°) El régimen expuesto, que es el tradicional del país, porque corresponde -como la mayoría reconoce- a "una ortodoxia mantenida por decenios, sobre este aspecto del derecho", también era el de la anterior constitución: el artículo 76, ordinales 11 y 16, atribuía al Congreso autorizar o aprobar, mediante leyes, los contratos que el Presidente de la República debía celebrar en representación del Estado con el nombre de Nación (artículos 120, ordinal 13, de la anterior constitución y 80 de la Ley 153 de 1887).

3°) Solamente por excepción expresa la Constitución faculta al Registrador Nacional del Estado Civil, de acuerdo con la ley, para celebrar contratos relativos a esa entidad, en representación de la Nación, y contempla que la ley puede autorizar al Contralor General de la República para contratar, "en casos especiales", el control fiscal que le corresponde con "empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos..." (artículos 266, inciso 2°, y 267, inciso 2°, de la Constitución).

Además, las entidades descentralizadas de carácter nacional, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales, de diversos grados, y unidades administrativas especiales, **tienen personería jurídica y como tales son sujetos de derechos y obligaciones que pueden contratar.** Estas entidades, **aunque originadas en el Estado, son las únicas que jurídicamente se diferencian y no se confunden con la Nación.**

4°) Según el artículo 211 de la Constitución de 1991, la ley debe determinar "las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine...". De manera que, a diferencia de la anterior constitución que sólo contemplaba que el Presidente de la República, autorizado por la ley (artículo 135 ibídem), podía delegar sus funciones en los ministros, directores de departamentos administrativos y en los gobernadores, **el nuevo estatuto constitucional amplía, sin prescribir límite, su posibilidad de delegación, con la evidente finalidad de desconcentrarlas en todas las ramas del poder público y en todos los ámbitos del país.**

De este modo la misma Constitución -en el artículo 211- contempla la desconcentración de las facultades presidenciales -entre las cuales se cuenta la de contratar en representación del Estado con el nombre de la Nación- y hace innecesario utilizar procedimientos inconstitucionales -como facultar a unos empleados, sin que representen a ninguna persona jurídica, para celebrar "contratos estatales"- para efectuarla. **Realmente sorprende que se soslaye o desdeñe el procedimiento constitucional de la delegación de funciones y se opte por la inconstitucional contratación.**

5°) El artículo 209 de la Constitución prescribe los principios que presiden la función pública, como los de eficacia, economía y celeridad, **pero cada uno de ellos debe ser observado por los órganos o funcionarios competentes, sin que la mencionada disposición autorice, paradógica y contradictoriamente, utilizar procedimientos inconstitucionales para cumplirlo.**

6°) La mayoría afirma que la facultad de contratar otorgada a unos empleados, sin que tengan la representación de personas jurídicas, es conveniente porque "es menester conferirles tal atribución en procura de la agilidad, la celeridad y la eficacia en el desarrollo de sus atribuciones". Pero, por una parte, el artículo 209 de la Constitución prescribe, entre otros, los mencionados principios de la función pública para que se observen sin mengua o infracción de los demás preceptos de la Constitución, entre ellos los que prescriben que el Presidente de la República, autorizado por la ley, celebra los contratos de la Nación, mientras no delegue sus funciones; además, **se trata de un criterio de conveniencia, contrario a las previsiones de la Constitución, que jurídicamente no puede prevalecer sobre ella.**

7°) La mayoría admite, de acuerdo con la exposición de motivos, que la Ley 80 de1993 contraría el principio tradicional según el cual sólo las personas jurídicas de Derecho Público, debidamente autorizadas y representadas, pueden contratar. "En efecto -afirma-, de conformidad con lo establecido por el artículo 2° se concedió facultad para contratar a otras entidades carentes de personería jurídica... Pero ello no quiere decir -agrega- que las entidades públicas enumeradas en el literal b) del artículo 2° de la Ley 80 de 1993 hubieses adquirido personería jurídica por el hecho de la expedición de la ley; debe entenderse que tales entidades, entre las cuales se encuentra la Cámara de Representantes, puede celebrar contratos conforme a las disposiciones que regulan la materia. La Nación continúa siendo persona jurídica y de consiguiente goza de capacidad autonóma, patrimonio propio y representación legal, esta última radicada en el Presidente de la República (artículo 80 de la Ley 153 de 1887)...".

De manera que, según el criterio de la mayoría, al principio clásico, ínsito en la Constitución, que postula que sólo las personas jurídicas de Derecho Público pueden contratar, se yuxtapone o agrega el de carácter legal conforme al cual las dependencias mencionadas en el artículo 2°, letra b), de la Ley 80 de 1993, sin ser personas jurídicas, también pueden contratar.

Pero, por una parte, la mayoría nada dijo acerca de la notoria, ostensible oposición entre el principio clásico y el pragmático que los hace claramente inconciliables: **¿Cuándo el contrato celebrado por el Presidente de la Cámara, que no representa a nadie, puede prevalecer sobre el convenido por el Presidente de la República en representación de la Nación, contemplado por la Constitución y autorizado por la ley sobre la misma materia?.** Además, **desde épocas remotas de la historia humana el convenio o contrato siempre se ha celebrado entre personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas.** El "contrato legalmente

celebrado es una ley para los contratantes" (artículo 1602 del Código Civil), porque quienes lo celebran son personas: por eso también es posible invalidarlo por "consentimiento mutuo". Sin embargo, **contrariando el sentido esencial y la historia de la institución, los artículos 2°, letra b), y 11, ordinal 3°, literal a), de la Ley 80 de 1993 facultan para celebrar "contratos estatales" -no particulares- a los empleados que menciona la última de las citadas disposiciones, sin que representen a ninguna persona jurídica de Derecho Público, es decir, sin que exista una de las partes contratantes: en estas condiciones, como no hay acuerdo de voluntades de dos personas, el contrato es inane y contrario, por lo mismo, a la seguridad jurídica.**

8°) El artículo 2° de la Ley 80 de 1993 es en sí mismo contradictorio: mientras en el literal a) determina las personas jurídicas que, de conformidad con la Constitución, puede contratar, el literal b), **contrariando la Constitución y en oposición al literal a) del mismo precepto, faculta para celebrar "contratos estatales" a dependencias que, como reconoce la mayoría, no tiene personería jurídica.**

9°) Los artículos 150, numerales 9° y 14, y 189, numeral 23, de la Constitución prescriben que el Congreso, mediante ley, autoriza o aprueba los contratos que celebra la Nación, representada por el Presidente de la República o su delegado. De este modo la Constitución claramente prescribe las facultades del Congreso y del Gobierno sobre la materia: ellas son concurrentes y exclusivas. En consecuencia, **jurídicamente no es posible que la ley faculte al Presidente de la Cámara para contratar no obstante que, según la Constitución, esa atribución corresponde al Presidente de la República, mediante autorización del Congreso, que está integrado por el Senado y la mencionada Cámara.**

10°) Las facultades de las ramas del poder público se originan en la Constitución. Cada una actúa en su respectiva órbita que no puede trasgredir. Según el artículo 114 de la Constitución, "corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control sobre el gobierno y la administración", de conformidad con las reglas pertinentes de la misma carta. Además, los artículos 173 y 178 de ese estatuto prescriben, respectivamente, facultades especiales para el Senado y la Cámara de Representantes.

De manera que **las facultades del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes provienen directamente de la Constitución.** Y en relación con la organización del Congreso, el artículo 150, numeral 20, ibídem específicamente lo autoriza para "crear los servicios administrativos y técnicos de las cámaras".

De donde se concluye que el Congreso, mediante leyes, no puede autoconferirse funciones, sin quebrantar el ordenamiento jurídico. Sin embargo, **los artículos 2°, letra b), y 11, ordinal 3°, letra a), de la Ley 80 de 1993 facultan a los presidentes del Senado y de la Cámara para contratar, sin facultades constitucionales para ello, contrariando además los artículos 150, numerales**

9° y 14, y 189, numeral 23, de la carta que atribuyen al Presidente de la República, autorizado por la ley, celebrar los contratos de la Nación.

11°) El artículo 150, numeral 25, inciso final, dispone que "compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración nacional", **con referencia inequívoca a la rama ejecutiva del poder público, no al Congreso. En consecuencia, los artículos 2°, literal b) y 11, ordinal 3°, letra a), de la Ley 80 de 1993 por este aspecto también contrarían la Constitución en cuanto facultan para contratar a los presidentes del Senado y de la Cámara sin que la Constitución atribuya competencia al Congreso para tomar esa determinación.**

12°) El artículo 352 de la Constitución prescribe que corresponde a la ley orgánica del presupuesto nacional regular, entre otras materias, "la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar". De donde claramente se deduce que sólo la ley orgánica del presupuesto nacional, de conformidad con la Constitución, puede reconocer a determinados "organismos y entidades" personería jurídica para contratar; que esa ley no puede facultar a simples empleados, sin representación de personas jurídicas de Derecho Público, para celebrar "contratos estatales" y que las leyes ordinarias, como la número 80 de 1993, no pueden hacer esas regulaciones. **De manera que, los artículos 2°, literal b), y 11, ordinal 3°, literal a), de la Ley 80 de 1993, en cuanto facultan al Presidente de la Cámara de Representantes para contratar evidentemente infringen el artículo 352 de la Constitución.**

13°) En fin, la Sala de Consulta del Consejo de Estado, en conceptos de 11 de mayo y 10 de julio de 1989 y en providencias de 13 de octubre y 6 de noviembre de 1992 y 4 de febrero de 1993, **expuso y reiteró el concepto según el cual jurídicamente no es posible que el Presidente de la Cámara de Representantes celebre "contratos estatales" porque los de la Nación, según la Constitución, sólo los puede suscribir, autorizado por la ley, el Presidente de la República.** Así, en providencia de 13 de octubre de 1992, la Sala de Consulta unánimemente afirmó:

> "Pero ocurre que el Congreso Nacional no puede arrogarse la atribución de celebrar contratos a nombre de la Nación, ni tampoco directamente o por intermedio de sus Cámaras, sin infringir preceptos de jerarquía constitucional. En efecto:
>
> "A. La celebración de contratos a nombre de la Nación, corresponde al Presidente de la República, en su calidad de "suprema autoridad administrativa". (Artículo 189, numeral 23).
>
> "B. Al Congreso le corresponde "Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos..." (Artículo 150, numeral 9), así como "Aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiere celebrado el Presidente de la República, con particulares, compañías o entidades públicas, sin autorización previa (Artículo 150, numeral 14).

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

14°) De todo lo expuesto se deduce que los artículos 2°, literal b), y 11, ordinal 3°, literal a), de la Ley 80 de 1993 son claramente inconstitucionales por muchos motivos. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 4° de la Constitución, que instituye la excepción de inconstitucionalidad, no se los puede aplicar.

En conclusión: consideramos que, por todos los motivos expuestos, la Sala debió absolver la consulta del señor Ministro de Gobierno **en el sentido de señalar que el Presidente de la Cámara de Representantes, según la Constitución, jurídicamente no puede celebrar "contratos estatales" ni menos delegar una facultad que no tiene ni puede tener.**

Fecha *ut supra.*

Humberto Mora Osejo, Jaime Betancur Cuartas.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 30 de septiembre de 1994.

SECCION PRIMERA

MOIR/PERSONERIA JURIDICA- Cancelación/**MOIR-** Representante Legal/ **NOTIFICACION/CARGA DE LA PRUEBA/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/CADUCIDAD**

Correspondía al actor la carga de probar que cuando se expedieron y notificaron los actos acusados el señor JAIME MORENO GARCIA a quien el Consejo Nacional Electoral tuvo como respresentante legal del MOIR y quien invocó tal calidad, no ostentaba dicha representación legal. La simple afirmación de que los referidos actos no fueron notificados al doctor Francisco Mosquera - quien sólo demuestra ser el representante legal desde el 10 de septiembre de 1993, según se infiere del texto de la certificación mas no con anterioridad a dicha fecha y concretamente para la época en que se produjo la notificación de los actos cuestionados, no es suficiente para deducir que la pretendida irregularidad abre las puertas para accionar en cualquier tiempo. Se concluye entonces que, habiendo quedado legalmente notificada por edicto de la Resolución 118 de 10 de noviembre de 1992 el 9 de diciembre del mismo año, para la fecha en que se presentó la demanda (31 de enero de 1994), había transcurrido el término de cuatro meses que señala el artículo 136 del C.C.A., lo cual inhibe a la Sala de hacer un pronunciamiento de mérito, por caducidad de la acción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C. siete (7) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2784. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Actor: Movimiento Obrero Independiente Revolucionario -MOIR-.

El MOVIMIENTO OBRERO INDEPENDIENTE REVOLUCIONARIO -MOIR- a través de apoderado y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 91 de 25 de agosto 1992 y 118 de 10 de noviembre del mismo año, expedidas por el Consejo Nacional Electoral, por medio de las cuales se declaró extinguida la personería jurídica de dicho movimiento, y, que, a título de restablecimiento del derecho se le restituya tal personería en las mismas condiciones en que venía ejerciendo y cumpliendo sus derechos y obligaciones.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Señala el actor como violados con los actos acusados el Preámbulo y los artículos 1o., 2o., 5o., 14, 20, 23, 29, 38, 40, 58, 83, 107, 108, 112, 152, 228 y 265 de la Constitución Política; y el Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral).

Hace consistir el concepto de la violación a través de los siguientes cargos, los cuales pueden sintetizarse así:

PRIMER CARGO:

Se ha violado el Preámbulo de la Constitución Política al desconocer los postulados democráticos de la convivencia, la justicia y la paz, dentro de los cuales se encuentra el reconocimiento y existencia de los partidos políticos.

Al no permitir a los ciudadanos las autoridades electorales ejercer el derecho a expresar libremente su pensamiento político a través de los partidos políticos, se desconoce el artículo 1o. *ibídem* que identifica a Colombia como un Estado Social de Derecho con su condición democrática, participativa y pluralista.

Se quebranta el artículo 2o. *ibídem* por cuanto el medio más expedito para participar en la vida política es el partido político, sea éste mayoritario o minoritario.

El derecho a fundar partidos está dentro de los derechos inalienables de las personas cuya primacía reconoce el artículo 5o. *ibídem*.

El artículo 14 de la Carta reconoce el derecho a la personalidad jurídica. En consecuencia, la cancelación o extinción de la personería jurídica desconoce esta garantía constitucional.

La libertad de expresar y difundir el pensamiento que garantiza el artículo 20 de la Carta, comprende la expresión personal y asociada que pude realizarse por medio de los movimientos políticos, los cuales al ser privados de personería jurídica se ven limitados y sus afiliados impedidos a ejercer este derecho.

Al negar, suprimir o extinguir personerías jurídicas, se desconoce el derecho de petición garantizado en el artículo 23 de la Carta.

Se vulneró el artículo 29 de la Carta porque no se ha especificado en ninguna norma constitucional o legal la competencia para declarar la existencia de las personerías jurídicas de los partidos políticos. Al no existir una precisa facultad, sólo es procedente la acción ordinaria ante lo Contencioso Administrativo. La Ley 58 de 1985 regula íntegramente la materia. La obligación de los partidos es la de demostrar cada cuatro años que reune los requisitos para mantener vigente la personería.

Al declarar extinguida el Consejo Nacional Electoral la personería jurídica del actor desechó el derecho de asociación garantizado en el artículo 38 de la Constitución Política.

De igual manera se quebrantó el artículo 40 ibídem que reconoce que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, pudiendo constituir movimientos, partidos y agrupaciones políticas.

El artículo 48 *ibídem* garantiza el reconocimiento de los derechos adquiridos. Esta norma se violó porque el actor obtuvo personería jurídica en cumplimiento de la Ley 58 de 1985, esto es, adquirió un derecho con arreglo a las Leyes preexistentes que no podía desconocerse por el Consejo Nacional Electoral.

El artículo 43 *ibídem* regula los postulados de la buena fe que debe presumirse. Este postulado fue desconocido porque si el MOIR no había inscrito candidato para las elecciones al Congreso en octubre de 1991, si votó por otras listas y procedió a demostrar que tenía existencia nacional.

Se violó el artículo 84 de la Carta porque los derechos políticos se reglamentan de manera general en la Ley 58 de 1985 y el Consejo Nacional Electoral no podía constituirse en legislador para desconocer la citada Ley.

Se violó la garantía de fundar, desarrollar y organizar movimientos políticos consagrada en el artículo 107 *ibídem*, al extinguir la personería jurídica del MOIR.

El artículo 108 de la Carta sólo concede facultad al Consejo Nacional Electoral para reconocer personerías jurídicas. No para declarar su extinción.

Los artículos 107, 108 y 112 de la Constitución conforman un todo, una unidad. Al observar solamente el Consejo Nacional Electoral el artículo 108 desconoció el conjunto. Debió observar el artículo 112 que permite a las minorías ejercer la función crítica y desarrollar alternativas políticas.

El hecho de no participar en las elecciones no puede conducir a la extinción de las personerías jurídicas. Esta no es una obligación sino un derecho.

Se violó el artículo 152 *ibídem* porque el desarrollo de este precepto, que tiene relación con los artículos 107, 108 y 112 de la misma Carta impone esperar que el Congreso expidiera las Leyes reglamentarias sobre la materia.

Al reducirse el Consejo Nacional Electoral a criterios simplemente formales y de orden secundario, violó el artículo 228 de la Carta.

El artículo 265 *ibídem* otorga al Consejo Nacional Electoral la atribución de reconocer personerías jurídicas a movimientos y partidos políticos pero no para cancelarlas. En consencuencia, debe estarse conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la Carta, que al reconocer el derecho a constituir sindicatos preceptúa que la cancelación o suspensión procede por vía judicial. Aquí tiene aplicación el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887.

SEGUNDO CARGO:

El Consejo Nacional Electoral sólo puede exigir el cumplimiento de los requisitos para mantener la personería jurídica. Según la Ley 58 de 1985 una de las condiciones para ello era la de demostrar la afiliación de diez mil ciudadanos, o un caudal de diez mil votos. Hoy, por mandato constitucional, debe demostrarse la existencia del partido político con cincuenta mil firmas, o votos, o en su defecto representación en el Congreso.

Se ha infringido el artículo 12 del Decreto 1241 de 1986 (Código Electoral), pues dentro de las funciones taxativas que le señala al Consejo Nacional Electoral no se encuentra la de cancelar personerías jurídicas, con lo cual hubo extralimitación de competencia, desvío de poder y abuso del mismo.

II-. ACTUACION

Mediante proveído de 24 de febrero de 1994 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional impetrada.

Del auto admisorio de la demanda se notificó a la demandada, Consejo Nacional Electororal, a través de su Presidente, quien guardó silencio.

III-. CONCEPTO FISCAL

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación considera que debe accederse a las súplicas de la demanda, con fundamento en lo expuesto en providencia de esta Sala de fecha 9 de agosto de 1993 en la cual, entre otros aspectos, se precisó que del contenido de los artículos 108 y 265 de la Constitución Política, 12 del Decreto 2241 de 1986 y de las normas de la Ley 58 de 1985, no se puede deducir la facultad o competencia al Consejo Nacional Electoral de extinguir la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos. Que por lo tanto, ante el vacío que dejó el Constituyente en relación con la persona u organismo con competencia o facultad para disponer o decretar tal medida, debe ser objeto de reglamentación legal, bien para fijarla en el Consejo Nacional Electoral, conforme al numeral 12 de la Carta, o para otorgársele a la autoridad judicial que se precise.

IV.- LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En el auto admisorio de la demanda se precisó que como quiera que el actor aduce que "los actos acusados (sic) no fueron notificados personalmente ni por emplazamiento del Representante Legal doctor Francisco Mosquera, sinó (sic) a persona distinta...", no podía la Sala en dicho momento procesal entrar a estudiar el aspecto de la caducidad, debiendo por lo tanto admitir la demanda ante el hecho de que ésta reunía los demás requisitos legales.

En este estado del proceso debe la Sala en primer término dilucidar si está demostrada o no la afirmación del actor y por lo mismo si operó o no el fenómeno de la caducidad de la acción. Para ello cabe tener en cuenta lo siguiente:

Según obra a folio 3 en el texto de la Resolución No. 91 de 25 de agosto de 1992, el Consejo Nacional Electoral expresó que "...La personería jurídica del "MOIR" fue reconocida mediante Resolución No. 13 de 4 de junio de 1987; como Representante Legal, se registró al señor JAIME ROMERO GARCIA".

En proveído de 29 de agosto de 1991 (folio 57) el Consejo Nacional Electoral resolvió "Correr traslado al representante legal del mencionado movimiento político para que dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la fecha de notificación del presente auto, se ejercite el derecho de defensa con arreglo a la Constitución y a la Ley...".

En virtud de lo anterior el señor JAIME MORENO GARCIA, en escrito de 16 de septiembre de 1992 (folios 58 a 64), descorrió el traslado oponiéndose a la cancelación de la personería jurídica del movimiento, aduciendo la representación legal del mismo.

Contra la Resolución No. 91 de 1992, de la cual se notificó personalmente en calidad de representante legal del MOIR, el referido señor JAIME MORENO GARCIA interpuso recurso de reposición (folios 70 a 74), agotando con ello la vía gubernativa, recurso que fue resuelto mediante Resolución No. 118 de 10 de noviembre de 1992, por la cual se confirmó la anterior Resolución.

Conforme obra a folio 20, el Consejo Nacional Electoral procedió a notificar por edicto esta última Resolución por cuanto transcurrió el término previsto en el artículo 45 del C.C.A. sin que se hubiera presentado la persona a quien se le debía notificar dicha Resolución.

El edicto permaneció fijado desde el 25 de noviembre de 1992 hasta el 9 de diciembre del mismo año.

De lo anterior se colige que correspondía al actor la carga de probar que cuando se expidieron y notificaron los actos acusados el señor JAIME MORENO GARCIA a quien el Consejo Nacional Electoral tuvo como representante legal del MOIR y quien invocó tal calidad, no ostentaba dicha representación legal.

La simple afirmación de que los referidos actos no fueron notificados al doctor Francisco Mosquera- quien sólo demuestra ser el representante legal desde el 10 de septiembre de 1993, según se infiere del texto de la certificación visible a folio 11, más no con anterioridad a dicha fecha y concretamente para la época en que se produjo la notificación de los actos cuestionados-, no es suficiente para deducir que la pretendida irregularidad abre las puertas para accionar en cualquier tiempo.

Se concluye entonces que, habiendo quedado legalmente notificada por edicto la Resolución No. 118 de 10 de noviembre de 1992 el 9 de diciembre del mismo año, para la fecha en que se presentó la demanda (31 de enero de 1994), había transcurrido el término de cuatro meses que señala el artículo 136 del C.C.A., lo cual inhibe a la Sala de hacer un pronunciamiento de mérito, por caducidad de la acción.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando jusiticia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

INHIBESE de proferir pronunciamiento de fondo, por caducidad de la acción, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Devuélvase al actor la suma de dinero depositada para gastos del proceso que no fue utilizada.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 7 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO-Inexistencia/**CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES**-Funciones/**LICENCIA DE PILOTO/ NARCOTRAFICO**-Carencia de Informes

El hacer constar ante la autoridad competente para renovar la licencia de piloto que el demandante carecía de informes sobre narcotráfico en al forma como lo hizo el Consejo Nacional de Estupefacientes, responde la solicitud del actor formulada a través de apoderada, por cuanto ello significa que éste, para la época en que se hizo tal certificación, no tenía vinculación con actividades de narcotráfico que ameritaran la pérdida, suspensión o aplazamiento de la licencia de piloto. Al darse este evento, por sustracción de materia, no había lugar a pronunciarse sobre la formulación de cargos a que se alude en la mencionada solicitud.

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

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2687. Consulta de la sentencia de 17 de junio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: Hernando de Jesús Ruiz Albarracín.

Se decide el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de 17 de junio de 1993, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual se dispuso lo siguiente: declarar que operó el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por el actor al Consejo Nacional de Estupefacientes el día 7 de octubre de 1988 y consencuencialmente la nulidad de dicho acto presunto, a título de

restablecimiento del derecho ordenar que se expida por el referido Consejo el certificado de carencia de antecedentes para la renovación de la licencia de piloto del actor y que se cancelen las anotaciones en la tarjeta correspondiente al mismo que no emanen de sentencias o sanciones en firme; y condenar a la Nación a pagar al actor la suma de 500 gramos oro por concepto de perjuicios morales.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. HERNANDO DE JESUS RUIZ ALBARRACIN, a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

a): La nulidad del acto ficto o presunto negativo que operó en relación con la solicitud formulada por el actor a la Nación -Ministerio de Justicia- Consejo Nacional de Estupefacientes-, el día 7 de octubre de 1988, en el sentido que se aclarara favorablemente su situación respecto de las anotaciones que en su contra aparecen en la Dirección Nacional de Antinarcóticos y se le exonera de todo cargo imputado por supuestas relaciones con actividades de narcotráfico.

b): Restablecer el derecho del demandante a ejercer su profesión de piloto comercial con presunción de buena conducta y honorabilidad.

c): Ordenar a la Nación -Ministerio de Justicia- Consejo Nacional de Estupefacientes- la expedición de una certificación en la cual se diga que el actor legalmente no tiene, ni se presume en su contra, ninguna vinculación con actividades relacionadas con el narcotráfico, que amerite la pérdida, suspensión o aplazamiento de su licencia como piloto.

d): Ordenar que se borre de la hoja de vida como piloto comercial cualquier anotación contraria a la buena conducta del demandante.

e): Condenar a la demandada a reconocer y pagarle las indemnizaciones por daños y perjuicios materiales y morales liquidados hasta el 28 de febrero de 1989, discriminados así: 1o.): Por daño y perjuicios materiales la suma de $5.000.000.oo para resarcir el perjuicio ocasionado por la omisión en la expedición de la certificación de carencia de antecedentes relativos al narcotráfico, lo cual tuvo como consecuencia la imposibilidad del demandante de ejercer plenamente sus funciones como aviador civil comercial; 2o): Por daños y perjuicios morales un mil gramos oro, que a 22 de febrero de 1989 ascienden a la suma de $4.435.850.oo, que se causaron al producirse el acto administrativo que se acusa ocasionándole grave perjuicio al demandante al poner en tela de juicio su honestidad y responsabilidad en el ejercicio de su profesión, generándole traumatismos personales y familiares.

I.2-. En apoyo de las pretensiones se citan en la demanda como violados los artículos 17, 23, 25, 39, 45 y 55 de la Constitución Nacional de 1886; la Ley 30 de 1986 y los artículos 5o. y 11 del Decreto Ley 1060 de 1984.

I.3.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordianario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

La primera instancia culminó con la expedición de la sentencia de 17 de junio de 1993, la cual al no haber sido apelada, debe ser consultada.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA CONSULTADA

Para decidir en la forma anteriormente señalada, consideró el *a-quo*, en esencia, lo siguiente:

1-. De la prueba documental allegada con el libelo (folios 4 a 10 del expediente), se demuestra, sin lugar a dudas, que el demandante, a través de apoderada, formuló una petición al Consejo Nacional de Estupefacientes el 7 de octubre de 1988. La Administración no se pronunció dentro del plazo establecido en el artículo 40 del C.C.A., omisión esta que configura el acaecimiento de la presunción de respuesta negativa. De modo que, en cuanto a la existencia de esa ficción jurídica que permite al afectado acudir a la jurisdicción para obtener un pronunciamiento acerca de las condiciones de validez de esa negativa, se cumple con el primer presupuesto de la acción intentada.

Para que pueda darse un pronunciamiento de fondo sobre ese acto ficto es necesario que tenga la connotación de ser definitivo.

Según la señora Procuradora Décima Delegada ante el Tribunal el acto acusado es de trámite. No comparte la Sala esa perspectiva ya que el acto por el cual se niega la expedición de un certificado de carencia de informes tiene la virtualidad de crear una situación jurídica con plenos efectos de esa naturaleza y se convierte en un obstáculo para la continuación del trámite para la concesión o renovación de la licencia para personal aeronáutico, adquiriendo así autonomía jurídica para producir efectos hacia el futuro que afecta no sólo a la situación relacionada con la actividad laboral sino el ámbito de lo moral y lo social. La no expedición del certificado constituye una verdadera tacha sobre el individuo.

2-. El actor aduce la violación de los artículos 17, 23, 25, 39, 45 y 55 de la Constitución de 1886; de la Ley 30 de 1986; y de los artículos 5o. y 11 del Decreto 1060 de 1984.

Los cargos guardan relación estrecha con la presunción de inocencia que se dice desconocida, factor determinante de la violación del debido proceso cuando las autoridades dieron por ciertos los motivos de sospecha por vinculación a actividades del narcotráfico.

3-. Hace el *a-quo* un análisis de las sentencias del Consejo de Estado de 4 de agosto de 1987 de la Sección Primera (expediente No. 61 Consejero Ponente, doctor Samuel Buitrago Hurtado) y de la Corte Constitucional de 18 de enero de 1993 (expediente No. D-861, Magistrado Ponente, doctor José Gregorio Hernández).

En la sentencia del Consejo de Estado, se estudió el artículo 11 del Decreto 1060 de 1984, que adicionó el artículo 83 del Decreto 1188 de 1974, en el sentido de otorgar al Consejo Nacional de Estupefacientes la función de disponer, de acuerdo con las informaciones que sobre actividades de personas y aeronaves y uso de pistas y aeródromos vinculados al tráfico de estupefacientes, la suspensiónh de las licencias para personal aeronáutico, certificados de aeronavegabilidad o permisos de operación. Frente a dicha norma se precisó que ella no consagra una excepción a la exigencia de la plena prueba para condenar; que no basta que el Consejo Nacional de Estupefacientes posea "cualquier información", porque ello implicaría un rotundo desconocimiento de los más elementales principios que informan el régimen probatorio.

En la sentencia de la Corte Constitucional se declaró la inexequibilidad de los artículos 1o. y 2o. del Decreto Legislativo 3667 de 1986, por cuanto los consideró violatorios del artículo 29 de la Carta, porque el Estado no puede condenar a un individuo sino sobre la base de haberlo oído y vencido en juicio, es decir, que la autoridad que impone sanción al inculpado como consecuencia de su conducta, únicamente puede estar fundamentada en que haya discernido y declarado que es culpable, desvirtuando la presunción de inocencia dentro de un esquema procesal ajustado a las normas que seguran sus posibilidades de defensa y contradicción.

4-. Con base en lo anterior concluyó el *a-quo* que al negarle al actor la expedición del certificado de carencia de antecedentes solicitado al órgano competente, donde se le dio carácter de plena prueba a la existencia de "anotaciones" reportadas por el Comando Antinarcóticos de la Policía Nacional, se violaron las garantías procesales que se derivan de la aplicación concordante con el artículo 23 de la anterior Constitución, citado por el demandante con el 26 de la misma, razón suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda, salvo a la indemnización de perjuicios materiales por no haber sido probados.

III-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La sentencia consultada parte del supuesto de la existencia de un acto ficto o presunto con efecto negativo que operó frente a la petición que formuló el actor, a través de apoderada, el 7 de octubre de 1988, por cuanto la Administración no se pronunció dentro del término previsto en el artículo 40 del C.C.A.

De los documentos que obran en el proceso la Sala extrae lo siguiente:

A folios 4 a 10 del cuaderno principal, obra un escrito del actor, a través de apoderada, dirigido al Ministerio de Justicia -Consejo Nacional de Estupefacientes-, en el cual se solicita:

> "Se aclare favorablemente la situación de mi representado en relación con las anotaciones que en su contra aparecen en la DIRECCION NACIONAL DE ANTINARCOTICOS y se exonere al Capitán HERNANDO RUIZ AL-

BARRACIN de todo cargo a él imputado por supuestas relaciones con el Narcotráfico.

Se expida Constancia en el sentido de que no tiene ninguna vinculación con actividades relacionadas con el Narcotráfico, que amerite la pérdida, suspensión o aplazamiento de su Licencia como Piloto de Vuelo.

Se borre de la hoja de vida cualquier anotación que tenga que ver con la mala conducta del demandante.

En caso contrario, se formulen los Cargos con las Pruebas que demuestren la concreta participación del Peticionario en actividades ilícitas".

En el mencionado escrito aparece en su encabezamiento como fecha "...octubre 7 de 1988". Sin embargo, por parte alguna del mismo obra constancia de la fecha de recibo y de las condiciones en que se presentó a la entidad a la cual iba dirigido.

A folio 2 *ibídem* se encuentra un telegrama dirigido a la apoderada del actor por la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Estupefacientes, en el cual se lee:

"2497 BOGOTA CUN CT 454 OCT-21 1646".

"...SOLICITOLE ACERCARSE ESTA SECRETARIA EJECUTIVA UBICADA CALLE 26 NRO 2748 FIN HACER PRESENTACION PERSONAL Y PODER A USTED, OTORGADO HERNANDO DE JESUS RUIZ ALBARRACIN..."

Del contenido de las certificaciones expedidas por el Jefe de la Oficina de Estupefacientes y la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Estupefacientes (folios 38 a 40 y 80 a 82 del cuaderno No. 2), recaudadas en cumplimiento del auto para mejor proveer proferido por la Sala el 3 de diciembre de 1993 (folios 32 a 34 *ibídem*), que coinciden con el contenido del memorial que obra a folio 53 del cuaderno principal, suscrito por la apoderada del actor, se infiere que ésta dio cumplimiento al requerimiento hecho en el telegrama transcrito anteriormente, el 24 de enero de 1989.

El 6 de febrero de 1989, según consta a folio 122 del cuaderno principal, la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Estupefacientes le comunicó a la apoderada del actor, lo siguiente:

"...En atención a su solicitud radicada en este Ministerio el 24 de enero pasado, en relación con el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes del Capitán HERNANDO DE JESUS ALBARRACIN, me permito informarle que será estudiado en la próxima reunión del Consejo Nacional de Estupefacientes..."

La reunión anunciada en el Oficio transcrito se efectuó el 2 de marzo de 1989, según consta en el acta No. 3 de la misma fecha (folios 83 a 85) del cuaderno No. 2),

y en ella se acordó expedir el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes, entre otros pilotos, al señor HERNANDO DE JESUS RUIZ ALBARRACIN.

En virtud de lo anterior, el 6 de marzo de 1989 el Consejo Nacional de Estupefacientes dirigió el Oficio No. 3223 al doctor Yesid Castaño González, Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, cuyo contenido es el siguiente:

> "De conformidad con lo establecido en el artículo 93 de la Ley 30 de 1986, atentamente me permito informarle que el Consejo Nacional de Estupefacientes, resolvió expedir el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes al señor HERNANDO DE JESUS ALBARRACIN (sic), identificado con la cédula de ciudadanía número 16.626.043 de Cali y licencia PC-2915..."

El citado Oficio fue recibido por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil el 8 de marzo de 1989 a las 3:51 P.M., según se lee en el sello impreso de recibo utilizado por dicha entidad que aparece a folio 88 del cuaderno No. 2.

De lo anterior, se colige que:

a): Habiendo sido presentada la solicitud con el lleno de los requisitos exigidos por el Consejo Nacional de Estupefacientes el 24 de enero de 1989, para la fecha en que se comunicó y recibió por parte del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil la certificación de que el piloto HERNANDO DE JESUS RUIZ ALBARRACIN carecía de informes por tráfico de estupefacientes (8 de marzo de 1989), no había transcurrido el término previsto en el artículo 40 del C.C.A., y, por lo mismo, no operó el silencio administrativo negativo frente al supuesto acto ficto o presunto demandado en este proceso.

b): El hacer constar ante la autoridad competente para renovar la licencia de piloto que el demandante carecía de informes sobre narcotrafico en la forma como lo hizo el Consejo Nacional de Estupefacientes, responde la solicitud del actor formulada a través de apoderada, por cuanto ello significa que éste, para la época en que se hizo tal certificación, no tenía vinculación con actividades de narcotráfico que ameritaran la pérdida, suspensión o aplazamiento de la licencia de piloto. Al darse este evento, por sustracción de materia, no había lugar a pronunciarse sobre la formulación de cargos a que se alude en la mencionada solicitud.

c): De acuerdo con el contenido del memorando dirigido el 26 de enero de 1989 por la Comisión de Estudio de Aeronaves Suspendidas y Certificados de Carencia de Informes por Tráfico de Estupefacientes a los miembros del Consejo Nacional de Estupefacientes (folio 86 cuaderno No. 2), que sirvió de soporte para la decisión adoptada en la reunión de 2 de marzo de 1989, los cargos del Comando Antinarcóticos "...no son suficiente fundamento para negar la expedición del certificado", en el caso del piloto HERNANDO DE JESUS RUIZ ALBARRACIN.

Siendo ello así, se concluye también que se aclaró favorablemente la situación del demandante en relación con las anotaciones que en su contra aparecían en la Dirección Nacional de Antinarcóticos de la Policía Nacional y se le exoneró de todo cargo por supuestas relaciones con actividades de narcotráfico, a que se contrae la primera parte de la solicitud.

Los razonamientos precedentes conducen a la Sala a revocar la sentencia consultada, para disponder en su lugar la denegatoria de las súplicas de la demanda, como en efecto se hará en la parte resolutiva de esta providencia.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia de 17 de junio de 1993, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y, en su lugar, se dispone: **DENIEGANSE** las súplicas de la demanda.

Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 17 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SERVICIO PUBLICO DE AGUA POTABLE/JUNTA DE ACCION COMUNAL/ACUEDUCTO-Construcción/**TARIFAS**-Resolución

Del contenido del artículo 5o. del Decreto 2726 de 1980 (subrogatorio del artículo 34 del Decreto 1930 de 1979), se deduce que el único derecho que se deriva para las Juntas de Acción Comunal, en tratándose de la construcción de un acueducto o de otras obras por parte de éstas para conectarlas a los servicios públicos, es el de que una vez construída la obra, como compensación, se les suministre el servicio con tarifa reducida hasta por el monto de la inversión.

USO DE AGUAS/SERVICIO PUBLICO DE AGUA POTABLE/MUNICIPIO-Funciones/**DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA/CONCEJO MUNICIPAL**-Facultades

El artículo 155 del Código de Recursos Naturales así como los subsiguientes, regulan el uso de las aguas y de sus cauces, cuando éstas no están afectadas a un servicio público, que como del agua potable, corresponde su prestación a los municipios, en virtud de la descentralización administrativa prevista en el artículo 1o. del Decreto 77 del 1987. Por lo demás, la Carta Política actual señala en su artículo 313 numeral 1o. como atribución de los Concejos Municipales la de "Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios públicos a cargo del municipio".

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

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2740. Recurso de apelación contra la sentencia de 9 de septiembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actora: Junta de Acción Comunal El Piñal.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia de 9 de septiembre de 1993, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la demandante.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. La JUNTA DE ACCION COMUNAL EL PIÑAL, a través de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., tendiente a que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

a): Es nulo el Acuerdo No. 022 de 24 de junio de 1989, expedido por el Concejo Municipal de Viotá "POR MEDIO DEL CUAL SE DAN AUTORIZACIONES AL SEÑOR ALCALDE PARA LA VENTA DIRECTA DEL SERVICIO DE AGUA A LOS VECINOS DE LA VEREDA EL PIÑAL".

b): Como consecuencia de la declaración anterior se ordene el restablecimiento del derecho consistente en que se le restituya a la demandante en el respectivo acueducto para que ejercite su pleno derecho de dominio y administración en el mismo.

c): Complementariamente se ordene y/o condene solidariamente al municipio de Viotá y a su Alcalde señor Ciro Alberto Beltrán Contreras a pagar los perjuicios materiales y morales ocasionados a la demandante por el desconocimiento del derecho de dominio sobre el acueducto y su desplazamiento de la administración, de que trata el acto administrativo demandado.

I.2-. En apoyo de sus pretensiones formuló en síntesis, los siguientes cargos de violación:

PRIMER CARGO:

Se violaron los artículos 16, 20 y 30 de la Constitución Nacional de 1886 y 669 del C.C., por cuanto la demandante es propietaria de la red y los tanques que distribuyen el agua a los usuarios de la Inspección Departamental de "El Piñal", y no podía hacerse uso de la figura jurídica del despojo o la confiscación, sin que se hubieran utilizado previamente los dos únicos medios que autorizan la Constitución y la ley para adquirir los bienes privados, como son: la negociación directa o la expropiación. Además, el competente para declarar los motivos de utilidad pública e interés social para una expropiación es el Congreso de la República y no el Concejo Municipal. Al no darse el trámite de la expropiación, se vulneraron los artículos 451 y subsiguientes del C. de P.C.

El Acuerdo acusado es violatorio de la Constitución porque su ordenamiento va contra el derecho de propiedad que tiene la demandante en el acueducto de su mismo nombre.

La actuación del Alcalde, en cumplimiento del referido Acuerdo, lo vinculan en forma conexa en cuanto a la responsabilidad que le corresponde tanto al municipio como a él, conforme a los artículos 20 de la Constitución Nacional de 1886 y 78 del C.C.A.

SEGUNDO CARGO:

Se violaron los artículos 31 y 34 de la Constitución Nacional de 1886, por cuanto si el Municipio de Viotá pretendió ejercer un monopolio sobre el manejo del agua potable, debió mediar previamente una ley que lo autorizara y anteceder una indemnización plena para quien ejerce la actividad objeto del monopolio, o sea, para la demandante.

En el presente caso se despojó y confiscó a la demandante, infringiéndose así el citado artículo 34.

Además, la actuación de la actora es legal, pues se ajusta a las previsiones de los artículos 31 del Decreto No. 1930 de 1979 y 5o. del Decreto 2726 de 1980 (subrogatorio del artículo 34 del Decreto 1930 de 1979), porque no solamente se hizo la conexión de las aguas del municipio con autorización del Concejo sino que las tarifas se ajustan a los señalado por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos en la Resolución No. 145 de 10 de septiembre de 1987.

TERCER CARGO:

Se quebrantó el artículo 155 del Código de Recursos Naturales, conforme lo analizó en su concepto el Jefe de la División Jurídica del Departamento Administrativo de Acción Comunal del Departamento de Cundinamarca, concepto éste que se aplica en el presente caso.

I.3-. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la expedición de la sentencia de 9 de septiembre de 1993, que fue oportunamente apelada por la actora.

II-. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las súplicas de la demanda y condenar en costas a la demandante, el *a-quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

1-. Del material probatorio recaudado en el proceso se demostraron los siguientes hechos:

a): El suministro del servicio de agua potable a los vecinos de la Inspección Departamental de "El Piñal" del Municipio de Viotá se hace a través de líneas de

conducción conectadas con las instalaciones del acueducto municipal. Así se desprende de lo expuesto por los Concejales en las sesiones del Concejo en las cuales se debatió el Acuerdo acusado (folios 28 a 39 y 70 a 86 del cuaderno No. 1); de los testimonios recibidos en el proceso (folios 136 a 163 del cuaderno No. 2); y del informe suministrado por el Fondo de Acueductos y Alcantarillados del Departamento de Cundinamarca (folio 243 del cuaderno No. 1).

b): Las líneas de conducción del acueducto -tuberías-, fueron construídas con la participación de la comunidad de la mencionada Inspección, cuyos miembros, además de aportar mano de obra, recibieron por intermedio de la Junta de Acción Comunal aportes del Departamento de Cundinamarca y del municipio.

c): La administración del servicio de acueducto a los vecinos de la citada inspección, desde el momento en que entró en funcionamiento éste, la venía realizando una Junta Administradora de la Junta de Acción Comunal.

d): El agua suministrada a los habitantes de la Inspección Departamental de "El Piñal" es captada del tanque de almacenamiento del acueducto municipal y por ella la Junta de Acción Comunal le cancelaba un valor al municipio y a su vez cobraba tarifas por el servicio a los distintos usuarios.

2-. Confrontando lo anterior con las disposiciones legales que regulan la prestación de servicios públicos y específicamente el suministro de agua potable, se llega a la conclusión que el Acuerdo impugnado no viola las normas superiores invocadas por la demandante. En efecto, cabe tener en cuenta al respecto lo siguiente:

a): De conformidad con el artículo 1o. del Decreto 77 de 1987 le corresponde a los municipios la prestación del servicio de agua potable. Por tanto esa facultad legal le permite a los mismos disponer lo concerniente a la administración del servicio de acueducto, la cual pueden asumir directamente por la Administración Central, a través de una Junta Municipal de Acueductos o de Servicios Públicos, o por intermedio de entidades descentralizadas creadas al efecto. También pueden disponer que el servicio lo presten particulares, previa la celebración de un contrato, pero bajo la supervisión de la Administración.

b): La circunstancia de que las redes de conducción del servicio de agua hubieran sido construídas por iniciativa y con el concurso de la demandante, no significa que el municipio hubiere perdido las facultades legales de prestación del servicio y, por ende de la administración del mismo, pues de conformidad con el artículo 5o. del Decreto 2726 de 1980 (subrogatorio del artículo 34 del Decreto 1930 de 1979), la construcción de acueductos y otras obras por las Juntas de Acción Comunal para conectarlas a los servicios públicos no les otorga a esos organismos el derecho de administración sino el de suscribir un convenio de integración con la entidad administradora del mismo para que "...una vez construída la obra, les suministre el servicio con tarifa reducida hasta por el monto de la inversión".

c): Cuando las Juntas de Acción Comunal construyan obras, lo fundamental es que ellas se destinen al servicio de la propia comunidad para satisfacer sus necesidades,

independientemente de que la administración de los servicios que con ellas se puedan prestar se realice directamente por aquéllas. El hecho de que la comunidad haya colaborado para la prestación de determinado servicio público no descarta la posibilidad de que las entidades encargadas por el legislador de las funciones concernientes a la prestación de esos servicios las asuman directamente.

d): la circunstancia de que el municipio hubiere permitido que la administración del servicio de agua potable a los habitantes de la Inspección Departamental de "El Piñal" se atendiera por la demandante, para lo cual le cobrara una suma fija o en bloque, como lo denomina el Fondo de Acueductos y Alcantarillados en el mencionado informe, con la posibilidad consiguiente del cobro directo por parte de la demandante de tarifas a los usuarios, no significa que en un momento determinado el municipio no pudiese asumir directamente la administración. Y sí lo podía hacer, además, en razón de que no se demostró la existencia de un contrato cuya cláusulas le hubieran impedido adoptar una decisión como la contenida en el acto acusado.

3-. De los anteriores planteamientos se colige que: no se vulneraron los artículos 16, 20, 31 y 34 de la Constitución anterior por cuanto no se afectó el derecho de propiedad del acueducto que la demandante alega en su favor, dado que así fuese la titular de dicho derecho, ello, de conformidad con la ley, no implica el relevo de las funciones que legalmente tienen los municipio de prestar el servicio de agua potable.

Tampoco se violó el artículo 31 del Decreto 1930 de 1979, pues así las redes del acueducto hayan ingresado al patrimonio de la demandante, la administración que del acueducto asumió el municipio no conlleva la pérdida de las mismas, las cuales dependen del fin para el cual fueron construídas: el suministro de agua a los miembros de la comunidad de "El Piñal".

No se pudo vulnerar el artículo 155 del Código Nacional de Recursos Naturales, porque el Concejo Municipal de Viotá no adoptó decisión alguna respecto del control de aprovechamiento del agua ni de la ocupación y explotación de los cauces.

No se quebrantó tampoco el artículo 669 del C.C., pues la propiedad de las redes del acueducto por una Junta de Acción Comunal, de conformidad con la ley, no le impide a los municipios asumir directamente la administración del servicio de agua potable.

Por último, tampoco se transgrede el artículo 451 del C. de P.C., pues la decisión adoptada en el acto acusado no implica una expropiación de las redes del acueducto. La propiedad de las mismas sigue sin modificación, pues sólo se operó un cambio en cuanto a la administración.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia con el fallo apelado pueden resumirse así:

1-. El Acuerdo impugnado ha violado en forma ostensible y manifiesta el artículo 16 de la anterior Constitución Nacional y 669 del C.C., al desconocer que la Junta de

Acción Comunal de "El Piñal", como ente jurídico, es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y es la propietaria de las instalaciones, redes, ductos y tanques construídos a lo largo del recorrido de dichas instalaciones en una extensión de 6.091,035 metros de longitud, la cual se tomó del Acueducto de Viotá hasta los predios del doctor José E. Olarte Fajardo en tubería de 4 pulgadas (Ver dictamen pericial folios 206 a 230 del cuaderno principal).

La propiedad se halla ampliamente reconocida por el Concejo Municipal de Viotá, según consta en las actas previas al Acuerdo No. 022.

2-. Cabe resaltar el concepto emitido por la Jefatura de la División Jurídica del Departamento Administrativo de Acción Comunal, calendado el 6 de septiembre de 1989, dirigido al señor Casiano Bohórquez Urrea, Presidente de la Junta de Acción Comunal, en el cual se dijo que el Acuerdo demandado viola los artículos 155 a 157 del Código de Recursos Naturales y los artículos 32 y 33 del Decreto 1930 de 1979, que tratan sobre el patrimonio de las Juntas de Acción Comunal. Con este concepto se estaría dando la razón para la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

3-. Se violó el artículo 157 del Código de Recursos Naturales, porque el Concejo Municipal de Viotá no tuvo en cuenta para expedir el Acuerdo acusado, que previamente debió oir y citar a los miembros de la Junta de Acción Comunal de la vereda "El Piñal".

4-. Se vulneraron los artículos 16, 20, 30 y 34 de la Constitución anterior, porque se expropió, sin fórmula de juicio y sin haber sido oída a la demandante, al quitársele la administración de las aguas que son conducidas por las redes del acueducto de "El Piñal". Pero es más, cuando la actor ejercía la administración de las redes, compraba y pagaba el agua, debidamente autorizada por el Fondo de Acueductos y Alcantarillados de Cundinamarca, e igualmente auotirzada y contratada por el municipio de Viotá según Oficio No. 079 de 30 de enero de 1981, dirigido por el Alcalde Municipal de Viotá a la Junta Directiva del mencionado Fondo.

Se tiene entonces que sobre el acueducto de "El Piñal" la actora, por virtud del Acuerdo No. 022, no ejerce el pleno derecho de disposición, uno de los elementos de la propiedad, ya que carece de la administración de su propiedad.

Al privársele a la demandante de la administración del acueducto de "El Piñal", el municipio estaría haciendo uso indebido de un bien ajeno, sin la previa indemnización o autorización de aquélla.

5-. En el presente caso se celebró un contrato de suministro de agua entre el Municipio de Viotá y la demandante, consistente en que el primero suministraba el agua del acueducto municipal a la segunda y ésta se obligaba a cancelar el valor captado de las aguas. Así está demostrado en los varios recibos de cobro y pago que hizo la demandante y en las varias comunicaciones y testimonios que obran en el proceso. De consiguiente, el Municipio de Viotá no está autorizado legalmente para romper unilateralmente tal contrato.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El fundamento de la demanda y del recurso de apelación descansa en la propiedad privada que aduce tener la demandante sobre las instalaciones, redes, ductos y tanques que sirven para transportar el agua potable del acueducto de Viotá a la Inspección Departamental de "El Piñal".

Obra a folios 243 a 244 del cuaderno principal la certificación dirigida a la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por el Ingeniero Interventor del Fondo de Acueductos y Alcantarillados del Departamento de Cundinamarca, en la cual se lee:

> "...1- El acueducto de la Inspección de El Piñal Municipio de Viotá fue construído por la comunidad de la misma durante los años de 1983-1984 y 1985, con recursos de auxilios del Fondo de Acueductos y Alcantarillados de Cundinamarca y de los usuarios, los cuales aportaron la mano de obra en excavación e instalación de tubería.
>
> 2- Los materiales necesarios tales como tubería PVC Ø 4", 3" Y 2" fueron suministrados por el F.A.A.C. mediante un auxilio y la asesoría técnica correspondió a la Sección de Interventoría de ésta Entidad.
>
> 3- El tanque de almacenamiento de 100 M3 de capacidad se construyó mediante un contrato suscrito con la Junta de Acción Comunal, con la asesoría del Fondo y recursos de un auxilio girado por esta entidad a la Junta.
>
> Finalmente el Fondo suministró un medidor de Ø 4" para que el Municipio de Viotá le cobrara en bloque el servicio de la Junta, por cuanto el suministro de agua se hace desde el Tanque de Almacenamiento del Acueducto Municipal.
>
> En diciembre de 1985 del acueducto fue terminado y entregado a la Junta por el Fondo, para que ésta lo administrara".

Estatuye el artículo 32 del Decreto 1930 de 1979:

> "Los aportes oficiales que se giren a las Juntas para la realización de obras destinadas a uso público o fiscal, no ingresarán a su patrimonio y el importe de los mismos figurará contablemente en rubro especial".

De lo anterior se colige que, contrariamente a lo que sostiene la demandante, teniendo en cuenta que para la construcción del acueducto de la Inspección Departamental de "El Piñal" hubo aportes oficiales, así como los materiales empleados en la misma (tuberías y tanque de almacenamiento), fueron suministrados por el Fondo de Acueductos y Alcantarillados de Cundinamarca, además que tales aportes tenían por finalidad la realización de obras destinadas a un uso público, como lo es el acueducto, dichas obras no pueden ser consideradas como patrimonio de la Junta de Acción Comunal damandante, por expresa prohibición del artículo 32 transcrito.

Además, como lo hace notar el *a-quo* del contenido del artículo 5o. del Decreto 2726 de 1980 (subrogatorio del artículo 34 del Decreto 1930 de 1979), se deduce que el único derecho que se deriva para las Juntas de Acción Comunal, en tratándose de la construcción de un acueducto o de otras obras por parte de éstas para conectarlas a los servicios públicos, es el de que una vez construída la obra, como compensación, se les suministre el servicio con tarifa reducida hasta por el monto de la inversión.

Estas consideraciones son suficientes para desestimar los cargos de violación de los artículos 16, 20, 30, 31 y 34 de la Constitución Nacional de 1886, y por ende la de los artículos 669 del C.C. y 451 y siguientes del C. de P.C.

De otra parte, en lo tocante a la transgresión del artículo 155 del Código de Recursos Naturales, sustentada por la demandante en el concepto jurídico del Jefe de la División Jurídica del Departamento Administrativo de Acción Comunal (folio 25 cuaderno principal), en el cual se afirma que el Concejo Municipal no tiene competencia para disponer la venta o reglamentación del agua, por ser ello del resorte del Inderena o de la Car, cabe tener en cuenta que el precepto contenido en el artículo 155 citado, así como los subsiguientes, regulan el uso de las aguas y de sus cauces, cuanto éstas no están afectas a un servicio público, que como el del agua potable, corresponde su prestación a los municipios, en virtud de la descentralización administrativa prevista en el artículo 1o. del Decreto 77 de 1987.

Por lo demás, la Carta Política actual señala en su artículo 313 numeral 1o. como atribución de los Concejos Municipales la de "Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios públicos a cargo del municipio".

Finalmente, en lo concerniente a la censura que plantea la actora respecto de la celebración del contrato de suministro de agua potable celebrado entre ella y el municipio de Viotá, el cual no podía ser resuelto unilateralmente por éste, cabe resaltar, de una parte, que tal censura no fue invocada en la demanda, y, de la otra, que, en caso de haberlo sido, esta controversia no sería susceptible de dirimirse a través de la acción incoada, todo lo cual releva a la Sala de hacer pronunciamiento alguno respecto.

Los razonamientos precedentes conducen a la Sala a confirmar la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

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

FALLA:

1o): CONFIRMASE la sentencia de 9 de septiembre de 1993, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2o): Condénase en costas de la segunda instancia a la demandante. Tásense por la Secretaría.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 7 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Además, como lo hace notar el *a-quo* del contenido del artículo 5o. del Decreto 2726 de 1980 (subrogatorio del artículo 34 del Decreto 1930 de 1979), se deduce que el único derecho que se deriva para las Juntas de Acción Comunal, en tratándose de la construcción de un acueducto o de otras obras por parte de éstas para conectarlas a los servicios públicos, es el de que una vez construída la obra, como compensación, se les suministre el servicio con tarifa reducida hasta por el monto de la inversión.

Estas consideraciones son suficientes para desestimar los cargos de violación de los artículos 16, 20, 30, 31 y 34 de la Constitución Nacional de 1886, y por ende la de los artículos 669 del C.C. y 451 y siguientes del C. de P.C.

De otra parte, en lo tocante a la transgresión del artículo 155 del Código de Recursos Naturales, sustentada por la demandante en el concepto jurídico del Jefe de la División Jurídica del Departamento Administrativo de Acción Comunal (folio 25 cuaderno principal), en el cual se afirma que el Concejo Municipal no tiene competencia para disponer la venta o reglamentación del agua, por ser ello del resorte del Inderena o de la Car, cabe tener en cuenta que el precepto contenido en el artículo 155 citado, así como los subsiguientes, regulan el uso de las aguas y de sus cauces, cuanto éstas no están afectas a un servicio público, que como el del agua potable, corresponde su prestación a los municipios, en virtud de la descentralización administrativa prevista en el artículo 1o. del Decreto 77 de 1987.

Por lo demás, la Carta Política actual señala en su artículo 313 numeral 1o. como atribución de los Concejos Municipales la de "Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios públicos a cargo del municipio".

Finalmente, en lo concerniente a la censura que plantea la actora respecto de la celebración del contrato de suministro de agua potable celebrado entre ella y el municipio de Viotá, el cual no podía ser resuelto unilateralmente por éste, cabe resaltar, de una parte, que tal censura no fue invocada en la demanda, y, de la otra, que, en caso de haberlo sido, esta controversia no sería susceptible de dirimirse a través de la acción incoada, todo lo cual releva a la Sala de hacer pronunciamiento alguno respecto.

Los razonamientos precedentes conducen a la Sala a confirmar la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

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

FALLA:

1o): CONFIRMASE la sentencia de 9 de septiembre de 1993, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2o): Condénase en costas de la segunda instancia a la demandante. Tásense por la Secretaría.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 7 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL-Reforma/**ACTO DE REGISTRO**

Si de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 182 de 1948 el reglamento de copropiedad precisa los derechos y obligaciones recíprocas de los copropietarios, debe ser acordado por unanimidad de los interesados, reducido a escritura pública e inscrito simultáneamente con los títulos de dominio y planos del edificio y tiene fuerza obligatoria respecto de los terceros adquirentes a cualquier título, de ello resulta con claridad meridiana que al haberse procedido de tal forma por quien en su debido momento fue el propietario único del inmueble, es decir el demandante, y luego de enajenar varias unidades de vivienda y garajes, dicha persona no podía autónomamente introducir reformas al reglamento de propiedad horizontal, pues para llevar válidamente a cabo los correspondientes actos jurídicos hubiese requerido del consentimiento unánime de todos los copropietarios del edificio y, menos aún, pretender derivar de esa conducta y del error en que incurrió la Administración al registrarlos, derecho alguno en su favor y en perjuicio de los demás, al modificar los coeficientes de propiedad de los garajes para obtener en su propio beneficio tres más de ellos. Si por error se procede a su registro, tal circunstancia y consiguiente acto no crea situaciones jurídicas de carácter particular y concreto ni reconoce un derecho igual categoría y, por la misma causa, la Administración puede proceder de oficio o a solicitud de parte a enmendar el yerro conforme a los procedimientos legales, más aún si se tiene en cuenta que, como sucedió

en el asunto *sub-exámine*, la actuación administrativa de registro a que dio origen la petición del demandante se surtió sin la comparecencia de los terceros directa e inmediatamente interesados en ella y sin que los mismos, como titulares de las situaciones jurídicas válidamente creadas con el acto de registro del reglamento de copropiedad, hayan sido notificados así fuera por publicación de los actos de registro de las modificaciones introducidas indebidamente a dicho reglamento.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., doce de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1355. Actor: Eliseo Gordillo Torres.

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 Eliseo Gordillo Torres a través de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., contra las Resoluciones números 000447 de 17 de noviembre de 1988 y 027 de enero 24 de 1989, proferidas por la Registraduría Principal de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá-Norte y contra la Resolución número 3252 de 23 de agosto de 1989, proferida por el Superintendente de Notariado y Registro, a fin de obtener su nulidad y el consiguiente restablecimiento del derecho, "...consistente en el registro de títulos escriturales corridos con las formalidades de ley ante Notario Público de la ciudad de Bogotá".

I.- ANTECEDENTES

a.- Los actos acusados

Mediante el primero de los actos demandados, esto es, la mencionada Resolución No. 000447 de 1988 se dispuso excluir de los folios de Matrícula Inmobiliaria números 050-0953272 a 050-0953291 y 050-1095062 a 050-1095064, inclusive, los actos jurídicos contenidos en las escrituras públicas números 1022 de 18 de mayo de 1987 de la Notaría Treinta del Círculo de Bogotá y 1341 del 17 de junio de 1987 de la misma Notaría, de reforma al régimen de propiedad horizontal y de su adición respectivamente (art. 1o.); ordenar se efectuasen en todos los casos las salvedades pertinentes (art. 2o.) y señalar la fecha de su vigencia (art. 3o.) (fls. 12 a 14).

El segundo de los actos enjuiciados, la Resolución No. 027 de 1989, resolvió adversamente al recurrente el recurso de reposición intentado contra la Resolución No. 000447 de 1988 (art. 1o.); concedió el recurso de apelación (art. 2o.); ordenó que se excluyesen de los folios de Matrícula Inmobiliaria Nos. 050-0953275 y 050-1095062 "...el acto jurídico contenido en la Escritura Pública número 231 de 4 de febrero de 1988, por efecto de la Resolución 447 de noviembre 17 de 1988",.(art. 3o.); ordenó el cierre

y archivo de los folios de Matrícula Inmobiliaria 050-1095062 a 050-1095064, inclusive, también por efectos de la Resolución 447 de 1988 (art. 4o.); ordenó, igualmente, se efectuase en todos los casos las salvedades pertinentes (art. 5o.), enviar copia de la Resolución al archivo de la oficina (art. 6o.) y señaló la fecha de su vigencia (art. 7o.) (fls. 103 a 109).

Mediante el tercero de los actos acusados se confirmó la Resolución No. 000447 del 17 de noviembre de 1988 (art. 1o.); se confirmaron los artículos 3o., 4o. y 5o. de la Resolución No. 027 de 24 de enero de 1989 (art. 2o.); se ordenó su notificación personal a los interesados (art. 3o.); se dispuso enviar copia de la providencia al Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá-Norte (art. 4o.); se declaró agotada la vía gubernativa (art. 5o.) y se señaló la fecha de su vigencia (art. 6o.) (fls. 2 a 6).

b.- Los hechos de la demanda

Los hechos que la parte actora cita como fundamento de sus pretensiones, pueden asumirse así (fls. 87 a 93):

Sobre un lote de terreno de su propiedad, situado en la Calle 148 No. 22A-30 de Bogotá, la parte actora construyó un edificio de apartamentos sujeto al régimen de propiedad horizontal. La Alcaldía Mayor de Bogotá aprobó su reglamento de copropiedad, el cual, junto con el proyecto de división del edificio, licencia de construcción, planos, cuadro de áreas, etc., fue elevado a Escritura Pública No. 147 de 7 de febrero de 1985, Notaría 30 del Círculo de Bogotá, registrada en los folios de Matrícula Inmobiliaria Nos. 050-0696727, 050-0696728 y 050-0696729, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá.

En la citada Escritura Pública No. 147 se asignaron coeficientes de copropiedad a cada uno de los garajes que correspondían a los apartamentos, pero la parte actora, mediante Escritura Pública No. 1022 de 18 de mayo de 1987, de la citada Notaría, aclarada por Escritura No. 1341 de 17 de junio de 1987 "...modificó los coeficientes de los garajes incialmente asignados, rebajando el porcentaje con el próposito de construir dos garajes más para visitantes, modificación que fue aprobada por el Departamento de Planeación de Bogotá, D.E., en virtud de la licencia de construcción No. 036976 de 10 de junio de 1987. Esta escritura se registró en la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá bajo el No. de Matrícula 1095062 al 1095064".

El 5 de marzo de 1987, por Escritura Pública No. 0418 de la misma Notaría Treinta, la parte actora transfirió a título de venta en favor de la señora Rosa María García de Gordon el apartamento No. 201 y los garajes Nos. 8 y 9 del citado edificio.

"No obstante haber comprado la señora GARCIA DE GORDON el apartamento y los garajes precitados como cuerpo cierto, lo que supone la transmisión de la propiedad con el riesgo del deterioro y la pérdida o disminución de la cosa, la señora GARCIA DE GORDON impetró la revisión y estudio del acto administrativo de registro de la reforma del reglamento de propiedad horizontal, contenida en la Escritura No. 1022 de mayo 18 de 1987, corrida como ya se dijo en la Notaría 30 de Bogotá".

La Registradora de Instrumentos Públicos del Circuito de Bogotá - Zona Norte, profirió la Resolución No. 000447 de 17 de noviembre de 1988, acusada, sin decretar ni practicar prueba alguna y sin oir en descargos a la parte actora. Este acto se fundamentó en el error cometido al ordenarse el registro de los actos jurídicos contenidos en las Escrituras Nos. 1022 y 1341 de 1987, "**por modificar los coeficientes de propiedad sin contar con la aprobación de todos los propietarios llevándose a cabo actos de disposición sin tener el derecho**" (subrayas del actor).

En el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de que se da cuenta en el párrafo anterior se expresó, entre otros aspectos, que con su expedición se habían excedido las facultades conferidas por el Decreto 1250 de 1970, pues los registradores no están habilitados legalmente para debatir derechos y obligaciones de los copropietarios, ni mucho menos para extinguir situaciones jurídicas concretas e individuales, sin el previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 73, inciso primero del Decreto 01 de 1984, además de que tal competencia radica en los jueces civiles de la República, tal como lo regulan las leyes y decretos sobre propiedad horizontal.

El Jefe de la Oficina Jurídica dictó un auto en el que se dio por desistida la petición formulada por la señora García de Gordon, el que fue apelado por su apoderado. Sin mediar pronunciamiento sobre el recurso interpuesto y omitiéndose el trámite establecido en el artículo 359 del C. de P.C., la Registradora de Instrumentos Públicos de Bogotá dictó la Resolución No. 000447 demandada, "...razón por la cual forzosamente hay que aceptar que el auto proferido por la oficina jurídica está vigente ya que no fue revocado".

Al desatarse el recurso de reposición interpuesto contra el primero de los actos demandados, la funcionaria adoptó nuevas decisiones, contenidas en los artículos 3o. y 4o. de la Resolución No. 027 de enero 24 de 1989, los cuales, si bien tienen relación con las decisión adoptadas en la primera de ellas, no fueron debatidas en los recursos interpuestos. Al no haberse podido interponer recursos contra estas nuevas decisiones, se conculcó a la parte actora el derecho de defensa.

El señor Jaime Ernesto Bautista Gómez, actuando como parte interesada en la Resolución No. 447 de 1988, sin haber adherido al recurso de apelación interpuesto, solicitó extemporáneamente adicionar su parte resolutiva, en el sentido de excluir "...los actos jurídicos contenidos en la escritura pública No. 0231 corrida en la Notaría 30 de Bogotá, a la cual corresponden los folios de matrícula inmobiliaria números 050-0953275 y 050-1095062, correspondientes a las compraventas de los garajes 3 y 12, respectivamente, de que da cuenta dicha escritura". Sobre esta solicitud no se corrió traslado a la parte actora, y sin dictarse una resolución adicional, como lo dispone el artículo 311 del C. de P.C., se resolvió en la Resolución No. 027 de 1989, acto también acusado, violándose así el derecho de defensa.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de su 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 (fls. 93 a 99):

Primer cargo.- Violación de los artículos 73 y 74 del C.C.A., pues el acto de inscripción o registro de un título traslaticio o adquisitivo de dominio por constituir un derecho para el tradente y para adquirente no puede revocarse, no procederse a su exclusión o cancelación, pues se efectuarían sus intereses, sin solicitar y obtener el consentimiento expreso y escrito "...de mi poderdante que es por así decirlo, el titular del derecho que implica el registro de los títulos escriturarios mencionados".

Segundo cargo.- Violación del artículo 35 del Decreto Ley 1250 de 1970, invocado como fundamento de uno de los actos impugnados, pues "...dentro de las formas o maneras de corregir errores no está precisamente la de exclusión, revocación o cancelación de los actos administrativos de registro".

Tercer cargo.- Violación del artículo 8o. de la Ley 16 de 1985, toda vez que las personas que acudieron ante la Registradora de Instrumentos Públicos para solicitar la cancelación o exclusión de los Folios de Matrícula Inmobiliaria de que dan cuenta los artículos 1o. de la Resolución 000447 de 1988 y 3o. de la Resolución 027 de 1989, han debido acudir ante los jueces civiles para que mediante proceso verbal, ordinario o abreviado se les reconocieran sus derechos, si consideraban que la reforma a los coeficientes se hizo en Asamblea al margen de la ley y de los reglamentos.

Cuarto cargo.- Violación del artículo 40 del Decreto-Ley 1250 de 1970, por cuanto el Registrador procedió a cancelar los registros o inscripciones sin habérsele presentado un título que cancelare el inscrito o una orden judicial ordenando su cancelación.

Quinto Cargo.- Violación de los artículos 309 y 311 del C. de P.C., pues de la solicitud formulada por el señor Bautista Gómez no se corrió traslado a la parte actora, impidiéndole de esta manera a la parte actora ejercer su derecho de defensa. Por las mismas razones expuestas, la Resolución No. 3252 de 1989, acusada, incurre en violación de tales normas supreriores de derecho.

Sexto cargo.- Violación de los artículos 50 y siguientes del C.C.A. y 350 del C. de P.C., por indebida aplicación, pues mediante la Resolución No. 3252 de 1989 se confirmaron los artículos 3o., 4o. y 5o. de la Resolución No. 027 de 1989, los cuales no fueron objeto del recurso de alzada, asumiéndose con tal proceder una competencia que sólo se adquiere en virtud de la interposición del recurso de apelación.

Séptimo cargo.- Violación del artículo 26 de la Constitución Política de 1886 y del artículo 3o., inciso 6o. del C.C.A., pues tanto el derecho de defensa y la igualdad de las partes en el proceso fueron desconocidos con los actos impugnados.

d.- Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión la parte demandada expresa en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 417 a 421 y 553 a 554):

El acto de registro de la propiedad inmobiliaria no crea ni modifica una situación jurídica de carácter particular y concreto ni reconoce un derecho de igual categoría, pues, como su nombre lo indica, es el registro, el asiento o la constancia de actos, contratos o providencias que implican derechos reales sobre bienes raíces. Es decir, la situación jurídica o derecho de carácter particular los crea o modifica el acto, contrato o providencia que, suscritos o proferidos legalmente, contienen esos derechos.

Mediante el registro se atesta, se da fe pública de los actos inscritos y, consecuencialmente, de los derechos que legalmente constituyan y por la misma investidura que la ley impone al Registrador, en el evento en que el registro haya sido irregular, dicho funcionario está en la obligación de corregirlo, pues mal podría seguir dando fe de una inscripción que no refleja la verdadera situación jurídica del bien.

Ahora bien, el artículo 40 del Decreto Ley 1250 de 1970 establece la cancelación de un registro de inscripción en el evento en que el título que le dio origen sea dejado sin efecto en virtud de otro título. "Cuando se inscribe la anotación de una inscripción, no se ha cuestionado su ilegalidad en cuanto al contenido del título, sino el cumplimiento de requisitos para efectos del registro. Se desanota la inscripción cuando se comprueba que no se cumplieron los requisitos que debe llenar el título para su inscripción, por ejemplo, el caso que nos ocupa, la escritura de modificación del reglamento de propiedad horizontal ha debido ser autorizada por la Junta de Copropietarios".

Como quiera que en el proceso no obran pruebas que confirmen los argumentos del actor, pues sólo aportó como tales los actos acusados y los mismo documentos que la Administración tuvo en cuenta para adoptar las decisiones contenidas en aquellos, se solicita "...no acceder a las pretensiones de la demanda confirmando los actos demandados, con fundamento en las razones jurídicas que se tuvieron en cuenta para su expedición y en las manifestadas en la contestación de la demanda".

En el presente caso no se trata de una situación jurídica particular y concreta pero, aunque así se considerara, ante la ilegalidad del acto que se sometía a registro al no reunir los requisitos, la Administración debía subsanar el error sin el consentimiento expreso y escrito del presunto titular del derecho (art. 69 del C.C.A.).

Además, la reforma y adición del reglamento de propiedad horizontal tienen unos requisitos de carácter formal que deben ser examinados por la Oficina de Registro para proceder a su inscripción, uno de los cuales es el consentimiento de los titulares del derecho de dominio de las unidades privadas, significando así que dichos actos no podían ser registrados, por resultar manifiestamente contrarios a la ley.

Por último, se demostró en la vía gubernativa, "...previos los procedimientos del C.C.A. y oído el demandante y terceros interesados, que se había incurrido en un error al no reunir la inscripción los requisitos de ley. Luego el Registrador tenía la obligación legal de corregir el error, pudiendo así seguir dando fe pública de la verdadera situación jurídica del bien, como se lo exige el artículo 82 del Decreto 1250 de 1970".

e.- Los fundamentos de las impugnaciones

Al proceso comparecieron a impugnar la demanda, por intermedio de apoderado, en su condición de terceros interesados en las resultas del proceso, los señores Jaime Ernesto Bautista Gómez y María Gómez de Bautista, y los señores Luis Francisco Granadas, Gladys Cecilia Rangel de Plata, Alfredo Ruiz Delgado y Aminta Colmenares de Ruiz, estos últimos representados por curador *ad-litem*, quienes, en los escritos de contestación de demanda y en los alegatos de conclusión manifestaron, en síntesis y en su orden, lo siguiente (fls. 261 a 264, 366 a 368, 422 a 423 y 538 a 544):

1o.- Mediante promesa de compraventa suscrita el 23 de agosto de 1986, el demandante se obligó a transferir la propiedad del apartamento 101 y de los garajes 10 y 11 del edificio María Victoria.

A pesar de ello, con Escritura No. 2311 de 17 de octubre de 1986 de la Notaría Treinta de Bogotá, sólo transfirió la propiedad del apartamento mas no de los garajes 10 y 11.

Posteriormente, transfirió la propiedad de los garajes 13 y 12, que, como se observa no eran los prometidos en venta, según consta en la Escritura No. 231 de 4 de febrero de 1988 de la citada Notaría.

No obstante lo anterior y, a pesar de haber enajenado otras unidades de vivienda y garajes, el demandante, en forma unilateral, procedió a modificar **el reglamento de propiedad horizontal del edificio**, "...asaltando de paso la buena fe de los propietarios, reduciendo las medidas de los garajes, obteniendo, obviamente utilidades económicas, precisamente, de los garajes 3 y 12 vendidos a mi mandante", a los cuales la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos les asignó los correspondientes números de matrícula inmobiliaria.

"La copropietaria señora ROSA MARIA GARCIA DE GORDON, con fecha 02 de febrero de 1998, en solicitud radicada bajo el número de turno en corrección 1790, la cual coadyuva mi mandante, pidieron se revisara y analizara el Acto Administrativo de Registro de la Reforma de Reglamento de Propiedad Horizontal contenido en las escrituras enunciadas", y fue así como, mediante Resolución No. 000447 de 17 de noviembre de 1988, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados-Zona Norte excluyó los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 050-0953275 y 0501095062, que correspondían a la identificación de los garajes 3 y 12, además de otros registros inmobiliarios, la cual fue confirmada por Resolución No. 027 de 24 de enero de 1989, en la que se adoptaron además, otras decisiones relacionadas con el asunto, sobre las cuales se resolvió mediante la Resolución No. 3252 de 23 de agosto de 1989, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante. Por lo anterior, "... la venta de esos garajes es inexistente, por cuanto el señor GORDILLO TORRES incurrió en un acto irregular al registrar una reforma de coeficientes de propiedad horizontal sin el lleno de los requisitos legales, y además de bienes inmuebles ajenos...", por lo cual se adelanta proceso ejecutivo ante el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá.

2o.- "El demandante funda su pretensión en que es titular de un derecho individual y concreto que no le puede ser desconocido por la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá, al revocar ésta unos registros efectuados con base en unas escrituras públicas que modificaban el régimen de propiedad horizontal del inmueble a que se alude en la demanda. A su vez esta escrituras modificatorias de los coeficientes de copropiedad de los garajes correspondientes a cada uno de los apartamentos no se hizo con la apropiación de todos los propietarios. En tal orden de ideas no se puede alegar de un justo título que pueda servir de fundamento a un pretendido derecho adquirido. El demandante al pasar por encima del derecho a la copropiedad de unas personas determinadas, que le sirvió lícitamente a la oficina de registro para corregir los registros indebidamente para obtener a su vez un derecho que jamás habría obtenido: una reforma de régimen de propiedad horizontal sin la aquiescencia de todos los propietarios.

"Precisamente ya el Consejo de Estado le ha salido el paso al uso de conductas irregulares que luego se fundamentan para supuestos **derechos adquiridos**. Dijo así:

> 'No debe olvidarse que los derechos individuales según nuestra constitución, merecen protección en tanto hubieren sido adquiridos conforme a las leyes, es decir con justo título (...). Dicho en otros términos sólo los derechos adquiridos con arreglo a las leyes merecen protección. De manera pues, que si para lograr la expedición de un acto administrativo que reconoce un derecho individual se ha hecho uso de medios ilegales, el derecho no es digno de protección y en ese caso opera el mandato contenido en el artículo 69 del C.C.A, según el cual los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores' (Sent. 6 de mayo de 1992, Secc. II).

"Para que un acto de registro pueda darse, es necesario que el peticionario se encuentre legitimado para ello. El demandante en el presente caso no lo estaba, puesto que pretendía la reforma de un régimen de propiedad horizontal sin autorización de todos los copropietarios. Por consiguiente bien obró la administración puesto que no se pueden obtener derechos particulares con base en el desconocimiento del derecho de los demás.

"La rectificación de los asientos registrables encuentra su fundamento en la fe pública que siempre debe estar de por medio. Precisamente el notable autor chileno Ernesto Fueyo Laneri en su importante obra 'Teoría General de los Registros' alude al tema del orden público registral que como es obvio sirve de fundamento a la función subsanadora o rectificadora que tienen los funcionarios de registro. En el caso que se discute en este proceso la labor de subsanación que hizo el Registrador era apenas elemental, porque indebidamente se había obtenido el registro de una reforma de un reglamento de copropiedad sin el asentimiento de todos los copropietarios. Nadie puede alegar a su favor su propio dolo, según reza un viejo aforismo jurídico".

f.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en le 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 25 de septiembre de 1992 (fls. 349 a 352) se admitió la demanda, después de haber sido declarada la nulidad de lo actuado mediante auto de 3 de julio del mismo año (fls. 331 a 332). Recurrida en súplica esta última decisión, se confirmó por auto de 28 de agosto de 1992 (fls. 339 a 347).

Mediante proveído de 22 de noviembre de 1993 (fls. 428 a 430) se abrió el proceso a pruebas y se decretaron y/o denegaron las pedidas por las partes.

Por auto de 11 de febrero de 1994 (fl. 537) se dispuso correr traslado a las partes y a la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación para que formulasen sus alegatos de conclusión. De este derecho hicieron uso la parte demandada, los terceros intervinientes y el Ministerio Público.

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Procuradora Primera ante la Corporación considera lo siguiente (fls. 548 a 552):

De conformidad con las leyes 182 de 1948 y 16 de 1985, una vez constituída y registrada la propiedad horizontal, la dirección y administración de la nueva persona jurídica corresponde a la Asamblea General de Copropietarios, integrada por la totalidad de los dueños de los bienes de dominio exclusivo o particular del inmueble.

De acuerdo con lo expresado, mientras que el demandante pemaneció como dueño exclusivo de todos los inmuebles, podía proceder a reformar el reglamento de propiedad, pero iniciada su venta, toda modificación al reglamento debía ser decidida por la Asamblea General de Propietarios.

De los documentos allegados al expediente se establece como en su oportunidad lo estableció la Administración, que la parte actora no sólo usurpó competencias de la Asamblea General de Propietarios al modificar unilateralmente el Reglamento de copropiedad, sino que a expensas de los bienes comunes y aún de los de dominio particular del inmueble, creó tres garajes para su beneficio.

Percatada de lo anterior la Oficina de Registro con ocasión de la queja presentada por la propietaria del apartamento 201 y de los garajes 8 y 9 del inmueble y "...después de un trámite administrativo, con citación de los copropietarios, entre ellos del propio demandante (fls. 120 y ss. y 140 a 145 del cuaderno de antecedentes), procedió a subsanar, mediante los actos acusados, el error en que había incurrido, al efectuar unas inscripciones improcedentes, inducida por las actuaciones ilegales del propio actor".

De conformidad con el artículos 58 del Decreto 1250 de 1970, la Oficina de Registro debió abstenerse de registrar las Escrituras de reforma al Reglamento de Copropiedad y abrir matrículas inmobiliarias para los garajes, pero como así no ocurrió, tenía facultades legales para enmedar la equivocada actuación, con base en los artículos 37 y siguientes del decreto citado y en el artículo 73 del C.C.A., invocado en la demanda como quebrantado.

"Tiene, por tanto, amplia base legal la actuación administrativa y no asiste razón a la parte actora, de quien sorprende, por decir lo menos, su capacidad de composición y argumentación tendiente a consolidar la ventaja urdida mediante su arbitrariedad".

En este proceso tiene cabida el principio general de derecho que nadie puede alegar en su favor su propia culpa.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego del correspondiente estudio de los cargos formulados, de la lectura de los actos cuya legalidad se discute en el proceso y del examen de los antecedentes administrativos que les dieron origen, la Sala constata que excepción hecha de los artículos 309 y 350 del Código de Procedimiento Civil, 3o. inciso sexto del Código Contencioso Administrativo y 1o. de la anterior Constitución Política, las demás disposiciones superiores que en ellos se indican como quebrantadas, fueron objeto de innovación por la misma causa, ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá - Zona Norte y ante la Superintendencia de Notariado y Registro en los correspondientes memoriales sustentatorios de los recursos de reposición y apelación interpuestos por el actor en contra de las Resoluciones números 447 de 1988 y 027 de 1989, y que su concepto de violación, es, mutatis mutandis, el mismo que se expresó en dichos memoriales (fls. 6 a 12 y 51 a 55 del Anexo No. 1), los cuales, se advierte, fueron debidamente analizados en las Resoluciones números 027 y 3252 de 1989.

En efecto, luego de resumirse los fundamentos de los mencionados recursos, en los considerandos de los actos acusados se expresa lo siguiente:

a) Resolución No. 027 de 24 de enero de 1989:

"ASPECTOS DE DERECHO

"Con la expedición del nuevo Código Contencioso Administrativo ya no se discute el carácter de acto administrativo del registro de Instrumentos Públicos. Como tal está sujeto entonces a las normas del Código Contencioso Administrativo, y a las consagradas en el Decreto Ley 1250 de 1970 que por ser regulación especial prima sobre las generales del Código, pero en los vacíos que presente la norma especial deberá acudirse al Código Contencioso Administrativo.

"Como acto administrativo también está sujeto al control por parte de la jurisdicción Contenciosa Administrativa, previo el agotamiento de la vía gubernativa que en estos momentos y para este caso se está llevando a cabo.

"En este aspecto debemos aclarar al recurrente, que se debe distinguir entre lo que corresponde al título, al negocio jurídico, es decir, la reforma al Reglamento de Propiedad Horizontal que la Oficina no ha pretendido en ningún momento corregir, cuyos vicios son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, y los vicios que pueda tener la inscripción de dicho negocio en virtud de errores en que haya incurrido el Registrador, cuyos actos están sujetos al control de la jurisdicción contenciosa administrativa, previo agotamiento de la vía gubernativa. Por tanto la Administración sí está facultada para corregir sus propios errores por medio de los mecanismos de control interno consagrados en el mismo estatuto registral (Decreto-Ley 1250 de 1970), cuando en su artículo 82 dispone, que el modo de abrir y llevar la matrícula se ajustará a lo dispuesto en esta ordenación, de manera que aquélla exhiba en todo momento el estado jurídico del respectivo bien. Por lo cual esta Oficina ha decidido corregir un error en la inscripción de un acto más no el contenido del acto mismo.

"2) Si bien al momento de solicitarse el registro de la reforma al Reglamento de Propiedad Horizontal, la Oficina ha debido abstenerse de hacerlo teniendo en cuenta que los interesados en ese acto jurídico carecían del derecho para disponer de bienes cuya propiedad correspondía a terceros que no prestaron su consentimiento, no significa que por el hecho de su registro irregular se haya creado o constituído derecho alguno a favor de quien haya otorgado el documento.

En nuestro sistema registral, la inscripción es constitutiva cuando el derecho realmente se desplaza del titular anterior al nuevo, en virtud del registro. Tal es el caso de la tradición. Pero la inscripción por sí sola no es la que transmite el dominio, se necesita que la tradición cumpla a su vez con los requisitos legales, por ejemplo que el tradente sea dueño.

"En concepto del doctor CARLOS BETANCUR JARAMILLO, Magistrado del Consejo de Estado, en relación a la aplicación del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, debe plantearse el siguiente interrogante: 'Podrá el acto registral manifiestamente ilegal o inconstitucional o desconocedor, o atentatorio del interés público o social o causante de agravio injustificado a una persona, crear o modificar una situación jurídica de carácter particular o concreto o reconocer un derecho de igual categoría?'. Estimamos de acuerdo con el doctor BETANCUR JARAMILLO, que la respuesta debe ser negativa. 'El contenido mismo del acto (de Registro), así lo da a entender. El no crea por sí solo derechos ni modifica situaciones jurídicas'. Lo contrario equivaldría a sostener por ejemplo, que un registro hecho en forma irregular o con violación de la ley sustancial no sólo sería creador de derechos sino que no podría corregirse sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular', afirma el doctor BETANCUR JARAMILLO.

"De tal forma que la Registradora Principal sí está facultada legalmente para excluir el registro de los actos administrativos expedidos en cumplimiento de sus funciones cuando en su inscripción se haya incurrido en un error.

"3) El recurrente confunde las facultades de corrección y revocación de los actos de registro que posee la Registradora, con la cancelación del registro de que tratan los artículos 39 y siguientes del Decreto Ley 1250 de 1970, ya que cada una de estas figuras tiene naturaleza diferente.

"En efecto, la cancelación parte de la base de que existe un registro previo originado en un acto, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral relativas a un inmueble. Para dejar sin efectos este registro se cancela previa presentación del respectivo título o acto, o la orden judicial. En ese caso no se trata de corregir ningún error en el acto de registro o excluirlo de un folio de Matrícula Inmobiliaria.

"4) Dentro de la esctructura orgánica a la que pertenecen las Oficinas de registro, tenemos que la primera instancia le corresponde a los registradores de Instrumentos Públicos y el Superintendente de Notariado y Registro es el Superior Jerárquico de todos los Registradores.

De tal forma que las decisiones de fondo que dictan los Registradores son objeto del recurso de reposición ante ellos mismos y el de apelación para ante el Superintendente de Notariado y Registro. Por tanto la División Jurídica de esta Oficina no tenía facultades para decidir de fondo la petición presentada por la señora ROSA MARIA DE GORDON y menos para resolver y conceder recursos interpuestos ante ella, por lo cual se entró a decidir mediante resolución número 447 del 17 de noviembre de 1988 que resolvió el fondo del asunto, sin desconocer en ningún momento el derecho de defensa consagrado constitucionalmente ya que antes de adoptar la decisión final fueron oídos todos los interesados y posteriormente fueron notificados debidamente de acuerdo con las normas del Código Contencioso Administrativo.

"De acuerdo con lo anterior esta Oficina considera que su decisión se ajusta a los principios de derecho y equidad, por lo cual la confirma en todas sus partes, no sin antes hacer la siguiente aclaración a la Resolución número 447:

"a) Mediante escrito radicado con número 982 del 23 de noviembre de 1988, el doctor CARLOS BEJARANO INFANTE, actuando en calidad de apoderado del señor JAIME ERNESTO BAUTISTA, solicita excluir como consecuencia de la decisión adoptada mediante la resolución citada, el acto jurídico contenido en la escritura número 231 del 4 de febrero de 1988 de la Notaría 30 de Bogotá, de los folios 050-0953275 y 050-1095062, correspondientes a los garajes 3 y 12 respectivamente.

b) Dicha corrección procede teniendo en cuenta que ordena la exclusión de la reforma que modificó los coeficientes de propiedad de los garajes y de su adición, quedan sin piso jurídico las compraventas de garajes hechos con posterioridad.

"c) La resolución número 447 omitió además ordenar el cierre y archivo de los folios que se abrieron con base en la reforma del reglamento ya mencionado, correspondiente a los garajes 12, 13 y 14.

b) Resolución No. 3252 de 23 de agosto de 1989:

"3.1. Mediante turno de corrección 1790 del 2 de febrero de 1988, la señora ROSA MARIA GARCIA DE GORDON, solicitó a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá - Norte el estudio y la revisión del Reglamento de estudio y la revisión del Reglamento de Propiedad Horizontal, protocolizado por escritura 147 de febrero 7 de 1986, Notaría 30 de Bogotá, y reformando por escritura 1022 de mayo 18 de 1987 y junio 17 del mismo año y Notaría, registrados en los folios de matrícula inmobiliaria 050-0953287, 050-1953280 y 050-953281.

"3.2. El 7 de febrero de 1986, con la escritura pública 147 de la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, el señor ELICEO GORDILLO TORRES como único propietario presentó para registro el Reglamento de Propiedad Horizontal del Edificio María Victoria de matrícula inmobiliaria 050-0953272, situado en la calle 148 22A-30 de Bogotá.

"La Oficina de Registro asignó las matrículas inmobiliarias para los garajes del 01 al 11: 050-0953273 al 050-0953283 inclusive, y los apartamentos 101 a 103, 201 a 203 y 301 al 302 con folios de matrícula inmobiliaria 050-0953284 al 050-0953291 respectivamente.

"3.3. Con escritura 2777 del 6 de diciembre de 1986 ELICEO GORDILLO TORRES enajenó los inmubles de matrícula inmobiliaria 050-0953278, 050-953279, 050-0953290; con la escritura 418 del 5 de mayo de 1987 de la Notaría 30 de Bogotá los inmuebles de matrícula inmobiliaria 050-0953280, 050-0953281, 050-0953287; con escritura 2311 del 17 de octubre de 1986 de la Notaría 30 de Bogotá el inmueble de matrícula inmobiliaria 050-0953284; ventas éstas hechas con posterioridad al registro de la escritura 147 del 7 de febrero de 1986 que contiene el reglamento de propiedad horizontal del mencionado edificio María Victoria.

"3.4. El señor ELICEO GORDILLO TORRES, sin el consentimiento de los demás copropietarios, con las escrituras 1022 del 18 de mayo de 1987 y 1341 del 17 de junio del mismo año, ambas de la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, modificó la escritura 147 de 1986, en cuanto al coeficiente de copropiedad y determinación de unidades privadas, y además, adicionó los garajes 12, 13 y 14 con la primera escritura citada y con la segunda adicionó ésta, juntas registradas por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá - Norte en los folios de matrícula Inmobiliaria citados en el punto 3.2. de la presente resolución.

"3.5. A continuación de la modificación y adición de que dan cuenta las escrituras en el punto anterior citadas, ELICEO GORDILLO TORRES vendió el inmueble

de matrícula inmobiliaria 050-0953289 según escritura 9736 del 20 de octubre de 1987 de la Notaría 30 de Bogotá, predio que a su vez registra hipotecas por parte del comprador, a favor del Banco del Comercio y del mismo Gordillo Torres Eliseo consecutivamente, de acuerdo con las escrituras 9737 y 9738 de la misma fecha y Notaría.

"3.6. Como consecuencia de la modificación al Reglamento de Propiedad Horizontal que por escritura pública 1022 del 18 de mayo de 1987 de la Notaría 30 de Bogotá hizo el señor ELICEO GORDILLO TORRES, se crearon los garajes 12, 13 y 14, a los cuales se abrieron las matrículas inmobiliarias 050-1095062, 050-1095063 y 050-1095064 respectivamente, a su vez el garaje número 12 fue enajenado por el citado señor Gordillo Torres conforme a la escritura pública 231 del 4 de febrero de 1988 de la Notaría 30 de Bogotá.

"3.7. Con posterioridad y bajo el régimen de la inscripción de las escrituras 1022 y 1341 ya mencionadas, ELISEO GORDILLO TORRES vendió y registró la venta de los inmuebles de matrícula inmobiliaria 050-0953275 y 050-1095062 (garajes No. 3 y 12) del citado edificio María Victoria.

"3.8. Para el caso que nos ocupa, se deben hacer las siguientes precisiones:

"Inscrito en el Registro de Instrumentos Públicos el Reglamento de Propiedad Horizontal, y efectuados bajo su imperio actos de enajenación de las unidades privadas, no le es dado al vendedor suscriptor del reglamento, proceder unilateralmente a la alteración o modificación de los índices de copropiedad, áreas comunes y áreas individuales o privadas, porque es necesaria la aceptación de los demás propietarios.

"Entonces, para que fuese procedente el registro de escritura de modificación o adición al reglamento de propiedad, precisaba que estuviese acreditado, o bien la procedencia del dominio en cabeza de quienes reforman o adicionan el Reglamento de Propiedad Horizontal (artículo 52, Decreto Ley 1250 de 1970) o, en el último de los casos que los afectados, incluyendo los acreedores hipotecarios, ratificarán las Escrituras 1022 del 18 de mayo de 1987 y 1341 del 17 de junio del mismo año y de la misma Notaría 30 de Bogotá. De lo contrario, se está frente a un acto de inscripción legalmente inadmisible que no tiene por qué mantenerse en el Registro de Instrumentos Públicos.

"El artículo 82 del Decreto Ley 1250 de 1970 que dispone 'El modo de abrir y llevar la matrícula se ajustará a lo dispuesto en esta ordenación, de **manera que aquella exhiba en todo momento el estado jurídico del respectivo bien'.**

"Para dar cumplimiento a este imperativo legal, el registrador tiene el deber de corregir los errores cometidos al efectuar una inscripción de conformidad con el artículo 35 del Decreto Ley 1250 de 1970".

Lo anterior significa que habiendo sido analizados dichos cargos en la vía gubernativa, y definido que ellos no desvirtuaban las acusaciones formuladas por el recurrente, su reformulación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no logra desvirtuar la presunción de legalidad y veracidad de que gozan los actos que se acusan, toda vez que la Sala no encuentra que la interpretación efectuada por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá - Zona Norte y por la Superintendencia de Notariado y Registro respecto de las disposiciones superiores que ante ella se invocaron como infringidas y de aquellas en las cuales se fundamentan dicho actos sea distinta a la que debe darse para la solución del asunto *sub-júdice.*

En efecto, en concordancia con lo expuesto, la Sala hace las siguientes precisiones:

a) Los actos acusados no incurren en violación de los artículos 73 y 74 del C.C.A., a los cuales se refiere el primer cargo de la demanda, toda vez que la decisión de excluir de los folios de matrícula inmobiliaria números 050-953272 a 050-953291 y 050-1095062 a 050-1095964 las reformas introducidas unilateralmente por el actor al régimen de propiedad horizontal al que se encontraba sometido el Edificio María Victoria, y la de hacer lo propio respecto del acto jurídico contenido en la Escritura 231 de 4 de febrero de 1988 de la Notaría Treinta del Círculo de Bogotá, se produjo como consencuencia de haberse detectado, a petición de parte, el error consistente en el registro de dichos actos sin que en ellos hubieren tomado parte los copropietarios del mencionado inmuble y luego haberse cumplido a cabalidad la actuación administrativa prevista en el C.C.A. y en los artículos 24 y 25 de la Resolución 4174 de 1984, proferida por la Superintendencia de Notariado y Registro los cuales señalan el procedimiento a seguir para efectuar correcciones en las inscripciones que se realicen en los folios de matrícula inmobiliaria, cuyo trámite sea distinto al contemplado en el artículo 35 del Decreto Extraordinario 1250 de 1970. En otras palabras, si de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 182 de 1948 el reglamento de copropiedad precisa los derechos y obligaciones recíprocas de los copropietarios, debe ser acordado por unanimidad de los interesados, reducido a escritura pública e inscrito simultáneamente con los títulos de dominio y planos del edificio y tiene fuerza obligatoria respecto de los terceros adquirentes a cualquier título, de ello resulta con claridad meridiana que al haberse procedido de tal forma por quien en su debido momento fue el propietario único del inmueble, es decir el demandante, y luego de enajenar varias unidades de vivienda y garajes, dicha persona no podía autónomamente introducir reformas al reglamento de propiedad horizontal, pues para llevar válidamente a cabo los correspondientes actos jurídicos hubiese requerido del consentimiento unánime de todos los copropietarios del edificio y, menos aún, pretender derivar de esa conducta y del error en que incurrió la Administración al registrarlos, derecho alguno en su favor y en perjuicio de los demás, al modificar los coeficientes de propiedad de los garajes para obtener en su propio beneficio tres más de ellos.

De acuerdo con lo expresado, la Sala considera que las solicitudes de inscripción de actos jurídicos de reformas al reglamento de copropiedad que se produzcan

unilateralmente, en las circuntancias atrás anotadas, son legalmente inadmisibles por contravenir claros y terminantes mandatos legales y que a ellas debe darse aplicación a los dispuesto por el artículo 37 del Decreto Extraordinario 1250 de 1970, según el cual "si la inscripción de un título no fuera legalmente admisible, así se indicará en la columna sexta del libro radicador, se dejará copia del título en el archivo de la oficina y el ejemplar correspondiente se devolverá al interesado bajo recibo", pero, si por error se procede a su registro, tal circunstancia y consiguiente acto no crea situaciones jurídicas de carácter particular y concreto ni reconoce un derecho de igual categoría y, por la misma causa, la Administración puede proceder de oficio o a solicitud de parte a enmendar el yerro conforme a los precedimientos legales, más aún si se tiene en cuenta que, como sucedió en el asunto *sub-exámine*, la actuación administrativa de registro a que dio origen la petición del demandante se surtió sin la comparecencia de los terceros directa o inmediatamente interesados en ella y sin que los mismos, como titulares de las situaciones jurídicas válidamente creadas con el acto de registro del reglamento de copropiedad, hayan sido notificados así fuera por publicación de los actos de registro de las modificaciones introducidas indebidamente a dicho reglamento.

b) Tampoco es de recibo para la Sala el cargo de violación del artículo 35 del Decreto Extraordinario 1250 de 1970 (segundo de la demanda), el cual indica la manera como han de corregirse los errores de palabras, frases, o cifras en que se haya incurrido al realizar una inscripción, pues el error cometido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá al registrar los actos modificatorios del reglamento de copropiedad llevados a cabo por el demandante, por el mismo hecho de que no se trataba de palabras, frases o cifras, no era posible enmendarlos a través del procedimiento establecido en dicha norma y fue por ello, precisamente, que en virtud de los dispuesto por el artículo 26 de la citada Resolución 4174 de 1984 se adelantó la actuación administrativa prevista en los artículos 24 y 25 *ibídem* y en el C.C.A.

c) Para la Sala resulta totalmente fuera de contexto la invocación del artículo 8o. de la Ley 16 de 1985 como norma quebrantada (tercer cargo de la demanda), por la sencilla y potísima razón de que conforme a la Cláusula Segunda de la Escritura 147 de 7 de febrero de 1986 de la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, el Edificio María Victoria se sometió al régimen de propiedad horizontal previsto en la Ley 182 de 1948 y no al consagrado en la Ley 16 de 1985, el cual, como reza su artículo 10o., "sólo se aplicará respecto de aquellos inmuebles que conforme con la voluntad de su propietario o propietarios, se sometan **expresamente** a ella". (Subraya la Sala).

d) Menos aún es de recibo el cargo de quebrantamiento del artículo 40 del Decreto Extraordinario 1250 de 1970 (cuarto de la demanda), pues mediante los actos acusados no se procedió a la cancelación de ningún registro o inscripción como consecuencia de haberse presentado a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá."...la prueba de la cancelación del respectivo título o acto, o la orden judicial en tal sentido", sino sencillamente a subsanar los errores en que había incurrido, y de los que dan cuenta los literales precedentes, consistentes en haber realizado unas inscripciones legalmente inadmisibles.

e) En cuanto a la alegada violación del artículo 311 del C. de P.C., una de las disposiciones invocadas en el quinto cargo de la demanda, la Sala hace notar al actor que la solicitud formulada por el apoderado del señor Jaime Ernesto Bautista Gómez se produjo durante el trámite de la actuación administrativa que se estaba adelantando luego de haber sido citados a comparecer a ella todos los copropietarios del inmueble, incluído el demandante y que dentro de las normas generales y especiales que regulan dicha actuación no se contempla el traslado de la misma a quienes en ella intervienen.

f) Tampoco es de recibo el discutido quebrantamiento del artículo 350 del C. de P.C., y 50 y "siguientes" del C.C.A., a los cuales se refiere el sexto cargo de la demanda, pues como se lee en el escrito contentivo del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 027 de 1989 (fls. 6 a 12 Anexo No. 1), con dicho medio de defensa se pretendió la revocatoria "TOTAL" del citado acto y no exclusivamente de lo dispuesto en su artículo 1o., como contra toda evidencia alega el demandante.

g) Por todo lo expuesto, la Sala considera que los actos acusados no incurren en violación del artículo 26 de la anterior Constitución Política, ni del artículo 3o., inciso 6o. del C.C.A., alegados en el séptimo cargo de la demanda, pues no se violó el derecho de defensa ni el principio de la igualdad de las partes en el procedimiento.

En consencuencia, no prosperan los cargos de quebrantamiento de los artículos 73 y 74 del C.C.A., 35 y 40 del Decreto Extraordinario 1250 de 1970, 8o. de la Ley 16 de 1985, 311 y 350 del C. de P.C. y 26 de la anterior Constitución Política.

En lo relativo a la alegada violación del artículo 309 del C. de P.C. (quinto cargo de la demanda) que regula lo atinente a la aclaración de las sentencia, la Sala considera que carece de vocación de prosperidad, por cuanto, la Resolución No. 447 de 17 de noviembre de 1988 fue el primer acto que se dictó dentro de la actuación administrativa adelantada para la correción de los errores mencionados, quedando sujeto a los recursos que procedían y que efectivamente se interpusieron, por lo cual la citada norma evidentemente no era aplicable al caso.

Por último la Sala no puede pasar por alto el hecho insólito de que mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretenda el demandante la anulación de unos actos administrativos que antes que violar normas superiores de derecho se ajustaron a ellas para corregir la situación anómala originada por el mismo demandante, reseñada en las consideraciones precedentes, y así lograr que la matrícula "...exhiba en todo momento el estado jurídico del respectivo bien", como perentoriamente lo ordena el artículo 82 del Decreto Extraordinario 1250 de 1970.

En consencuencia, de acuerdo con las anteriores consideraciones, 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 Agente del

Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DENIEGANSE las súplicas de la demanda promovida por el ciudadano Eliseo Gordillo Torres.

Segundo.- Condénase en costas a la parte actora, conforme a lo dispuesto en el artículo 171 del C.C.A., en concordancia con el artículo 392 del C. de P.C. Liquídense por Secretaría.

Tercero.- Devuélvase a la parte actora el remanente de la suma depositada para gastos ordinarios del proceso.

Cuarto.- En firme esta sentencia y con envío de copia de la misma, comuníquese al señor Superintendente de Notariado y Registro, 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 siete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* con salvamento de voto; *Miguel González Rodríguez,* con salvamento de voto; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Paredes Tamayo,* Conjuez.

ACTO DE REGISTRO/ACTO DE CANCELACION DEL REGISTRO/ REGISTRADOR-Facultades/ (Salvamento de Voto).

La autoridad encargada del acto de registro, al tenor de lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto Ley 1250 de 1970, solamente pueden corregir los errores que se refieren a palabras, frases o cifras. En un evento, como el presente, en que la inscripción no era legalmente admisible, ha debido, a mi juicio, la autoridad de registro darle cumplimiento a los preceptuado en el artículo 37 *ibídem*, esto es, indicar en la columna sexta del libro radicador dicha circunstancia, dejar copia del título en el archivo de la oficina y el ejemplar correspondiente devolvérselo al interesado bajo recibo. En el caso *sub-júdice* lo que se hizo en las Resoluciones acusadas fue dejar sin efectos los actos de inscripción o registro, fenómeno jurídico que el artículo 39 del referido Decreto Ley 1250 denomina como acto de cancelación del registro, y solamente puede proceder a ello el Registrador, según reza dicha norma, "cuando se le presente la prueba de la cancelación del respectivo título o acto, o la orden judicial en tal sentido", ninguna de cuyas previsiones se adecuan a los actos en referencia.

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

Salvamento de Voto del Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1355. Actor: Eliseo Gordillo Torres.

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala me he separado de la decisión precedente, que denegó las súplicas de la demanda, por cuanto considero que ha debido declararse la nulidad de las Resoluciones demandadas y accederse al restablecimiento del derecho impetrado por el demandante.

En el fallo en referencia se acoge, para sustentarlo, lo sostenido en al Resolución No. 027 de 24 de enero de 1989, expedida por la Registradora Principal de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá - Norte, y en la Resolución No. 3252 de 23 de agosto de 1989, expedida por el Superintendente de Notariado y Registro, que son dos de los actos acusados.

De la primera Resolución resaltó lo siguiente:

"...En este aspecto debemos aclarar al recurrente, que se debe distinguir entre lo que corresponde al título, al negocio jurídico, es decir, la reforma al Reglamento de Propiedad Horizontal que la Oficina no ha pretendido en ningún momento corregir, cuyos vicios son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, y los vicios que pueda traer la inscripción de dicho negocio en virtud de errores en que haya incurrido el Registrador, cuyos actos están sujetos al control de la jurisdicción contenciosa administrativa, previo agotamiento de la vía gubernativa. Por tanto la Administración si está facultada para corregir sus propios errores por medio de los mecanismos de control interno consagrados en el mismo estatuto registral (Decreto-Ley 1250 de 1970), cuando en su artículo 82 dispone, que el modo de abrir y llevar la matrícula se ajustará a lo dispuesto en esta ordenación, de manera que aquélla exhiba en todo momento el estado jurídico del respectivo bien. Por lo cual esta Oficina ha decidido corregir un error en la inscripción de un acto más no el contenido del acto mismo.

"2) Si bien al momento de solicitarse el registro de la reforma al Reglamento de Propiedad Horizontal, la Oficina ha debido abstenerse de hacerlo teniendo en cuenta que los interesados en ese acto jurídico carecían del derecho para disponer de bienes cuya propiedad correspondía a terceros que no prestaron su consentimiento, no significa que por el hecho de su registro irregular se haya creado o constituído derecho alguno a favor de quien haya otorgado el documento .....

....."

"...De tal toma que la Registradora Principal sí está facultada legalmente para excluir el registro de los actos administrativos expedidos en cumplimiento de sus funciones cuando en su inscripción se haya incurrido en un error.....

....."

De la segunda Resolución resalto también:

"...Entonces, para que fuese procedente el registro de escritura de modificación o adición al reglamento de propiedad, precisaba que estuviese acreditado, o bien la procedencia del dominio en cabeza de quines reforman o adicionan el Reglamento de Propiedad Horizontal (artículo 52, Decreto Ley 1250 de 1970) o, en el último de los casos que los afectados, incluyendo los acreedores hipotecarios, ratificarán las escrituras 1022 del 18 de mayo de 1987 y 1341 del

17 de junio del mismo año y de la misma Notaría 30 de Bogotá. De lo contrario, se está frente a un acto de inscripción legalmente inadmisible que no tiene por que mantenerse en el Registro de Instrumentos públicos.

"El artículo 82 del Decreto Ley 1250 de 1970 que dispone 'El modo de abrir y llevar la matrícula se ajustará a lo dispuesto en esta ordenación, de **manera que aquella exhiba en todo momento el estado jurídico del respectivo bien'.**

"Para dar cumplimiento a este imperativo legal, el registrador tiene el deber de corregir los errores cometidos al efectuar una inscripción de conformidad con el artículo 35 del Decreto Ley 1250 de 1970...".

De lo transcrito se infiere que en las Resoluciones acusadas se aduce como fundamento para la exclusión de los folios de matrícula inmobiliaria que la autoridad encargada del registro incurrió en error en los folios aludidos al efectuar un registro irregular y legalmente inadmisible.

Al respecto, debo anotar, que la autoridad encargada del acto de registro, al tenor de lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto Ley 1250 de 1970, solamente pueden corregir los errores que se refieran a palabras, frases o cifras. Su texto, que me permito transcribir, avala mi anterior aserto.

En un evento como el presente, en que la inscripción no era legalmente admisible, ha debido, a mi juicio, la autoridad de registro darle cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 37 *ibídem*, esto es, indicar en la columna sexta del libro radicador dicha circunstancia, dejar copia del título en el archivo de la oficina y el ejemplar correspondiente devolvérselo al interesado bajo recibo.

En el caso *sub-júdice* lo que se hizo en las Resoluciones acusada fue dejar sin efectos los actos de inscripción o registro, fenómeno jurídico que el artículo 39 del referido Decreto Ley 1250 denomina como acto de cancelación del registro, y solamente puede proceder a ello el Registrador, según reza dicha norma, "cuando se le presente la prueba de la cancelación del respectivo título o acto, o la orden judicial en tal sentido", ninguna de cuyas previsiones se adecuan a los actos en referencia.

Las consideraciones precedentes me conducen a la conclusión de que ha debido accederse a las súplicas de la demanda y estimarse probados los cargos de violación segundo y cuarto de la misma, por infracción de los artículos 35 y 40 del Decreto Ley 1250 de 1970, habida cuenta que dentro de las formas o maneras de corregir errores no está la exclusión de los actos de registro y porque se procedió a cancelar los registros e inscripciones sin haberse satisfecho las exigencias de la norma últimamente citada.

Fecha *ut supra.*

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento de voto adhiere el Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ.

ISS-Reestructuración/**SUPRESION DE EMPLEOS**

Con la consagración del artículo transitorio 20, en virtud del cual se expidió el decreto acusado, pretendió el Constituyente materializar, a través de las facultades de reestructuración, fusión o supresión de las entidades allí referidas, el desarrollo de los fines esenciales que al Estado le impuso la nueva Carta Política. Consecuencia de ello, y así lo ha expresado esta Corporación en diversas providencias, en la supresión de cargos o empleos que no requieran las necesidades administrativas del Estado en la búsqueda de la eficaz prestación de los servicios públicos, y en aplicación del principio de la prevalencia del interés general sobre el particular. De manera pues que en tratándose de la aplicación del artículo transitorio 20 hay licitud en la acción del Estado para suprimir cargos o empleos de quienes estén o no inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, sin perjuicio obviamente de la obligación de indemnizar a los titulares de los mismos.

INDEMNIZACIONES/PRINCIPIO DE IGUALDAD

Para que pueda hablarse de igualdad habría que partirse de un idéntico supuesto de hecho, pues frente a situaciones fácticas distintas, las consecuencias jurídicas habrán de ser disímiles. En este caso, no se encuentran en la misma situación de hecho un trabajador en período de prueba frente a otro que no lo está y un trabajador que lleva determinado número de años al servico de una entidad, frente a otro que no ha laborado el mismo tiempo.

ISS-Funciones/SERVICIOS MEDICOS ASISTENCIALES/AFILIADOS/ BENEFICIARIOS/PLAN DE SALUD OBLIGATORIO

El artículo 3o. del Decreto 218 de 1992 es claro en señalar como funciones del I.S.S. la de garantizar a su afiliados y beneficiarios la prestación de los servicios médico asistenciales integrales que por ley les corresponde, mediante acciones de prevención, curación y rehabilitación y garantizar a sus afiliados y beneficiarios el pago de las prestaciones económicas a cargo del instituto, de acuerdo con las normas legales vigentes. Con la expedición de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, se previó un Plan de Salud Obligatorio que las Empresas Promotoras de Salud, dentro de las cuales está el I.S.S., tienen que prestar no sólo a los afiliados sino que es de cobertura familiar (art. 163), de cuya obligación no puede sustraerse el Instituto.

SEGURIDAD SOCIAL/COBERTURA-Ampliación

Es la propia Carta Política la que en su artículo 48 inciso 3o. prevé que pueda ampliarse progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. Luego, si las condiciones de mortalidad de la población, de los avances tecnológicos y de las modalidades de la prestación de los servicios varían, no resulta inconstitucional la previsión de la posibilidad de ampliar los servicios que inicialmente presta el Instituto.

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Acceso

Los artículos 48 y 49 de la Carta defirieron en la ley la reglamentación de los principios a los cuales debía sujetarse la seguridad social y la atención de la salud, y en este sentido la Ley 100 de 1993 "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral" contiene algunas previsiones similares a las que consagra el artículo 15 en estudio, como es el caso del artículo 164 que prevé el acceso a la prestación de algunos servicios que por su alto costo requieren determinado número de semanas de afiliación y un pago por parte del usuario, establecido de acuerdo con su capacidad socioeconómica.

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Vigilancia/ESTADO/COMPETENCIA/ CONTRATO/ENTIDAD PRIVADA/PLAN NACIONAL DE DESARROLLO

El artículo 365 de la Constitución Política es diáfano en permitir que los servicios públicos puedan ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, debiendo mantener aquél la regulación, control y vigilancia de dichos servicios. En armonía con esta disposición el artículo 355 *ibídem*

autoriza la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo a que alude el artículo 339 *ibídem.*

COMISION PERMANENTE/POLITICAS SALARIALES Y LABORALES/ CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO-Inexistencia

Del contenido del art. 56 de la C.N. se infiere que la concertación, a través de una comisión permanente integrada por el Gobierno Nacional y representantes de los empleadores y de los trabajadores, cuya composición y funcionamiento fue deferida a la ley, se previó para contribuir a la solución de conflictos colectivos de trabajo en cuanto a políticas salariales y laborales se refiere. Cuando se expidió el decreto de reestructuración del I.S.S. no existía conflicto colectivo de trabajo alguno cuyo tema de discusión hubiese sido la política salarial y laboral de la entidad, que por lo mismo, para su solución, requiriera de la intervención de una comisión para concertar sobre tales puntos.

COMISION ASESORA DEL GOBIERNO

Las evaluaciones y recomendaciones de dicha Comisión no podían tener carácter obligatorio para el Gobierno Nacional porque de considerarse así el proceso de reestructuración, fusión o supresión de las entidades de que trata el artículo transitorio 20 no dependería del ejercicio de una función de éste sino de aquélla. 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 Nacional en la tarea asignada, asesoría esta que no va más alla de ilustrar, sugerir o aconsejar.

ISS-Naturaleza Jurídica

Así como es posible variar la composición de los órganos de dirección o administración, ampliar o reducir los objetivos, crear o suprimir dependencias, asignar o reducir funciones, es posible variar la naturaleza jurídica, sin que ello implique crear una nueva entidad. Para que pueda hablarse de la creación de una nueva entidad habría, por lo mismo, que producir un cambio total en cada uno de los elementos que conforman la estructura, comenzando por los objetivos, que es uno de los aspectos que justifican la razón de ser de cualquier entidad.

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

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2526. Acción: Nulidad. Actor: Germán Reyes Forero.

El ciudadano GERMAN REYES FORERO, 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 2148 de 30 de diciembre de 1992 **"por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales, I.S.S."**, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo transitorio 20 de la Carta Política.

I-. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Cita el acto como infringidos con el acto acusado el Preámbulo y los artículos 1o., 2o., 13, 25, 42, 44, 46, 48, 49, 53, 56, 58, 60, 125, 150 numerales 7o. y 23 transitorios 20 y 57 de la Constitución Política.

Hace consistir el concepto de la violación a través de los siguientes cargos, los cuales pueden sintetizarse así:

PRIMER CARGO:

El Decreto 2148 de 1992 viola el Preámbulo de la Constitución Política pues es claro que en éste se resaltó con especialidad el trabajo como valor social de gran trascendencia y como aspecto inherente a la dignidad del ser humano.

Al permitir la supresión masiva de cargos se desconoce este postulado básico.

De igual manera los artículos 12 a 15 violan el Preámbulo porque no se puede concebir la garantía de un orden económico social justo cuanto el Estado abandona la prestación de los servicios y se convierte en un simple vigilante; cuando los usuarios tienen que mantener las clínicas y unidades de prestación de servicios y cancelar un valor adicional a la retención ordinaria por los servicios de salud utilizados; y cuando se están dejando por fuera a los usuarios del servicio no afiliados.

SEGUNDO CARGO:

a): Los artículos 2o., 12 a 15, 16 a 31 y 38 a 40 *ibídem* transgreden el artículo 1o. de la Constitución Política ya que no se pueden concebir como ajustado al criterio de Estado Social de Derecho un ordenamiento que so pretexto de modernizar el Estado atenta contra los derechos fundamentales no solo de las personas vinculadas al Instituto sino de los usuarios del mismo.

b): Dichas normas infringen el artículo 2o. de la Carta porque el Gobierno en vez de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, los ha violentado atentando contra el trabajo, la dignidad humana y el Estado Social de Derecho.

TERCER CARGO:

Los artículos 21 a 23 atentan contra el artículo 13 de la Constitución Política al permitir que la reestructuración se haga en forma indiscriminada sin un criterio objetivo claro que evite la arbitrariedad.

En cuanto a las indemnizaciones se aplica una desigualdad en los referente al tiempo de servicio, como si el derecho de carrera se adquiriera por el transcurso del tiempo.

Si se pretende obtener una indemnización no se logra el objetivo por la cuantía tan ínfima que establece el decreto acusado.

Se establece una discriminación ilógica e injusta cuando el Decreto menciona las bonificaciones para los funcionarios con nombramiento provisional (artículo 23). Aparentemente se pretende compensar el perjuicio lo que no se logra en ciertos topes cuando por ejemplo con 4 años de servicio, la indemnización sería equivalente a 120 días, mientras que el funcionario de la seguridad social la tendría en 90 días lo cual es injusto, discriminatorio y desigual.

CUARTO CARGO:

Los artículos 16 a 23 violan los artículos 25, 53 y 125 de la Constitución Política, al establecer un sistema de desvinculación que no tiene en cuenta el mérito para ello, atentando contra la estabilidad y los derechos adquiridos.

La carrera administrativa genera un derecho que la ley no pueda menoscabar.

QUINTO CARGO:

Se violan los artículos 42, 44 y 46 de la Carta Política, pues una de las formas como el Estado ha venido intentando cumplir con la obligación social de garantizar la "protección integral de la familia", ha sido mediante la modalidad de beneficiarios de los sistemas de seguridad social.

Los artículos 19, 24, 26 y 38 del Acuerdo 536 de 1974, se han orientado en este sentido, pero el artículo 15 del decreto acusado desconoce esta evolución legislativa y el artículo 42 de la Constitución cuando señala como únicos beneficiarios a los afiliados, además de cobrar el servicio.

Por la misma razón se vulneran los artículos 44 y 46 *ibídem,* pues en vez de concurrir el Estado a cumplir con las obligaciones frente a los menores y personas de la tercera edad, se aleja de ellas.

SEXTO CARGO:

Los artículos 12 a 15 del referido decreto transgreden los artículos 48, 49, 365 y 366 de la Constitución Política, por cuanto al dejar de prestarse por el Estado el servicio público de salud, éste deja de responder efectivamente por la prestación del mismo.

Con la nueva modalidad de prestación de asistencia médica y servicios asistenciales en vez de constituir una garantía para tal prestación se imposibilita el acceso a élla.

La obligación del Estado que es principalísima y contiene correlativamente un derecho fundamental, es convertida en excepción, atentando así contra la finalidad y alcance del artículo 48, desvirtuando el concepto de Estado Social de Derecho aplicado en el área de la salud.

SEPTIMO CARGO:

El Decreto 2148 de 1992 viola el artículo 56 de la Constitución Política pues con la desvinculación de más de 16.000 empleados era obligatorio concertar o por lo menos intentarlo, lo que en ningún momento se presentó.

OCTAVO CARGO:

El artículo 15 del citado decreto vulnera el artículo 58 de la Carta ya que existe un derecho que han adquirido los afiliados y los beneficiarios del Instituto.

Los artículos 16 a 31 *ibídem* desconocen los derechos a la estabilidad del empleo de los funcionarios de la seguridad social.

NOVENO CARGO:

El numeral 2o. del artículo 14 del Decreto 2148 de 1992 vulnera el artículo 60 de la Constitución Política, ya que en aquél se utiliza la expresión facultativa en tanto que en éste es obligatoria e imperativa.

DECIMO CARGO:

Los artículos 1o. a 3o., 4 a 15 y 32 a 41 del Decreto 2148 de 1992 transgreden el artículo transitorio 20 por cuanto no se cumplieron los requisitos allí previstos, a saber:

a): El Presidente no estaba facultado para cambiar la naturaleza jurídica de la entidad;

b): No se tuvieron en cuenta las recomendaciones de la Comisión Asesora; y

c): Nada tiene que ver con la reestructuración la introducción de normas relativas a la prestación de servicios médicos asistenciales, la determinación de cobrar cuota de contribución o franquicia y disponer lo que prevé el artículos 15.

DECIMO PRIMER CARGO:

Se vulnera el artículo 57 transitorio, en concordancia con el artículo 150 numeral 23 de la Carta por cuanto el decreto acusado introduce normas sobre seguridad social y tales disposiciones sólo podrían expedirse intregrándose la Comisión a que alude el primer precepto invocado.

DECIMO SEGUNDO CARGO:

Los artículos 16 a 31 del Decreto 2148 de 1992 violan el artículo 243 de la Constitución Política por cuanto se reprodujo el contenido del Decreto 1660 que fue declarado inexequible en sentencia de 13 de agosto de 1992.

II-. ACTUACION

Mediante preveído de 8 de octubre de 1993 se admitió la demanda.

II.1-. Del auto admisorio se notificó la Nación -Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-, quien a través de apoderada contestó la demanda y para oponerse a las pretensiones de la misma adujo, en síntesis, lo siguiente:

1-. El Preámbulo de la Constitución incluye el trabajo como uno de los elementos que deben ser asegurados a través de la Carta Política, pero no es el único ni tampo el primordial. Junto a él se encuentran la vida, la convivencia, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz.

La prevalencia del interés general respecto al derecho al trabajo es mayor que respecto a cualquier otro derecho. Así lo analizó la Corte Constitucional en la demanda contra el Decreto 1660.

2-. El régimen indemnizatorio y de bonificaciones consagrado pretende compensar al trabajador por una situación especialísima que detemina su desvinculación, la que resulta independiente de la gestión que venía realizando cada trabajador.

La normación diferente a supuestos distintos no viola el principio de igualdad.

3-. El trabajo, de conformidad con el artículo 25 de la Carta tiene la virtualidad de ser derecho y obligación social al mismo tiempo y resulta visto desde una doble posición. Como derecho es un atributo inherente a la persona humana y como obligación, es una consencuencia del Estado Social del Derecho.

Conforme al Preámbulo, el trabajo se asegura dentro de un marco jurídico, democrático y participativo para obtener en un orden político, económico y social justo. Es decir, el trabajo solamente está asegurado por el orden jurídico en la medida en que contribuya a una orden 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. El empleo es fruto de un convenio; las normas que lo regulan tienden a asegurar que el empleador ofrezca condiciones dignas y justas a su empleado.

La relación laboral, como relación contractual que es, puede terminarse como todo contrato y cuando ella termina al trabajador queda desempleado, pero de ninguna manera se le ha conculcado su derecho al trabajo porque de considerarse así ningún contrato de trabajo podría terminar, pues su terminación implicaría violación del derecho al trabajo.

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.

4-. En ningún momento el Decreto 2148 desconoce las normas que regulan a los beneficiarios. Esto lo corrobora el artículo 3o. *ibídem.* El artículo 15 no excluye a las personas que por su vinculación o parentesco tienen derecho a recibir los servicios de salud.

5-. La nueva Carta pretende una desconcentración de funciones en los distintos organismos. En consonancia con los artículos 209 y 365 *ibídem* que prevén la descentralización por colaboración privada, como forma de actuación administrativa, debe concluirse que la obligación del Estado es la de dirigir, coordinar, controlar o vigilar la prestación del servicio de seguridad social y no que el Estado deba prestarlo exclusivamente.

6-. El Gobierno Nacional de manera alguna está adoptando una política laboral. Si el Constituyente hubiera querido que en el proceso de reestructuración, fusión o supresión se surtieran etapas de concertación y debate democrático, así lo hubiera manifestado.

7-. No es cierto que la Constitución establezca como "absolutamente obligatorio" o "imperativo" para el Estado el acceso de los trabajadores a la propiedad que tenga en las distintas empresas. Lo que la norma establece es el deber del Estado de promover, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad y que tratándose de la enajenación de su participación en una empresa, tome las medidas conducentes para democratizar la titularidad de sus acciones mediante el ofrecimiento de condiciones especiales a sus trabajadores para acceder a dicha propiedad. El artículo 14 numeral 2o. no desconoce lo establecido en la norma constitucional y por el contrario le está dando desarrollo y aplicación al permitir que se establezcan sociedades anónimas en cuyo capital participen ex empleados del Instituto. Es decir, está promoviendo el acceso a la propiedad de ciertos grupos.

8-. El Gobierno no ha violado el artículo transitorio 20 por no haber atendido las observaciones formuladas por la mayoría de la comisión evaluadora, pues tales observaciones no tiene carácter vinculante para el Gobierno, quien es el titular de las atribuciones. La expresión "tener en cuenta" no significa "acoger".

9-. El Decreto 2148 de 1992 tiene como causa el artículo transitorio 20. El artículo transitorio 57 contempla otra situación que no guarda relación con la reestructuración de la entidad.

10-. Todo lo expresado sirve para desechar el cargo de violación del artículo 243 de la Constitución Política.

II.2-. En la etapa de alegaciones las partes ni el Ministerio Público hicieron uso del derecho de alegar de conclusión.

III-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Esta Corporación, en sentencia de 12 de mayo del presente año, expedientes acumulados Nos. 2275, 2278, 2281, 2298 y 2327, en los cuales se controvirtió precisamente la constitucionalidad del Decreto 2148 de 30 de diciembre de 1992, hizo las siguientes precisiones:

Con la consagración del artículo transitorio 20, en virtud del cual se expidió el decreto acusado, pretendió el Constituyente materializar, a través de las facultades de reestructuración, fusión o supresión de las entidades allí referidas, el desarrollo de los fines esenciales que al Estado le impuso la nueva Carta Política. Consecuencia de ello, y así lo ha expresado esta Corporación en diversas providencias, es la supresión de cargos o empleos que no requieran las necesidades administrativas en la búsqueda de la eficaz prestación de los servicios públicos, y en aplicación del principio de la prevalencia del interés general sobre el particular.

En este mismo sentido la Corte Constitucional al estudiar la demanda contra el Decreto 1660 de 1991, expresó:

> "...El Estado, en el sentir de la Corte, debe asumir la tarea de adecuar su estructura a las circunstancias que hoy le exigen eficiencia y celeridad en el cumplimiento de las múltiples responsabilidades que le competen...".
>
> "...Nada de lo dicho podría cumplirse a cabalidad sin un aparato estatal diseñado dentro de claros criterios de mérito y eficiencia, para lo cual no resulta necesario su excesivo tamaño ni un frondoso árbol burocrático, sino una planta de personal debidamente capacitada y organizada de forma tal que garantice niveles óptimos de rendimiento...".
>
> "...Para hacerlo, el Gobierno dispone, entre otros instrumentos, de las atribuciones que le otorga el artículo transitorio 20 de la Constitución Política...".
>
> "...De allí que, si fuere necesario que el Estado, por razones de esa índole, elimine el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo transitorio 20 de la Carta, sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad de las cargas públicas (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...".

De manera pues que en tratándose de la aplicación del artículo transitorio 20 hay licitud en la acción del Estado para suprimir cargos o empleos de quienes estén o no inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, sin perjuicio obviamente de la obligación de indemnizar a los titulares de los mismos.

Teniendo en cuenta que los decretos expedidos con fundamento en la norma transitoria 20 tiene la misma fuerza o entidad normativa que la ley, en razón de la materia

que regulan, bien podía el Gobierno Nacional consagrar disposiciones distintas de las previstas en otras normas de igual jerarquía y con incidencia en aspectos regulados en convenciones colectivas de trabajo.

De otra parte, en lo referente al trato discriminatorio que se predica en el monto de las indemnizaciones, estima la Sala que para que pueda hablarse de igualdad habría que partirse de un idéntico supuesto de hecho, pues frente a situaciones fácticas distintas, las consecuencias jurídicas habrán de ser disímiles. En este caso, no se encuentran en la misma situación de hecho un trabajador en período de prueba frente a otro que no lo está y un trabajador que lleva determinado número de años al servicio de una entidad, frente a otro que no ha laborado el mismo tiempo.

Lo anterior conduce a desestimar los cargos primero a cuarto que parten del supuesto de que en el decreto acusado no podían adoptarse las medidas laborales que allí se regularon.

El Decreto acusado, como ya se dijo, tiene la misma fuerza o entidad normativa que la ley. En tal carácter podía establecer la forma de prestación del servicio de salud, máxime si el objeto del I.S.S., conforme se lee en el texto del artículo 2o. *ibídem*, es dirigir , administrar, controlar, vigilar y garantizar **la prestación de los servicios de seguridad social.** Por ello, no resulta ajena a la reestructuración la introducción de normas relativas a la modalidad de la prestación de los servicios médico-asistenciales en la forma regulada en el artículo 15, y por ende no está llamado a prosperar al décimo cargo literal c).

Si bien es cierto el artículo 15 acusado se refiere a los "afiliados", no por ello se entiende que han sido excluídos los "beneficiarios", pues el artículo 3o. del mismo Decreto 2148 de 1992 es claro en señalar como funciones del I.S.S. la de garantizar a sus afiliados y beneficiarios la prestación de los servicios médico asistenciales integrales que por ley les corresponde, mediante acciones de prevención, curación y rehabilitación y garantizar a sus afiliados y beneficiarios el pago de las prestaciones económicas a cargo del instituto, de acuerdo con las normas legales vigentes.

Por lo demás, es sabido que con la expedición de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, se previó un Plan de Salud Obligatorio que las Empresas Promotoras de Salud, dentro de las cuales está el I.S.S., tienen que prestar no sólo a los afiliados sino que es de cobertura familiar (artículo 163), de cuya obligación no puede sustraerse el Instituto, por mandato expreso del artículo 3o. citado.

Es la propia Carta Política la que en su artículo 48 inciso 3o. prevé que pueda ampliarse progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. Luego, si las condiciones de mortalidad de la población, de los avances tecnológicos y de las modalidades de la prestación de los servicios varían, no resulta inconstitucional la previsión de la posibilidad de ampliar los servicios que inicialmente presta el Instituto.

Del contenido de las normas constitucionales que se invocan como transgredidas no se infiere la prohibición del acceso progresivo a los servicios de salud de acuerdo con el número de semanas cotizadas y que se pueda pagar una cuota o contribución por los servicios asistenciales de salud utilizados.

Los artículos 48 y 49 de la Carta defirieron en la ley la reglamentación de los principio a los cuales debía sujetarse la seguridad social y la atención de la salud, y en este sentido la Ley 100 de 1993 "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral" contiene algunas previsiones similares a las que consagra el artículo 15 en estudio, como es el caso del artículo 164 que prevé el acceso a la prestación de algunos servicios que por su alto costo requieren determinado número de semanas de afiliación y un pago por parte del usuario, establecido de acuerdo con su capacidad socioeconómica.

Por las anteriores consideraciones tampoco tienen vocación de prosperidad los cargos primero, segundo y quinto.

El artículo 12 del decreto cuestionado prevé que el Instituto de Seguros Sociales, para efectos de la prestación de los servicios médico asistenciales, pueda: suscribir contratos con entidades públicas o privadas especializadas en servicios de salud, de acuerdo con la ley; fomentar la creación de instituciones, asociaciones o sociedades especializadas en servicios de salud, en aquellos sitios donde no exista una oferta de servicios asistenciales; o, excepcionalmente, en caso de no darse los eventos anteriores y mientras subsistan deficiencias en la oferta de servicios asistenciales, prestarlos directamente el Instituto o a través de sistemas de fiducia o cualquier otro mecanismo que garantice la eficiencia y oportunidad de los servicios.

Estima la Sala que el artículo 365 de la Constitución Política es diáfano en permitir que los servicios públicos puedan ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, debiendo mantener aquél la regulación, control y vigilancia de dichos servicios.

En armonía con esta disposición el artículo 355 *ibídem* autorizan la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo a que alude el artículo 339 *ibídem*.

El artículo 2o. del decreto acusado consagra como objeto del I.S.S. dirigir, controlar, administrar, vigilar y garantizar la prestación de los servicios de seguridad social.

Lo anterior conduce a la Sala a afirmar que se cumplan los presupuestos del artículo 365 de la Constitución Políticia, por lo cual no se da la transgresión a que alude el sexto cargo de la demanda.

En lo que toca a la violación del artículo 56 de la Constitución Política (cargo séptimo de la demanda), observa la Sala que del contenido de dicha norma se infiere

que la concertación, a través de una comisión permanente integrada por el Gobierno Nacional y representantes de los empleadores y de los trabajadores, cuya composición y funcionamiento fue deferida a la ley, se previó para contribuir a la solución de conflictos colectivos de trabajo en cuanto a políticas salariales y laborales se refiere.

En el evento *sub-lite*, cuanto se expidió el decreto de reestructuración del I.S.S. no existía conflicto colectivo de trabajo alguno cuyo tema de discusión hubiese sido la política salarial y laboral de la entidad, que por lo mismo, para su solución, requiriera de la intervención de una comisión para concertar sobre tales puntos.

De otra parte, el artículo transitorio 20 no prevé, como requisito previo a la reestructuración, fusión o supresión, la concertación a que alude la norma constitucional en estudio.

Considera la Sala que el cargo noveno no está llamado a prosperar, ya que en el evento *sub-lite* no se quebranta el artículo 60 de la Constitución dado que los supuestos fácticos de esta norma no son predicables de la disposición acusada. En efecto, en este caso ni los bienes del Instituto están representados en acciones ni éste tenía antes de la reestructuración la calidad de sociedad sino de establecimiento público del orden nacional.

En lo tocante al cargo décimo referente a la omisión por parte del Gobierno Nacional de tener en cuenta las recomendaciones de la Comisión Asesora, estima la Sala que tampoco tiene vocación de prosperidad, pues, como lo ha reiterado en diversos pronunciamientos, las evaluaciones y recomendaciones de dicha Comisión no podían tener carácter obligatorio para el Gobierno Nacional porque de considerarse así el proceso de reestructuración, fusión o supresión, de las entidades de que trata el artículo transitorio 20 no dependería del ejercicio de una función de éste sino de aquélla. 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 Nacional en la tarea asignada, asesoría esta que no va más alla de ilustrar, sugerir o aconsejar.

De otra parte, la estructura de una entidad comprende la parte orgánica y la parte funcional.

La parte orgánica está conformada por la naturaleza, objetivos, órganos de dirección y administración y las distintas dependencias o niveles.

La parte funcional, como su nombre lo indica, atañe a las funciones que se han previsto por parte de dichos órganos de dirección y administración y de las distintas dependencias para desarrollar los objetivos de la entidad.

Reestructurar entonces significa modificar la estructura de una entidad, y tal modificación puede recaer sobre cualesquiera de los elementos que forman parte de la misma.

La naturaleza jurídica de una entidad, como elemento integral que es de su estructura, no puede por lo mismo considerarse aislada o separada del todo del cual forma parte.

Así como es posible variar la composición de los órganos de dirección o administración, ampliar o reducir los objetivos, crear o suprimir dependencias, asignar o reducir funciones, es posible variar la naturaleza jurídica, sin que ello implique crear una nueva entidad.

Para que pueda hablarse de la creación de una nueva entidad habría, por lo mismo, que producir un cambio total en cada uno de los elementos que conforman la estructura, comenzando por los objetivos, que es uno de los aspectos que justifican la razón de ser de cualquier entidad.

Estima la Sala que tampoco tiene vocación de prosperidad el cargo décimoprimero de violación del artículo transitorio 57, en armonía con el artículo 150 numeral 23 de la Carta, pues el decreto acusado no contiene la propuesta que desarrolla las normas de seguridad social que corresponde al Gobierno Nacional presentar al Congreso. Por ello no puede endilgársele la ausencia de integración de la comisión a que se refiere la norma transitoria.

Finalmente, de la transcripción que se hizo de algunos apartes de la sentencia de la Corte Constitucional frente al Decreto 1660 de 1991, puede inferirse claramente que los fundamentos de hecho y de derecho que sirvieron de soporte a la expedición de dicho decreto difieren de los que gobiernan la expedición de los decretos dictados por el Gobierno Nacional en uso de las atribuciones otorgadas en el artículo transitorio 20. Por esta razón no es de recibo el argumento del actor en el cargo décimo segundo de la demanda por violación del artículo 243 de la Carta Política.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 14 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Gilberto Peña Castrillón,* Conjuez; *Pedro Alejo Gómez Villa,* Conjuez; Ausente.

AUXILIOS-Improcedencia/**ENTIDAD PRIVADA**

El artículo 355 de la Carta Política violado, no establece excepciones en el sentido de que alguna entidad pública pueda decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de Derecho Privado, en los casos de partidas presupuestales aprobadas para la vigencia fiscal de 1991.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2151. Recurso de apelación contra la sentencia de 13 de octubre de 1993, del Tribunal Administrativo del Tolima. Actor: Félix Eduardo Martínez Ramírez.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el tercero impugnante contra la sentencia de 13 de octubre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. El ciudadano FELIX EDUARDO MARTINEZ RAMIREZ, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Tolima, tendiente a que mediante sentencia se declarara la nulidad de los Decretos Nos. 737, 738, 739, 740, 745, 756, 757, 768, 769, 775, 776, 797, 821, 824, 828, 829, 852, 855, 856, 858, 874, 875, 877, 891, 920, 990, 1004, 1005, 1007, 1009, 1045, 1048, 1060, 1113, 1125, 1126, 1127, 1128, 1129,

1130, 1131, 1134, 1135, 1151, 1158, 1177, 1191, 1205, 1206, 1233, 1234, 1235, 1264, 1265, 1266, 1267, 1269, 1270, 1271, 1272, 1273, 1282, 1284, 1285, 1306, 1317, 1319, 1323, 1356, 1357, 1374, 1386, 1387, 1388, 1396 , 1452 y 1457, expedidos por el Gobernador del Departamento del Tolima desde el 11 de julio hata el 31 de diciembre de 1991, por medio de los cuales concedió auxilios a favor de personas jurídicas de derecho privado.

I.2-.Como norma violada se señaló en la demanda el inciso 1o. del artículo 355 de la Constitución Política.

Para explicar el alcance de tal violación el actor adujo, en síntesis, que el Gobernador del Departamento del Tolima no podía decretar auxilios en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, por prohibición expresa de la norma constitucional.

Al momento de la promulgación de todos y cada uno de los actos administrativos acusados no existía ninguna disposición jurídica suficiente que convalidara la violación flagrante y directa al texto constitucional del artículo 355, inciso 1o., por sustracción de materia, en atención al imperio de la nueva Carta Política, a partir del 7 de julio de 1991.

I.3-. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario el cual culminó en primera instancia con la expedición de la sentencia de 13 de octubre de 1991, que fue oportunamente apelada por el tercero inpugnante.

II-. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Para acceder parcialmente a las súplicas de la demanda el *a-quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

1o): El Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en providencia de segunda instancia de 2 de octubre de 1992, con ponencia del señor Magistrado doctor ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, al resolver el recurso de apelación contra el auto de 30 de junio del mismo año, en el cual se había negado la suspensión provisional de los actos acusados, para revocarlo y en su lugar disponer dicha medida cautelar frente a algunos de los actos acusados, se precisó que la prohibición del artículo 355 de la nueva Carta entraña que ninguna entidad pública puede decretar o conceder auxilios en favor de personas naturales o jurídicas de Derecho Privado, pero sí en favor de las personas jurídicas de Derecho Público.

Entonces, resulta claro que el precepto constitucional se transgredió al expedirse los siguientes decretos, mediante los cuales se concedieron auxilios con recursos presupuestales a personas naturales o jurídicas de Derecho Privado, así hubieran asignado en forma genérica en el Presupuesto de Rentas y Gastos para la vigencia fiscal de 1991, Ordenanza No. 107 de 20 de diciembre de 1990 y Decreto No. 1396 de la misma fecha, pero que fueron distribuídos con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, que expresamente los prohibió, a saber: Decretos Nos.: 738 de

11 de julio de 1991, por el cual se concede un auxilio a la Casa de la Cultura del Municipio del Guamo; 739 de 11 de julio, por el cual se concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 740 de 11 de julio, por el cual se concede un auxilio a la Liga de Ciclismo del Tolima; 756 de 15 de julio, por el cual se concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento del Tolima; 757 de 15 de julio, por el cual se concede un auxilio a la Corporación Pro-Vivienda de Periodistas del Tolima -CORVIPET-; 768 de 16 de julio, por el cual se concede un auxilio a la Asociación de Mujeres Campesinas e Indígenas, del Tolima "ADMUCIT"; 769 de 16 de julio, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Aguablanca del Municipio de Suárez; 797 de 23 de julio, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Alto Gualí del Municipio de Falán; 821 de 30 de julio, que concede un auxilio a la Liga de Baloncesto del Tolima; 824 de 31 de julio, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 828 de 31 de julio, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal del Barrio El Topacio Plan C del Municipio de Ibagué; 829 de 31 de julio, que concede un auxilio a la Corporación Universitaria de Ibagué; 852 de 1o. de agosto, por el cual se concede un auxlío a la Junta de Padres de Familia del Hogar Infantil "Mi Rinconcito Encantado" de Venadillo; 855 de 2 de agosto, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal del Barrio Monserrate del Municipio de Dolores; 856 de 2 de agosto, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal del Barrio El Mango del Municipio de Dolores; 858 de 2 de agosto, que concede un auxilio a Pastoral Social Divino Niño; 874 de 9 de agosto, que concede un auxilio a la Asociación de Areneros del Municipio de Honda; 875 de 9 de agosto, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Santa Bárbara del Municipio de Anzoátegui; 877 de 9 de agosto, que concede auxilio a la Junta de Acción Comunal de Villa Esperanza del Municipio de Purificación; 891 de 13 de agosto, por el cual se concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 920 de 22 de agosto, que concede un auxilio a la Corporación Provivienda de Periodistas del Tolima "CORVIRET"; 990 de 16 de septiembre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 1004 de 20 de septiembre, que concede un auxilio a la Junta de Ferias y Fiestas de Doima del Municipio de Piedras; 1007 de 20 de septiembre, que concede un auxilio al Hogar del Anciano "La Sagrada Familia" del Municipio de Fresno; 1009 de 20 de septiembre, que concede un auxilio al Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Honda; 1045 de 2 de octubre, que concede un auxilio a la Secretaría de Hacienda con destino a sufragar los gastos de viaje de la estudiante Joan Nathalie Suárez Hincapié; 1060 de 8 de octubre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 1113 de 21 de octubre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 1125 de 25 de octubre, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Batatas Bacallas del Municipio de Suárez; 1126 de 25 de octubre, que otorga a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Santa Helena del Municipio de Anzoátegui un aporte de los fondos recaudados por la emisión de la estampilla "Pro-Electrificación Rural"; 1127 de 25 de octubre, que otorga un aporte a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Santa Rita del Municipio de Anzoátegui, del Fondo "Pro-Electrificación Rural"; 1128 de 25 de octubre, que otorga un aporte a la Junta de Acción Comunal de la Vereda La

Flor del Municipio de Anzoátegui, del Fondo "Pro-Electrificación Rural"; 1129 de 25 de octubre, que concede un aporte a la Junta de Acción Comunal de la Vereda China Media- La Lindosa del Municipio de Azoátegui, con fondos de la estampilla "Pro-Electrificación Rural"; 1130 de 25 de octubre, que otorga un aporte a la Junta de Acción Comunal de la Vereda el Potrerillo del Municipio de Coello, del Fondo "Pro-Electrificación Rural"; 1131 de 25 octubre, que otorga un aporte a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Dos Quebradas del Municipio de Coello del Fondo "Pro-elctrificación Rural"; 1134 de 25 de octubre, que otorga un aprote a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Yaberco del municipio de Coyaima, del Fondo "Pro-Electrificación Rural"; 1135 de 25 de octubre, que otorga un aporte a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Jabalcón del Municipio de Saldaña, de los Fondos "Pro-Eelctrificación Rural; 1151 de 29 de octubre, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal del Barrio Triana del Municipio de Flandes; 1158 de 30 de octubre, que concede un auxilio a la Asociación de Personas Impedidas "ACOPIM" del Tolima; 1177 de 11 de noviembre, que concede un auxilio a la Corporación Gustavo Matamoros D'Acosta; 1191 de 21 de noviembre, que concede un auxilio al III Encuentro Nacional de Mujeres Comunales; 1205 de 25 de noviembre, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal del Barrio Jorge Eliécer Gaitán de Ibagué; 1206 de 25 de noviembre, que modifica el Decreto 852 de 1o. de agosto de 1991, otorgando el auxilio a la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil "Mi Rinconcito Encantado" del Municipio de Venadillo; 1233 de 5 de diciembre, que concede un auxilio a la Fundación Casa del Tolima; 1234 de 5 de diciembre, que concede un auxilio a la Fundación Casa del Tolima; 1235 de 5 de diciembre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 1264 de 10 de diciembre, que otorga un aporte a la Junta de Acción Comunal de la Vereda La Línea -Puerto Saldaña-La Herrera del Municipio de Rioblanco, con fondos de "Pro-Electrificación Rural"; 1265 de 10 de diciembre, que otorga una aporte a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Santa Rita del Municipio de Anzoátegui, con Fondos "Pro-Electrificación Rural"; 1266 de 10 de diciembre, que otorga un aporte a la Junta de Acción Comunal de la Vereda China Media- La Lindosa del Municipio de Anzoátegui, con Fondos de "Pro-Electrificación Rural"; 1267 de 10 de diciembre, por el cual se concede un aporte a la Junta de Accion Comunal de la Vereda La Flor del Municipio de Anzoátegui, con fondos provenientes de "Pro-Electrificación Rural"; 1271 de 11 de diciembre, que concede un auxilio al Club Deportivo Secretaría de Hacienda; 1272 de 11 de diciembre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento.

También debe decretarse la nulidad de los Decretos Nos.: 1282 de 12 de diciembre, el cual concede un auxilio al Círculo de Cronistas Deportivos; 1284 de 12 de diciembre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 1285 de 12 de diciembre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 1319 de 16 de diciembre, que concede un auxilio al Cuerpo de Bomberos Voluntarios del Municipio de Ibagué; 1323 de 16 de diciembre, que concede un auxilio a la Asociación de Usuarios Campesinos del Municipio de Honda; 1357 de 19 de diciembre, que

concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 1374 de 20 de diciembre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 1386 de 23 de diciembre, que concede un auxilio a la Liga de Ajedrez del Tolima; 1387 de 23 de diciembre, que concede un auxilio a la Fundación Casa del Tolima; 1388 de 23 de diciembre, que concede un auxilio a la Liga de Natación del Tolima; 1396 de 24 de diciembre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 1452 de 31 de diciembre, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Chenche Buenos Aires del Municipio de Coyaima; y 1457 de 31 de diciembre de 1991, por el cual se concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Chenche Media Luna del Municipio de Coyaima.

2o): Debe observarse que la Escuela Urbana de Varones de Kennedy del Municipio de Guamo, como el Jardín Infantil Nacional de Ibagué y el Colegio Francisco Núñez Pedrozo del Municipio de Mariquita son establecimientos educativos de carácter oficial. La Secretaría de Gobierno y la Secretaría de Servicios Administrativos son órganos de carácter público adscritos a la Administración Central del Departamento del Tolima.

La Contraloría General del Departamento es un órgano público, mientras que el Comité de Acción Social es una entidad de Derecho Privado sin ánimo de lucro, reconocida mediante personería jurídica No. 464 de 23 de noviembre de 1965.

3o): En cuanto al Decreto No. 1306 de 12 de diciembre de 1991, por el cual se concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento, sólo se enuncia en forma simple en la demanda, sin que se acompañara copia de este acto, ni se impetró el ponente que solicitara copia del mismo, como lo autoriza el inciso 4o. del artículo 139 del C.C.A.

4o): En lo tocante con los demás decretos que no aparecen incluídos en la relación precedente, se negarán las pretensiones de la demanda, puesto que no se advierte violación del precepto constitucional, por tratarse de órganos públicos, adscritos a la Administración Central del Departamento.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia del recurrente con el fallo apelado pueden sintetizarse así:

Si bien es cierto que el artículo 355 de la Constitución expedida el 7 de julio de 1991 impuso la prohibición de otorgar auxilios o donaciones a personas naturales o jurídicas de carácter privado, también lo es que la Asamblea Nacional Constituyente en su sesión de 23 de mayo de 1991, estableció un mecanismo transitorio, que consistía en supeditar el pago de los auxilios que ya habían sido jurídicamente decretados a una condición adicional: que las autoridades competentes establecieran mecanismos extraordinarios de control, a efectos de que los dineros del Estado no se desviaran a fines ajenos al servicio público o al bienestar comunitario. Es decir, que autorizó un mecanismo

extraordinario que permitiera la ejecución de aquellas partidas presupuestales aprobadas por las Asambleas Departamentales para la vigencia de 1991.

El Gobernador del Departamento del Tolima recibió en su Despacho la Circular No. 008 de 24 de mayo de 1991, expedida por el Ministerio de Gobierno doctor HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA, para esa época su superior jerárquico en la cual éste le solicitó "Suspender el pago de cualquier suma correspondiente a auxilios que hayan sido autorizados para la presente vigencia fiscal hasta tanto el Gobierno nacional (sic) les comunique los criterios que se han de fijar con el fin de asegurar que su destinación, inversión y ejecución se ajuste al estricto cumplimiento de la ley y responda a claros y reales motivos de utilidad común e interés general".

Luego de conocida la posición de la Asamblea Nacional Constituyente, en el sentido de autorizar un mecanismo transitorio, el Ministro de Gobierno mediante la Circular No. 009 de 21 de junio de 1991 solicita dar cumplimiento a lo acordado por aquel organismo, dictando al efecto la reglamentación pertinente en cuanto a los requisitos y procedimientos para la ejecución de los auxilios o aportes que figuren en el presupuesto del Departamento para la vigencia fiscal de 1991, anexándose con la Circular el texto completo de la Resolución No. 113 de 5 de junio del mismo año, expedida por el Ministerio de Hacienda, como una guía o modelo del estatuto departamental, puesto que ésta se refería únicamente a los auxilios nacionales.

Siguiendo las instrucciones impartidas por el Ministro de Gobierno y el modelo de reglamento mencionado, el Gobernador del Tolima expidió la Resolución No. 251 de 4 de julio de 1991, incluyendo los criterios, principios y exigencias del Gobierno Nacional de acuerdo con lo aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente, en virtud del acuerdo sostenido con el Gobierno Nacional, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República. Por eso en los artículos 9o. y 10o. de dicha Resolución se exige la participación de estos entes de control a través de sus seccionales en el Departamento.

El señor Procurador General de la Nación ante la disparidad de criterios sobre los auxilios, hizo pronunciamiento que se publicaron en los diarios El Tiempo y El Espectador en las edicones del 1o. de mayo de 1992, que con claridad explican los alcances de lo ordenado por la Asamblea Nacional Constituyente, lo mismo que sobre los mecanismos que se debían seguir para permitir el giro de los auxilios aprobados por las Asambleas para la vigencia de 1991. Estos conceptos aclaran la situación de lo ocurrido en el Departamento del Tolima y demuestran que lo hecho estaba acorde con el mecanismo autorizado, a la luz de la legalidad y normatividad vigente en su momento. Se entiende que lo que faltó fue información al Tribunal durante el trámite de la acción de nulidad impetrada.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La única censura planteada por el recurrente contra la sentencia apelada se basa en el mecanismo transitorio extraordinario que estableció la Asamblea Nacional

Constituyente en la sesión de 23 de mayo de 1991, que, a su juicio, permitía la ejecución de aquellas partidas presupuestales aprobadas por las Asambleas Departamentales para la vigencia fiscal de ese año.

Tal censura no es de recibo, por las siguientes razones:

1o): La sesión de 23 de mayo de 1991 la Asamblea Nacional Constituyente, a que alude el recurrente, se refiere a la intervención que hizo el Ministerio de Gobierno en cuanto a que el Gobierno compartía el criterio de algunos constituyentes en el sentido de que hacia el futuro debían prohibirse los auxilios parlamentarios e igualmente aquellos que decretaran otros cuerpos colegiados, como las Asambleas y los Concejos Municipales, y de igual manera el proyecto de Acto Constituyente de vigencia inmediata que fuera presentado por tres Delegatarios con el propósito de sujetar a una serie de requisitos y criterios el pago de los auxilios correspondientes a la vigencia fiscal de 1991 y a vigencias anteriores. Pero esos razonamientos no se elevaron a rango constitucional, ni siquiera en forma transitoria.

2o): Conservan entonces plena virtualidad las razones expuestas por la Sala en el proveído de 2 de octubre de 1992 que decretó la suspensión provisional de los Decretos Nos.: 740, 757, 768, 769, 797, 821, 828, 829, 852, 855, 856, 858, 874, 875, 877, 920, 1004, 1007, 1045, 1125, 1267, 1271, 1282, 1323, 1386, 1387, 1388, 1457, expedidos por el Gobernador del Tolima, las cuales sirvieron también de sustento al *a-quo* en la sentencia apelada para decretar su nulidad, así como las de otros Decretos acusados, a saber: 738, 739, 756, 824, 891, 990, 1009, 1060, 1113, 1126, 1127, 1128 1129, 1130, 1131, 1134, 1135, 1151, 1158, 1177, 1191, 1205, 1206, 1233, 1234, 1235, 1264, 1265, 1266, 1272, 1284, 1285, 1319, 1357, 1374 y 1396, relacionados con sus fechas en dicha sentencia, puesto que posteriormente a la medida precautoria se estableció que las personas jurídicas beneficiarias de los auxilios otorgados en esos actos son de carácter privado.

Dijo la Sala en el referido proveído:

> "...En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente, con miras a combatir la corrupción y las malas prácticas que había generado la institución de los auxilios parlamentarios a nivel nacional y que se había proyectado a nivel local por las Asambleas y Concejos, dispuso establecer una prohibición geneal en el Artículo 355 de la Nueva Carta y es la de que ""Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado"".
>
> Tal prohibición entraña que ninguna entidad pública puede, por consiguiente, decretar o conceder auxilios en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado; pero sí en favor de las personas jurídicas de derecho público.
>
> A la luz de tan clara regulación resulta palmario y ostensible que el señor Gobernador del Departamento del Tolima obró en contravención de la misma

cuando a través de los actos acusados que se enuncian a continuación, concedió auxilios a favor de personas jurídicas de derecho privado a saber: Decretos 740 de 11 de julio, por el cual se concede un auxilio a la Liga de Ciclismo del Tolima;

.....

..... y 1457 de 31 de diciembre de 1991, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Chenche Media Luna del Municipio de Coyaima..."

3o): Cabe resaltar además, que el artículo 355 de la Carta Política violado; no establece excepciones en el sentido de que alguna entidad pública pueda, decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de Derecho Privado, en los casos de partidas presupuestales aprobada para la vigencia fiscal de 1991.

Actuó pues, conforme a derecho el *a-quo* cuando decretó la nulidad de los actos acusados reseñados en la sentencia recurrida, expedidos por el Gobernador del Departamento del Tolima, y por ello habrá de confirmarse dicha providencia.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 14 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

RESPONSABILIDAD FISCAL-Objeto/**USO INDEBIDO DE BIEN PUBLICO**-Maquinaria/**SANCION/MULTA**-Improcedencia

El objeto de la responsabilidad fiscal es el de que el infractor reintegre al patrimonio público los valores correspondientes a la merma, pérdida o deterioro que se produjo como consecuencia del uso indebido o negligencia o culpa en la custodia de los fondos o bienes públicos. En tratándose de maquinaria, lógico es deducir que el sólo uso de la misma produce una merma o desgaste natural de los elementos que la componen. Lo que la norma sanciona es que tal merma o desgaste no se haya producido por el uso para el cual está destinada la maquinaria, esto es, para satisfacer las necesidades de la comunidad. En otro giro, la disposición en cita sanciona el uso indebido de los bienes, es decir, el que se prohibe en el artículo 9o. del mismo Código, o sea, el préstamo a título gratuito a particulares o la utilización de los bienes en beneficio de los empleados o trabajadores de la Administración Pública. El artículo 428 del Código Fiscal de Santander, disposición que se le aplicó al actor, no autoriza la sanción de multa para el caso de la responsabilidad fiscal que se le endilga, sino el reintegro al patrimonio público del valor en que se tradujo la merma o deterioro que se ocasionó como consecuencia del uso indebido. En este sentido se puede afirmar que la sanción de multa impuesta es atípica.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2648. Recurso de apelación contra la sentencia de 27 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander. Actor: Alberto Enrique Murcia Severiche.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la apoderada del actor contra la sentencia de 27 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que denegó las súplicas de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. El actor, a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Santander, tendiente a que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

a): Se decrete la nulidad de las Resoluciones No. 000921 de 19 de marzo de 1991 y 001534 de 30 de mayo del mismo año, expedidas por el Contralor General del Departamento de Santander, por medio de las cuales se declaró fiscalmente responsable al actor y se le impuso una multa.

b): Que como consecuencia de la declaratoria anterior se ordene el restablecimiento del derecho y se condene al Departamento de Santander solidariamente con la Contraloría Departamental el pago de la indemnización por perjuicios morales causados al demandante, conforme al máximo previsto en el artículo 106 del C.P.

I.2-. En apoyo de sus pretenciones adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

PRIMER CARGO:

La Contraloría Departamental de Santander carece de competencia para iniciar una investigación disciplinaria y a través de ella sancionar a un funcionario del Departamento que ocupa el cargo de Secretario de Obras Públicas, así se pretenda dar visos de una investigación fiscal.

El Contralor inició la investigación por la presunta orden dada por el demandante para el arreglo, con maquinaria del Departamento, de un ramal carreteable que va hacia un predio rural de propiedad de Nelly Mancera, y la competencia para iniciar investigaciones disciplinarias la tiene la Procuraduría Departamental en el caso de las conductas realizadas por los Secretarios Departamentales (Ley 4a. de 1990 y Decreto 3404 de 1989). Los artículos 60 y 69 de este último Decreto consagraron la facultad para ordenar la iniciación de una investigación disciplinaria por presuntas faltas cometidas por los Secretarios del Departamento en cabeza del superior. Se vulneró el artículo 247 del Código de Régimen Departamental que contempla la prohibición a las Contralorías Departamentales para intervenir en la formación y elaboración de actos que correspondan a otras autoridades departamentales. Si el Contralor formuló denuncia ante la Procuraduría por peculado, estaba reconociendo que no era competente para iniciar esa investigación.

SEGUNDO CARGO:

Con la supuesta orden de arreglo de un ramal carreteable no se dio la circunstancia del artículo 5o. del Código Fiscal de Santander, de manera que no es deducible ninguna responsabilidad del demandante, por lo cual el Contralor no podía hacer uso de la atribución que le confiere el artículo 422 numeral 6o. literal h del Código Fiscal, ni mucho menos atribuirle al actor la responsabilidad por pérdida de que trata el artículo 428 ibídem.

TERCER CARGO:

No sólo se violó la ley por incompetencia del Contralor sino que se adelantó una investigación acomodaticia con una clara intención política, desconociendo los principios de "aducción y contravención de las pruebas".

I.3-. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 27 de julio de 1993, que fue oportunamente apelada por la apoderada del actor.

II-. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Para denegar las súplicas de la demanda, consideró el *a-quo*, principalmente, lo siguiente:

1-. El hecho que originó el proceso en la vía gubernativa fue la utilización indebida de la maquinaria de propiedad del Departamento de Santander en la reparación y conservación de una vía carreteable de carácter privado en al vereda Vizcania del municipio de Simacota, durante el período en que el sancionado ejercía el cargo de Secretario de Obras Públicas del Departamento de Santander.

Conforme a los artículos 1o., 4o. y 411 del Código Fiscal del Departamento (Decreto Departamental No. 601 de 1989), queda claro que los bienes que integran el patrimonio está sujetos a un control fiscal cuyo objeto es verificar la legalidad en relación con el empleo de los recursos y bienes a cargo de la Contraloría Departamental.

Se concluye que la actividad que desarrolló la Contraloría en orden a establecer el uso que se le había dado a un buldózer de propiedad del Departamento, dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de que dan cuenta los autos, constituye una nítida operación de naturaleza fiscal o de vigilancia autorizada por las referidas normas.

El control del uso de los bienes del Departamento constituye una actividad de vigilancia oficial, no administrativa. En esta última el objeto de análisis es el comportamiento subjetivo del funcionario o empleado, contrario al régimen estatutario de la entidad en que labora, y el funcionario competente para ordenar la investigación y aplicar la sanción lo es el nominador del infractor o la Procuraduría, salvo que se trata del evento referido en el inciso 3o. literal D) del artículo 412 del Código Fiscal de Santander. Por ello, no prospera el argumento de falta de competencia que plantea el libelista.

2-. Respecto del cargo consistente en que los hechos imputados al actor no encajan dentro de la conducta descrita en el artículo 428 del Código Fiscal, por cuanto no hubo pérdida ni deterioro de la maquinaria, si bien es cierto que no se presentó pérdida de la maquinaria, no lo es menos que el hecho de trabajar un artefacto mecánico produce una merma o un deterioro por imperceptible que parezca, más si se trata de un aparato como un buldózer donde su motor está sometido a alta fricción, al igual que su sistema de rodamiento e hidráulico y en general todas las piezas que lo componen, lo cual obviamente en forma gradual conlleva a un deterioro hasta culminar en un objeto inservible.

3-. Sobre la realización o ejecución de la conducta, no cabe duda que ésta se realizó y consistió en el arreglo de un ramal de carretera privado que da acceso vehicular a los predios del señor Carlos Arturo Porras, amigo del demandante y de Nelly Mancera de Murcía, cónyuge del mismo, utilizando para ello un buldózer de propiedad del Departamento.

La conducta se demostró con la denuncia y ratificación por parte de José Manuel Rincón Vega (folio 7), al igual que con las declaraciones de los señores Héctor Aquiles García López (folio 8), Carlos Barreto Jiménez (folio 10), Nicanor Sepúlveda García (folio 12), e igualmente con la inspección llevada a cabo por el Investigador Fiscal de la Contraloría (folio 14), documentos estos que aún cuando no tienen todas las formalidades de autenticidad, tampoco fueron redarguidos de falsos o inidóneos por la contraparte.

El artículo 9o. del Decreto 601 de 1989 dispone expresamente que no se pueden dar en uso los bienes públicos a particulares a título gratuito y que los empleados y trabajadores de la Administración Pública no podrán utilizarlos para su uso personal.

El artículo 5o. *ibídem* señala que los funcionarios que tengan a cargo bienes del Departamento responderán administrativa y fiscalmente.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia del recurrente con el fallo apelado, pueden sintetizarse así:

1-. La sentencia da por demostrado, contra evidencia jurídica, que la Contraloría Departamental sí era competente para responsabilizar fiscalmente al actor, sin tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 5o., 422 y 428 del Decreto Departamental No. 0601 de 1989.

2-. Dio por demostrada la responsabilidad del demandante, no estándola, pues las pruebas sólo indican la ejecución del hecho anómalo, más no la intervención del demandante, mediante una hipotética orden.

3-. No dio por demostrado, estándolo evidentemente, el no reporte de beneficio alguno en favor del actor, con el arreglo al ramal en entredicho.

4-. Interpretó equivocadamene el Tribunal el Código Fiscal de Santander, pues si bien es cierto que el control fiscal tiene por objeto la verificación de la legalidad en relación con el empleo de recursos físicos y financieros de las entidades que conforman la entidad fiscal, también lo es que su potestad sancionatoria está dirigida sólo a determinadas personas, según lo dispuesto en los artículos 5o., 422 y 428 de aquél.

5-. La denuncia visible a folio 7 demuestra que efectivamente el buldózer estuvo haciendo arreglos en los ramales que se dirigen a las fincas de propiedad de la señora Nelly Mancera de Murcia y Carlos Arturo Porras, pero no demuestra que la concepción del hecho irregular estaba en cabeza del demandante.

6-. A la afirmación del ingeniero García López, que señala al demandante como la persona que dio orden para la comisión del presunto ilícito, no se le puede dar el alcance siquiera de indicio, porque éste necesariamente debe ser confirmado mediante otros elementos de prueba, y lo declarado por este señor no fue corroborado.

El aludido no conocía personalmente a su superior jerárquico. Por ello al recibir la orden de un hecho irregular ha debido solicitar su ratificación por escrito y denunciar tal anomalía, lo cual no hizo. El declarante no era un neófito en la materia, ni puede alegar ignorancia y es ilógico pensar que lo hayan inducido a violar la ley. En conclusión, el declarante no fue constreñido a actuar, como afirma que lo hizo. No recibió orden superior, y en el evento de existir, debió hacer caso omiso de élla.

7-. El operador del buldózer realizó el replanteo por orden del ingeniero Héctor Aquiles García, no por el demandante.

8-. El declarante Nicanor Sepúlveda García es testigo de oídas, que de conformidad con las normas procedimentales debe desecharse.

9-. No se tuvo en cuenta que la señora Nelly Mancera de Murcia sólo tiene la nuda propiedad sobre el predio "las Delicias", pues entregó el usufructo por 5 años, a partir del 13 de agosto de 1990, al señor Juan Manuel Cantillo.

La responsabilidad en el caso que nos ocupa se demuestra cuando se prueba no sólo el comportamiento contrario a la ley, sino el propósito personal perfectamente definido, de sacar provecho con la decisión.

10-. La declaración de Carlos Arturo Porras Torres, aclara muchas dudas cuando afirma que por solicitud de la comunidad de Bajo Simacota se dirigió al despacho del Secretario de Obras Públicas para encarecerle el arreglo de las vías de ese sector, para lo cual éste envió una comunicación al jefe de carreteras de Yarima a fin de que visitara la zona, lo cual no se produjo; que el ramal hacia el sitio de la quebrada La Vizcania es una servidumbre pública; siempre que entra una maquinaria de Obras Públicas se le ha hecho mantenimiento y no es la primera vez que se le hace mantenimiento pues esta vía le da entrada a varias fincas y es el paso que tiene los agricultores de la región para ir de pesca a la quebrada.

Esta declaración permite conocer las circunstancias por las cuales se expidió el memorando de 2 de noviembre de 1990 y lleva a deducir que fueron los habitantes del sector quienes solicitaron el replanteo del ramal, situación que fue aprovechada por enemigos políticos del actor para inculparlo en un comportamiento incorrecto, dirigidos por el Contralor Departamental y con la colaboración del ingeniero García López, quien se dejó utilizar y mintió porque al parecer se sentía perseguido.

11-. Es indispensable demostrar en autos que el realizador material tuvo como motivo de determinación el mandato, la orden, la iniciativa de un agente inspirador. Esta prueba no existe. El respeto al debido proceso parte del supuesto de la inocencia de la persona implicada.

La Contraloría infringió normas superiores al desconocer el debido proceso y por la no aplicación de las normas procedimentales que son de derecho público y de obligatorio cumplimiento.

12-. Deben tenerse en cuenta los anteriores planteamientos, junto con los de la demanda y alegatos del demandante, como fundamento para la anulación de las Resoluciónes demandadas. Además, se causó un grave perjuicio al demandante con las declaraciones concedidas por el Contralor, las cuales afectaron su buen nombre, causando un daño moral en su familia, que debe ser indemnizado.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La controversia se circunscribe básicamente a tres aspectos, a saber:

1o): La falta de competencia del funcionario que expidió los actos acusados porque, a juicio del actor, en el fondo se adelantó una investigación disciplinaria y no fiscal;

2o): La conducta sancionada no se adecúa a la descrita en el artículo 428 del Código Fiscal de Santander, por cuanto no hubo pérdida, merma o deterioro de la maquinaria;

3o): Las pruebas recaudadas no demuestran la responsabilidad del demandante ni el presupuesto del propósito de obtener un provecho.

En relación con el primer aspecto, cabe tener en cuenta lo siguiente:

La denuncia que dio lugar a la investigación que concluyó con las Resoluciones cuestionadas (folio 7 y 7 vuelto del cuaderno principal), guarda relación con las utilización indebida de maquinaria, destinada para la realización de obras públicas, que se encontraba bajo la custodia del Secretario de Obras Públicas del Departamento de Santander, demandante en este proceso.

Conforme al artículo 5o. del Decreto No. 601 de 15 de diciembre de 1989, contentivo del Código Fiscal de dicho Departamento "Los funcionarios, agentes y en general toda persona que tenga a cargo bienes del Departamento y de sus entidades descentralizadas, responderán administrativa y fiscalmente por la pérdida o daños que

sufran, ... Corresponde al Gobierno y a la Contraloría establecer los trámites respectivos, según el caso".

De acuerdo con el artículo 422 numeral 6o. literal H) *ibídem*, son funciones del Contralor en relación con el recibo y desembolso y manejo de bienes públicos: ... "Adelantar las diligencias tendientes a establecer la responsabilidad de los funcionarios o persona (sic) que manejan fondos o bienes oficiales en razón de su merma, deterioro o pérdida".

El artículo 428 *ibídem* preceptúa que "Las personas encargadas de manejo o custodia de fondos o bienes del Departamento, municipios y sus entidades descentralizadas, responderán de todas las pérdidas, mermas o deterioros que resultan del uso o empleo indebido de los mismos y de las pérdidas provenientes de negligencia o culpa en la custodia, recaudación o inversión. En tales casos, la administración queda obligada a adelantar las acciones necesarias para obtener el reintegro al patrimonio público de los valores correspondientes, previa la investigación que adelante la Contraloría".

Del contenido de las anteriores disposiciones se colige, sin lugar a dudas, que la Contraloría Departamental de Santander tenía competencia para adelantar la investigación a fin de establecer la responsabilidad fiscal del demandante, como quiera que se encontraba en entredicho un uso indebido de maquinaria que éste tenía bajo su custodia.

En lo que concierne al segundo aspecto controvertido, esto es, a que la conducta sancionada no encaja dentro del precepto del artículo 428 del Código Fiscal, porque no se produjo pérdida, merma ni deterioro, se observa lo siguiente:

La denuncia presentada, así como las declaraciones y la inspección practicada el 23 de enero de 1991, recepcionadas por la Contraloría, apuntan a determinar el uso indebido de la maquinaria por parte del demandante, esto es, que tal maquinaria no se empleó para satisfacer las necesidades de la comunidad sino intereses personales de aquél. En efecto, conforme a la denuncia visible a folios 7 y 7 vuelto del cuaderno principal, las comunidades de las veredas Clavellinas y La Reserva solicitaron un buldózer para atender urgentes necesidades "...pero estos clamores no fueron escuchados y contrariamente este tractor- se refiere al buldózer- fue a prestar servicios personales en el inmueble de propiedad del SECRETARIO de la Dependencia de Obras Públicas...".

Según da cuenta la inspección ocular de 23 de enero de 1991 "...los dos ramales inspeccionados terminan en las casas de cada una de las respectivas fincas -se refiere la diligencia a las casas del señor Carlos Arturo Porras, amigo del actor, y de la esposa de éste último- y que los ramales no pasan por ninguna otra finca de ningún particular..." (folio 14 *ibídem*).

El Ingeniero Aquiles García López manifestó en su declaración obrante a folio 8 *ibídem*: "...yo trasladé el buldózer a La Viscania baja para que hicieran el replanteo de

la vía hasta la línea del ferrocarril, dentro de este trayecto está la finca del señor CARLOS ARTURO PORRAS, de ahí se le replanteó esa vía que ese ramal es el que conduce a la Finca del señor Porras, según oficio del dos de noviembre de mil novecientos noventa y enviado por el señor Secretario ALBERTO MURCIA SEVERICHE...".

Al preguntársele al citado declarante sobre quién le dió la orden de replantear las dos vías de acceso a la finca de Nelly Mancera de Murcia y del señor Carlos Arturo Porras, constestó: ..."Sí. El Secretario de Obras Públicas doctor ALBERTO ENRIQUE MURCIA SEVERICHE..." "...Un día, no recuerdo la fecha lo llamé de Yarima y me dijo que si el buldózer estaba bueno que lo trasladara a Viscania baja para replantear esa vía que va desde Guayabal hasta la línea del ferrocarril y en este trayecto queda la finca de la señora NELLY MANCERA DE MURCIA y del señor ARTURO PORRAS..." (folio 94 vuelto *ibídem*).

Por su parte, el señor Nicanor Sepúlveda García, vecino de la comunidad Yarima, en declaración visible a folio 12 vuelto *ibídem*, expresó que "...últimamente o desafortunadamente quedó de Secretario de Obras Públicas el Doctor Severiche y ese se preocupó fue por arreglar la entrada a la finca de su propiedad...".

A folio 19 *ibídem* obra la declaración del señor Manuel Riaño Silva en la cual asevera que "...las entradas a Yarima todas están abandonadas las calles de Yarima también están abandonadas...". "...la novena zona de carreteras corregimiento de Yarima no le está prestando ningún servicio y que la maquinaria no se sabe donde se encuentra...".

Obra también la declaración del señor Carlos Arturo Porras que, según la recurrente, no fue tenida en cuenta por el *a-quo*. Al respecto, observa la Sala, que el citado señor no sólo acepta haber tenido sociedades ganaderas con el actor (folio 20 vuelto ibídem), sino que también fue unas de las personas involucradas en la investigación como quiera que en la vía replanteada se halla una fican de su propiedad y por ser funcionario del DRI fue sujeto pasivo de dicha investigación.

Estas circunstancias hacen presumir que su declaración no es imparcial y por lo mismo no ofrece motivos de credibilidad al juzgador.

Del texto del artículo 428 del Código Fiscal de Santander, transcrito *ab-initio* de estas consideraciones, se infiere que el objeto de la responsabilidad fiscal es el de que el infractor reintegre el patrimonio público los valores correspondientes a la merma, pérdida o deterioro que se produjo como consecuencia del uso indebido o negligencia o culpa en la custodia de los fondos o bienes públicos.

En tratándose de maquinaria, lógico es deducir que el sólo uso de la misma produce una merma o desgaste natural de los elementos que la componen. Lo que la norma sanciona es que tal merma o desgaste no se haya producido por el uso para el cual está destinada la maquinaria, esto es, para satisfacer las necesidades de la comunidad. En

otro giro, la disposición en cita sanciona el uso indebido de los bienes, es decir, el que se prohibe en el artículo 9o. del mismo Código, o sea, el préstamo a título gratuito a particulares o la utilización de los bienes en beneficio de los empleados o trabajadores de la Administración Pública.

De las pruebas analizadas anteriormente se colige que se produjo un uso indebido, el cual, como ya se dijo, por sí solo causa una merma de la maquinaria que es objeto de la responsabilidad fiscal, para la cual es irrelevante el provecho que le haya podido irrogar al actor, y es lo que la diferencia de otro tipo de responsabilidades.

Desde este punto de vista la conducta por la cual se declaró fiscalmente responsable al demandante es típica, esto es, se adecúa a la descrita en la norma que le sirvió de fundamento.

Aspecto diferente es si la sanción, que en este caso consistió en la imposición de una multa, corresponde o no a la prevista en el artículo 428 del Código Fiscal. Sobre el particular, cabe resaltar, que, conforme a la preceptiva de esta norma, la consecuencia de la responsabilidad fiscal es, como ya se reiteró, que el infrantor reintegre el valor en que se tradujo la merma, pérdida o deterioro. Ello no aconteció en el evento *sub-exámine*, pues en parte alguna del expediente administrativo obra prueba que permita determinar la cuantificación de la merma o deterioro, sino que optó la Contraloría Departamental por imponer una multa, en aplicación del artículo 544 del referido Código Fiscal.

De acuerdo con esta disposición las multas son "las sanciones de carácter pecuniario que los funcionarios competentes imponen a empleados departamentales o municipales o a los particulares **por violación de disposiciones legales que autoricen tal clase de sanciones"** (las subrayas son de la Sala).

El artículo 428, disposición que se le aplicó al actor, no autoriza la sanción de multa para el caso de la responsabilidad fiscal que se le endilga, sino el reintegro al patrimonio público del valor en que se tradjuo la merma o deterioro que se ocasionó como consecuencia del uso indebido.

En este sentido se puede afirmar que la sanción de multa impuesta es atípica. Sin embargo, como el actor no controvierte este aspecto sino el referente a que no hubo pérdida, merma o deterioro, que como ya se dijo si se presentó una merma, sólo que no fue cuantificada, habrá por ello de confirmarse la sentencia recurrida, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de 27 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 14 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez..*

CREMACION DE CADAVERES HUMANOS/SERVICIO PUBLICO DE CREMACION DE CADAVERES HUMANOS/MONOPOLIO DE CREMACION DE CADAVERES HUMANOS-Improcedencia

Entendida la noción de servicio público como toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesiades de interés general en forma regular y continua, que puede ser prestado por el Estado directa o indirectamente o por personas privadas, y acudiendo a la clasificación que de servicio público trae el C.S.T. en su artículo 430 literales c y f, puede afirmarse que la cremación de cadáveres humanos encajaría dentro de la noción de servicio público, que como tal bien puede ser prestado por el Estado o por personas privadas. Cuando el parágrafo 2o. del artículo 1o. del Acuerdo 04 de 1977 señala que "El servicio de cremación de cadáveres humanos será prestado exclusivamente por el Gobierno Municipal", está atribuyéndose para sí y con exclusión de cualquier otra persona natural o jurídica la prestación de dicho servicio y por lo mismo está monopolizando tal actividad. El artículo 31 de la anterior Carta Política, al igual que el artículo 336 de la actual, permiten que una actividad pueda ser objeto de monopolio, sólo que éste debe establecerse como arbitrio rentístico y en virtud de la ley y si dicha actividad está siendo ejercida por particulares, previamente debe mediar la indemnización a los individuos que resultaren privados de la misma.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2553. Recurso de apelación contra la sentencia de 28 de febrero de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Actor: Javier Cano García.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Municipio de Santiago de Cali contra la sentencia de la referencia, por la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad del parágrafo 2o. del artículo 1o. del Acuerdo No. 04 de 14 de abril de 1977 "POR EL CUAL SE ESTABLECE LA CREMACION DE CADAVERES EN EL MUNICIPIO DE CALI Y SE DA UNA AUTORIZACION", expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali.

I-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para acceder a las súplicas de la demanda, consideró el *a-quo*, en síntesis, lo siguiente:

1-. Aduce el actor la violación de los artículos 16, 30, 31 y 32 de la anterior Constitución Nacional y 2o., 4o., 60., 332 y 333 de la actual Carta Política, por cuanto el parágrafo 2o. del artículo 1o. acusado establece un monopolio sobre el servicio de cremación.

2-. La confrontación ha de hacerse frente a la norma vigente para la época en que se dictó el Acuerdo.

El aspecto a dilucidar es establecer si cuando el parágrafo acusado expresó que la cremación de cadáveres humanos sería prestado exclusivamente por el Gobierno Municipal, estableció un monopolio y por ende es inconstitucional por ser contrario al precepto que prohibe la constitución de monopolio.

3-. La inhumación como la cremación son servicios públicos. De la materia se ocupa la Ley 9a. de 1979, por la cual se dictan medidas sanitarias.

Conforme a esta ley, corresponde al Ministerio de Salud regular todo lo relacionado con los servicios de cementerio, traslado, inhumación y cremación de cadáveres, en salvaguarda del bienestar y la salubridad públicas.

El artículo 534 de la citada Ley establece que corresponde al Ministerio de Salud determinar la expedición de licencias de cremación en concordancia con lo establecido para la inhumación. Ello significa que se aplican a la cremación las reglas de la inhumación.

Los artículos 530 y 531 *ibídem* expresan que la cremación, al igual que la inhumación, requieren licencia previa expedida exclusivamente en un cementerio autorizado.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

4-. El artículo 85 del Decreto 1260 de 1970 consagra que las inhumaciones solamente podrán hacerse en los cementerios municipales y en los privados debidamente autorizados y que los municipios y las personas que tengan cementerios autorizados deben designar los funcionarios indispensables para su administración y la vigilancia de las inhumaciones que en ellos se hagan.

5-. Significa lo anterior que el servicio de inhumación como el de cremación, pueden ser prestados por particulares debidamene autorizados y si es la misma ley la que ha autorizado a los particulares a prestar el servicio, ella ha descartado el monopolio.

Así las cosas, cuando el acto acusado expresa que el servicio de cremación de cadáveres humanos será prestado exclusivamente por el Gobierno Municipal, está creando indudablemente un monopolio en la prestación del servicio, porque la expresión "exclusivamente" implica la prohibición de ser ejercida por particulares. Siendo ello así, tal disposición viola el artículo 31 de la Constitución de 1886, además que hubo extralimitación de la Corporación Edilicia en tanto que no existía apoyo legal.

6-. La expresión "solamente" del artículo 85 del Decreto 1260 de 1970 no puede equipararse a "exclusivamente" utilizada en el Acuerdo 04 de 1977. Una cosa es que "solamente" la inhumación o la cremación pueda hacerse en cementerios que pueden ser municipales o particulares autorizados, lo cual excluye que pueda hacerse en lugares distintos a estos, y otra muy diferente es que la actividad sólo la pueda ejercer con exclusividad el Gobierno Municipal, lo cual excluye a cualquier particular.

II-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

La recurrente finca su inconformidad a través de los siguientes argumentos, los cuales pueden resumirse así:

1-. De los artículos 85 del Decreto 1260 de 1970 y 534 de la Ley 9a. de 1979, se desprende que las licencias tanto de las inhumaciones como de cremaciones de cadáveres se expedirán con exclusividad en un cementerio autorizado. Luego se reconoce el monopolio de las cremaciones en cementerios municipales y los que se autoricen. Esto indica que la actividad la ejercería cualquier persona salvo prohibiciones especiales. Esta idea la corrobora el inciso 4o. del artículo 333 de la Constitución Política de 1991.

2-. El Acuerdo No. 04 de 1977 se enmarca en una actividad que no es libre, puesto que la ley otorga autorizaciones para excepcionar una prohibición de hacer cementerios por personas diferentes a los municipio.

3-. Los cementerios se rigen por lo que al respecto consagra la Ley 9a. de 1979 en sus artículos 534 a 539.

El Decreto Ley 1260 de 1970 no remueve obstáculos ni restricciones a la libertad de crear cementerios. Sin duda cuando se habla de cementerios y las inhumaciones que en ellos se hacen, estos conceptos se vinculan a la cremación.

El artículo 531 de la Ley 9a. de 1979 sobre inhumaciones dispone que la licencia para ellas será expedida exclusivamente en un cementerio autorizado.

4-. Del análisis anterior se desprende que las licencias tanto de las inhumaciones como de las cremaciones de cadáveres se otorgan con exclusividad en un cementerio autorizado. Luego con ello se reconoce el monopolio de las cremaciones en cementerios municipales y los que se autoricen. Y si es la misma ley la que ha autorizado a los particulares a prestar el servicio, ella determina ese privilegio de exclusividad como manera de prestarlo, lo cual implica un servicio público reglamentado y regulado claro está por el Estado, en este caso por un organismo municipal, como el que expidió el Acuerdo 04 de 1977.

5-. Del contenido de los artículos 365 de la Constitución de 1991 y 534 y 537 de la Ley 9a. de 1979 se desprende que al ser la cremación una actividad inherente a la finalidad del Estado, cuando no la pueda prestar directamente éste, se autoriza la prestación a los particulares.

6-. El parágrafo acusado en esencia es una delimitación del alcance de libertad económica y no un monopolio como lo plantea el actor, y encaja con el alcance del artículo 85 del Decreto Ley 1260 de 1970. Las palabras "exclusividad" o "solamente" no se refieren a un monopolio.

7-. Buscó el Concejo Municipal establecer un control para el servicio de la cremación de cadáveres, que sería prestado exclusivamente por el Gobierno Municipal, para que los municipio o particulares que ejerzan esta actividad la realicen con el lleno de los requisitos legales, como es en cumplimiento de la Ley 9a. de 1979, en donde el Ministerio de Salud regula todo lo relacionado con los servicios de cementerio, traslado, inhumación y cremación de cadáveres.

III-. CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación considera que el fallo apelado debe confirmarse por cuanto examinado el acto acusado a la luz de las disposiciones vigentes al momento de su expedición, es forzoso concluir que se opone al mandato constitucional contenido en el artículo 31 de la Constitución de 1886, que se mantiene en el artículo 336 de la actual Carta Política, que defiere a la Ley el establecimiento de los monopolios.

IV-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La sentencia recurrida habrá de confirmarse por las siguientes razones:

Monopolio, según el Diccionario de la Lengua Española, significa "Ejercicio exclusivo de una actividad".

Monopolizar, por su parte, es "Adquirir, usurpar o atribuirse el uso exclusivo o aprovechamiento de una industria, facultad o negocio".

Entendida la noción de servicio público como toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, que puede ser prestado por el Estado directa o indirectamente o por personas privadas, y acudiendo a la clasificación que de servicio público trae el C.S.T. en su artículo 430 literales c y f, puede afirmarse que la cremación de cadáveres humanos encajaría dentro de la noción de servicio público, que como tal bien puede ser prestado por el Estado o por personas privadas.

Cuando el parágrafo 2o. del artículo 1o. del Acuerdo No. 04 de 1977 señala que "El servicio de cremación de cadáveres humanos será prestado exclusivamente por el Gobierno Municipal", está atribuyéndose para sí y con exclusión de cualquier otra persona natural o jurídica la prestación de dicho servicio y por lo mismo está monopolizando tal actividad.

No hay lugar a la remisión del Decreto 1260 de 1970 que en su artículo 85 prevé que las inhumaciones solamente podrán hacerse en los cementerios municipales y en los privados debidamente autorizados, ni a las prescripciones de la Ley 9a. de 1979, como lo hacen el *a-quo* y la apoderada recurrente, pues, de una parte, aquél no se refirió a las cremaciones sino a las inhumaciones, y, de otra parte, ésta es posterior a la expedición del acto acusado.

El artículo 31 de la anterior Carta Política, al igual que el artículo 336 de la actual, permiten que una actividad pueda ser objeto de monopolio, sólo que éste debe establecerse como arbitrio rentístico y en virtud de la Ley y si dicha actividad está siendo ejercida por particulares, previamente debe mediar la indemnización a los individuos que resultaren privados de la misma.

En el presente caso no se encuentra demostrado, ni es fácilmente inferible, que para la época de expedición del Acuerdo contentivo de la norma acusada existieran particulares autorizados dedicados a la cremación de cadáveres humanos y que quedaron privados del ejercicio de esta actividad en razón de aquél.

Lo que sí es relevante para la Sala y amerita la declaratoria de nulidad del parágrafo acusado es el hecho de que el citado artículo 31, vigente cuando se expidió él, exige que el monopolio sólo podrá establecerse en virtud de Ley, y, como lo expresa el actor en el concepto de la violación, no puede ser objeto de consagración a través de un Acuerdo.

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 recurrida.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 14 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

REDENCION DE PENAS/DIRECCION GENERAL DE PRISIONES-Facultades/**MINISTERIO DE TRABAJO-**Facultades/**MINISTERIO DE EDUCACION-**Facultades

Para la Sala no son de recibo los argumentos según los cuales la competencia del Director General de Prisiones para expedir el acto enjuciado se derivó de lo dispuesto por los artículos 42 literales D) e I) del Decreto 1817 de 1964 y 8o. del Decreto 428 de 1986, a cuyo contenido se hizo mención en la primera parte de este fallo, pues frente a la competencia que expresamente atribuye el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal a los Ministerios de Educación y Trabajo para que dispongan los mecanismos necesarios a efecto de hacer viable el beneficio de redención de pena por trabajo o estudio, no es válido predicar que a ella se anteponen otras normas atributivas de competencia expedidas con anterioridad a dicha codificación, menos aún si ellas, como acontece con las invocadas por la defensa, son de tal grado de generalidad que respecto de las mismas cabe concluirse que no guardan relación con la indicada materia. DECLARA LA NULIDAD DE LA CIRCULAR No. 0129 de 26 de noviembre de 1992, emanada de la Dirección General de Prisiones, División de Rehabilitación, del Ministerio de Justicia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2386. Actor: Víctor Manuel Linares Valencia y otro.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por los señores Víctor Manuel Linares Valencia y Omar Alberto Gaviria Rúa en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad de la Circular No. 0129 de 26 de noviembre de 1992, emanada de la Dirección General de Prisiones, División de Rehabilitación, dirigida a los Directores de Establecimientos Carcelarios y suscrita por el Director General de Prisiones.

I.- ANTECEDENTES

a.- El acto acusado

En dicha Circular se determinan "...algunos parámetros que deben ser tenidos en cuenta hasta tanto el ejecutivo expida el correspondiente decreto reglamentario... (...) ... en relación con la aplicación de la rendención de pena por trabajo, estudio y enseñanza contemplada en la nueva legislación procesal penal..." (fls. 19 a 21).

Debido a la extensión de su texto, la Sala se abstiene de transcribirla, sin perjuicio de que en las consideraciones de este fallo se haga referencia al mismo, en caso necesario.

b.- Los hechos de la demanda

Los hechos que la parte actora cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 1 a 2):

1-. Con anterioridad a la expedición de la nueva ley procesal penal que entró a regir el 1o. de julio de 1992, se venía reconociendo a los reclusos los días de descanso obligatorio si trabajaban cinco días semanales, en jornada de 8 horas diarias, lo que los favorecía, pues se les abonaba 1 día de rebaja de pena por cada 3 días de trabajo, logrando un descuento de 10 días por mes de trabajo.

2-. Con la nueva ley el legislador extraordinario creó la institución denominada "Redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza", consagrada en los artículos 530 y 531 del C.P.P., en los cuales se otorgó facultades a los Ministerios de Trabajo y Educación, para que, en coordinación con la Dirección Nacional de Prisiones, establecieran los mecanismos necesarios para desarrollar concretamente lo relacionado con quienes se desempeñen como instructores de otros internos.

3.- La Circular cuya declaratoria de nulidad se solicita fue enviada a todas las cárceles del país, y viene siendo aplicada desde el 1o. de enero de 1993, fecha a partir de la cual, a los reclusos que laboren como instructores y trabajen ocho horas diarias, sólo se les computan cuatro de ellas, lo cual es abiertamente injusto e inconveniente, especialmente para la resocialización del recluso.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que a continuación se resumen, expresadas en la demanda (fls. 3 a 9):

Primer cargo.- Violación del artículo 13 de la Constitución, pues el acto acusado coloca al recluso en condiciones de desigualdad legal frente al Régimen Laboral Colombiano, que establece para el sector público y privado como días de descanso obligatorio y remunerado los sábados, domingos y festivos, en la medida en que limita el derecho de los reclusos al reconocimiento de los días real y materialmente trabajados para efectos de la redención de su pena por trabajo, estudio o enseñanza. Dicha limitación contraría la manera tradicional como venían computándose tales días y prolonga el período de cautiverio. En consecuencia, la Circular "...viola una costumbre sana con fuerza de ley, que se había convertido en fuente consuetudinaria de norma administrativa..." y quebranta el principio de la interpretación benigna de la ley, consagrado en el artículo 45 de la Ley 153 de 1887.

Segundo cargo.- Violación del artículo 25 de la Constitución, pues mientras que en él se consagra que el derecho al trabajo es una obligación social que goza de especial protección del Estado, el acto acusado, expedido por un organismo al que no se le ha conferido atribución alguna para legislar en materia laboral, "... establece un régimen restrictivo a la actividad laboral realizada por los reclusos en cuanto dispone que 'para los efectos de redención de pena el Instructor no podrá enseñar más de cuatro horas diarias'".

Si la protección que el Estado debe al trabajo permite que éste se cumpla sin restricciones, limitaciones o inhibiciones, de ello resulta que un recluso instructor de otros reclusos puede laborar una jornada máxima de 8 horas, permitida por la ley, contribuyendo de esta manera a amortiguar su pena y a obtener más rápido su libertad. Contrariamente a ello, el acto acusado dispone que a partir del 1o. de enero de 1993, y así el Instructor labore 8 horas diarias, únicamente se le computan 4 de ellas.

En la aclaración contenida en la última parte de la Circular, al expresar que "Revisados conceptos anteriores sobre la certificación de los días sábados, domingos y festivos para aquellos internos que participan en actividades de estudio, trabajo o enseñanza, la Dirección General de Prisiones ha constatato que no existe un fundamento jurisprudencial para la certificación de dichos días", se da por establecido que el Régimen Laboral Colombiano está determinado por vía jurisprudencial, ignorando que si bien la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la interpretación usual, aclara y unifica criterios sobre la materia, ella no es la encargada de regular el derecho al trabajo.

Tercer cargo.- Violación del artículo 150 de la Carta Política, pues mediante la Circular acusada el Director General de Prisiones se convierte en colegislador en materia de Procedimiento Penal, pues dispone que "... en relación con la aplicación de la redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza contemplada en la nueva legislación procesal penal, la Dirección General de Prisiones ha considerado necesario determinar algunos parámetros que deben ser tenidos en cuenta hasta tanto el Ejecutivo expida el correspondiente Decreto Reglamentario".

"... La vulneración a este precepto constitucional, consiste en que, si se examina lúcidamente los puntos que contiene el Acto Administrativo, encontramos que los llamados parámetros que deben ser tenidos en cuenta constituyen toda una legislación en materia de redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza, inclusive determina hasta la competencia jurisdiccional (punto 5o.) y regula toda una estructura jurídica y administrativa en torno a la redención de pena, con cuya determinación está quebrantando el artículo 150 de la Constitución Nacional porque es función privativa asignada al Congreso de la República, interpretar, reformar y derogar las leyes. Luego el Director General de Prisiones al pretender interpretar y reformar una norma con fuerza obligatoria de ley de la República, no hizo otra cosa que usurpar una función ajena a las que a él le están asignadas. La Circular en mención reforma de manera sustancial los artículos 530 y 531 del Código de Procedimiento Penal, para lo cual no está ni ha estado autorizado el Director General de Prisiones".

Cuarto cargo.- Violación del artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, pues la Circular acusada, a partir de su numeral 6, interpreta y adiciona dicha norma legal, la cual otorgó facultades a los Ministerios de Educación y Trabajo, en coordinación con la Dirección General de Prisiones, para determinar "los mecanismos necesarios para hacer viable" el beneficio de redención de pena por cualesquiera de las modalidades allí previstas. En consencuencia, si dicha Dirección sólo tenía funciones de coordinación, no podía asumir de hecho la tarea asignada a los citados Ministerios.

Quinto cargo.- Violación del artículo 531 del Código de Procedimiento Penal, en la medida en que al disponer la Circular que "... sólo se tendrá en cuenta las disposiciones establecidas en la presente circular, quedando derogadas todas aquellas que le sean contrarias", pretendió derogar los artículos 150 de la Carta Política y 530 del Código de Procedimiento Penal, pues se auto-atribuye funciones de orden legislativo y desplaza de facto los Ministerios de Educación y de Trabajo.

En la contestación de la demanda, la parte demandada expresa, en síntesis, lo siguiente (fls. 55 a 58):

Tomando como punto de partida que la igualdad consagrada en el artículo 13 de la Constitución Política no es una igualdad matemática, como manifestó la Corte Constitucional en sentencia T-432 de 5 de junio de 1992, y si se considera que según el artículo 530 del C. de P.P. el tiempo de trabajo y estudio que se exige es de ocho horas diarias, ello significa que en un día de dicha actividad se obtiene una rebaja equivalente a medio día. Si se permitiera que el recluso enseñara más de cuatro horas de un mismo día, ello traería como consecuencia que un instructor tendría derecho a que se le rebajara por ese lapso un día de condena, lo cual desnaturaliza el artículo 530 del C. de P.P., ya que se le estaría descontando un día de prisión por uno de trabajo.

Luego de transcribir apartes de una sentencia proferida por la Corte Constitucional "...el 30 de julio de 1992, con rescpecto a los días que no se laboraban o estudiaban...", la parte demandada manifiesta que no se puede desatender el tenor literal de la ley

cuando su sentido es claro (art. 27 del C.C.), ni menos pretender que una costumbre prevalezca sobre la ley (art. 8 *ibídem*).

La Circular demandada no viola el derecho al trabajo, pues únicamente sienta pautas para que los internos puedan ejercer unos específicos derechos que consagran los artículos 530, 531 y 532 del C. de P.P. en favor de un grupo de personas, evitando así desigualdades entre los reclusos que trabajan, estudian y enseñan.

De otra parte, la competencia del Director General de Prisiones para expedir el acto acusado se deriva del Decreto ley 1817 de 1964, artículo 42 literales D) e I), vigente para aquella época, en los cuales se consagran como funciones de dicho funcionario las de "Enviar instrucciones a los directores de los centros penales, con el objeto de uniformar, en cuanto sea posible, la reglamentación interna de tales establecimientos para logra su más conveniente y acertada organización", y la de "Tomar las medidas necesarias para la reglamentación de los detenidos y condenados".

Por último debe tenerse en cuenta que el artículo 8o. del Decreto 428 de 1986 determina que en la enseñanza básica primaria debe existir una intensidad semanal de 20 períodos de trabajo educativo y que cada período tiene una duración de 45 minutos. El hecho de que esta norma "...sea anterior al Código de Procedimiento Penal, no resulta argumento válido para alegar que no puede servir de base a una reglamentación de pena".

e.- La actuación surtida

A la demanda se le dio el trámite previsto en el Código Contencioso Administrativo para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 27 de agosto de 1993 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de los efectos de la Circular No. 0129 de 26 de noviembre de 1992, emanada de la Dirección General de Prisiones, División de Rehabilitación, del Ministerio de Justicia (fls. 24 a 34).

Mediante providencia de 26 de noviembre de 1993 se rechazó por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto por la parte demandada en contra del ordinal 2o. de la parte resolutiva del auto 27 de agosto de 1993 (fls. 82 a 84).

Por auto de 4 de febrero de 1994 se abrió el proceso a pruebas (fls. 143 y 144) y se decretaron como tales las solicitadas por la parte actora.

Dentro del término de traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, sólo hizo uso de este derecho el último de los mencionados.

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En la primera parte de su concepto, el señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, luego de referirse *in-extenso* a los derechos políticos en una

democracia participativa, a sus consecuencias frente a la acción pública de nulidad y frente al artículo 50 del Código Penal y, de concluir que el ejercicio de dicha acción constituye un derecho político y, como tal, de ella sólo pueden hacer uso de los ciudadanos pero no quienes hayan sido condenados con pena de prisión, entre otros, considera lo siguiente:

"B. La legitimidad de los actores

Sin perjuicio de lo dicho en el acápite anterior, no obra en el proceso la prueba de la calidad de los internos al momento de la presentación de la demanda en el proceso de la referencia. En efecto, Víctor Manuel Linares Valencia y Omar Gaviria Rúa se encuentran privados de la libertad en al penitenciaría Central de Colombia y no se sabe si a título de detención preventiva o de condena. Así lo afirmó el Consejero Ponente en el Auto de agosto 27 de 1993, folio 25. En este orden de ideas, por la presunción de inocencia consagrada en el artículo 29 de la Constitución, ha de considerarse que los actores no están condenados, mientras no se demuestre lo contrario. Dice dicho artículo 29 en el inciso cuarto que 'toda pesona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable...". Tal principio, que propende por la dignidad humana, hace parte del derecho fundamental al debido proceso. La norma es concordante con el artículo 248 superior que afirma que 'únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales'.

"Si ello es así, los internos pueden con legitimidad incoar por lo pronto la acción de nulidad que nos ocupa.

"Empero, este Despacho considera procedente pedir **como prueba indispensable**, antes de dictar sentencia en el proceso de la referencia, que se oficie a la autoridad que corresponda, con el fin de solicitar una certificación sobre la calidad jurídico - penal de los internos que presentaron la demanda, de cara a establecer concretamente si se encuentran sindicados o condenados. Esta prueba sería decretada en ejercicio de la potestad conferida al Consejero Ponente por el artículo 169 del C.C.A.".

En la segunda parte de su concepto, el señor Agente del Ministerio Público considera que mediante la Circular No. 0129de 26 de noviembre de 1992, "...el Director General de Prisiones reglamentó, ni más ni menos, el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, no teniendo competencia constitucional ni legal para ello, pues, como se anotó, tal competencia es del gobierno nacional, esto es, del Presidente de la República y los Ministros de Educación y Trabajo", en razón de lo cual "...debe ser retirada del ordenamiento jurídico al momento de dictarse la sentencia de fondo en el proceso de la referencia", pues se expidió por funcionario incompetente, como lo advirtió esta Corporación al decretar su suspensión provisional, y que "estando demostrado este vicio del acto, que basta por sí solo para anularlo, se hace innecesario

el estudio de las demás tachas formuladas por los actores, enderezadas contra el contenido del mismo" (fls. 154 a 163).

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término la Sala transcribe, para reiterar, las razones que, expresadas en el auto de 27 de agosto de 1993, sirvieron de fundamento para adoptar la decisión de admitir la demanda que dio origen a este proceso, en virtud de lo cual estima innecesario decretar la prueba insinuada en el concepto rendido por el señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación:

> "Como quiera que la demanda ha sido presentada por dos ciudadanos recluídos en la Penitenciaría Central de Colombia, y que en este momento procesal no puede determinarse si tal reclusión se deriva de su condición de sindicados o de condenados, surge para la Sala la necesidad de definir si el ejercicio de la acción de nulidad implica el ejercicio de un derecho político, porque si ello fuese así, para efecto de decidir sobre la admisión de la demanda se requeriría solicitar información a dicho centro penitenciario sobre la referida condición, toda vez que si lo están como condenados, y en el caso de que la pena a ellos impuesta hubiese sido, a título principal o accesorio, la de interdicción de derechos y funciones públicas, ella conlleva la privación '...del ejercicio de cualquier otro derecho político...' (artículo 50 Código Penal).
>
> "A este respecto, una vez realizados el análisis de diversas normas de la Carta Política, la Sala considera que el ejercicio de la acción de nulidad no implica el ejercicio de un derecho político, por las siguientes razones:
>
> "1o.- Porque si de acuerdo con el concepto generalizado de la doctrina, 'acción pública' es aquella que puede promover cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, ello significa que cuando el artículo 40 de la Carta confiere a los ciudadano el derecho a 'interponer acciones públicas en defensa de la Constitución o de la Ley', sólo consagra que, sin reserva alguna, quienes ostentan dicha calidad pueden ejercer todas las acciones que revistan tal carácter, como ejercicio de sus derechos políticos, pero, en manera alguna ello quiere decir que el ejercicio de toda acción pública esté reservada a los ciudadanos como derecho político, ya que la misma Constitución consagra que algunas de las acciones públicas pueden ejercerse por 'toda persona' (arts. 86 y 87), señalando taxativamente aquéllas que, como expresión del ejercicio de un derecho político, están reservadas exclusivamente a los ciudadanos (arts. 184, 241, 242 y 379).
>
> "2o.- Porque si la acción pública de nulidad no está reservada a los ciudadanos por ninguna norma de la Constitución, ello permite concluir que su regulación corresponde a la ley, según lo previsto en el artículo 89 de la Carta y en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

3o.- Porque si la acción pública de nulidad ha sido instituída por la ley (art. 84 del C.C.A.) para que mediante su ejercicio por 'toda persona' se logre el restablecimiento del orden jurídico, ella debe ser considerada dentro del nuevo orden constitucional como formando parte integrante de la categoría de aquellas acciones que el mencionado artículo 89 de la Carta Política autoriza al legislador para establecer con el fin de '...propugnar por la integridad del orden jurídico...", que interesa a la colectividad entera y no sólo a los ciudadanos, como ejercicio de un derecho político".

En virtud de lo expuesto, se procede al análisis de los cargos formulados en la demanda.

Como quiera que de la lectura de los cargos tercero, cuarto y quinto resulta que ellos se refieran a la ilegalidad de la circular en su conjunto, la Sala los estudiará en primer término y de manera concordante, así:

El artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, norma a la cual se refieren los tres citados cargos, es del siguiente tenor:

"Artículo 530. **Redención de pena por trabajo y estudio.** El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la rendención de la pena por trabajo y estudio a los condenados a penas privativas de la libertad.

"A los detenidos preventivamente y a los senteciados, se les abonará un día de reclusión por dos días de estudio o de trabajo.

"Se computará como un día de estudio o de trabajo la dedicación a estas actividades durante ochos horas, así sea en días diferentes.

"Para efectos de este artículo, los Ministerios de Educación y Trabajo dispondrán los mecanismos necesarios para hacer viable este beneficio en coordinación con la Dirección General de Prisiones".

Al expresarse en los cargos bajo análisis que las regulaciones contenidas en la Circular acusada reforman, interpretan y adicionan el artículo 530 del Codigo de Procedimiento Penal, debido a que la Dirección General de Prisiones asumió "de hecho" las tareas asignadas por dicha norma a los Ministerios de Educación y Trabajo, la Sala entiende que en éllos se formula el cargo de incompetencia del organismo que la expidió.

Ahora bien, en el auto admisorio de la demanda y como fundamento para decretar la suspensión provisional del acto acusado, esta Sección manifestó lo siguiente:

"De la lectura de la primera parte de la Circular acusada, cuyo texto se transcribió al inicio de esta providencia, en la cual se expresa que su expedición obedece a la necesidad de determinar algunos parámetros para la redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza contemplados en la nueva legislación procesal penal, '...hasta tanto el ejecutivo expida el correspondiente decreto reglamentario'

y de su confrontación con el último inciso del artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, la Sala evidencia que ella incurre en franca y minifiesta violación de dicha norma legal, pues mientras que allí se atribuye privativa y expresa competencia a los Ministros de Educación y Trabajo para disponer '...en coordinación con la Dirección General de Prisiones' los mecanismos que hagan viable el beneficio de redención de pena por trabajo y estudio, la Dirección General de Prisiones, al expedir la Circular acusada, asumió de manera autónoma e irregular las funciones asignadas a dichos Ministerios, pues su participación en la implementación de tales mecanismos sólo resultaba ser viable en la medida en que esa tarea fuese acometida por los Ministerios de Educación y Trabajo.

"En las anotadas condiciones, la Sala considera que, sin necesidad de estudiar los restantes cargos, resulta procedente decretar la suspensión provisional de los efectos de la Circular acusada".

Como se observa de la transcripción anterior, desde el inicio del proceso la Sala tuvo una clara visión del problema de fondo sometido a su estudio y fue en virtud de ello que, sin hesitación de ninguna naturaleza, como era lo debido, procedió a decretar la suspensión provisional del acto acusado, sin que los fundamentos de dicha decisión lograsen ser desvirtudados por las razones expuestas por la parte demandada en su escrito de contestación de la demanda.

En efecto, para la Sala no son de recibo los argumentos según los cuales la competencia del Director General de Prisiones para expedir el acto enjuciado se derivó de los dispuesto por los artículos 42 literales D) e I) del Decreto 1817 de 1964 y 8o. del Decreto 428 de 1986, a cuyo contenido se hizo mención en la primera parte de este fallo, pues frente a la competencia que expresamente atribuye el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal a los Ministerios de Educación y Trabajo para que dispongan los mecanismos necesarios a efecto de hacer viable el beneficio de redención de pena por trabajo o estudio, no es válido predicar que a ella se anteponen otras normas atributivas de competencia expedidas con anterioridad a dicha codificación, menos aún si ellas, como acontece con las invocadas por la defensa, son de tal grado de generalidad que respecto de las mismas cabe concluirse que no guardan relación con la indicada materia.

De consiguiente, la Sala reitera en esta sentencia los planteamientos expresados en el auto admisorio de la demanda como fundamento para adoptar la decisión de anular el acto enjuiciado, tal como se declarará en la parte resolutiva de este fallo.

Como quiera que las anteriores consideraciones implican la prosperidad de los cargos tercero, cuarto y quinto, no es necesario analizar las restantes censuras que se formulan en contra del acto acusado.

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.- DECLARASE la nulidad de la Circular No. 0129 de 26 de noviembre de 1992, emanada de la Dirección General de Prisiones, División de Rehabilitación, del Ministerio de Justicia.

Segundo.- En firme esta sentencia, comuníquese al señor Ministro de Justicia y del Derecho, y archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha catorce de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

*Yesid Rojas Serrano,*Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SERVICIO DE FARMACIA/PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL/ BIENESTAR GENErAL

La "...proximidad de un establecimiento a otro..." es sólo uno de los diversos factores que deben tenerse en cuenta para determinar los sectores o lugares que preferencialmente requieren el indicado servicio, sin que del texto de la norma pueda concluirse que el mismo tenga prelación sobre los demás o que todos ellos deban darse de manera concurrente, pues la finalidad de la mencionada disposición es la de procurar que se "...cumpla con la función social a que están determinadas (las Farmacias y Droguerías) por mandato de la ley". Las "...condiciones socioeconómicas..." es uno de los factores que debe tenerse en cuenta para determinar las zonas o lugares que de manera preferencial requieran el servicio de Farmacias o Droguerías, y que el artículo 1o. de la Constitución Política consagra el principio de la prevalencia del interés general, de ello resulta que la excepción consagrada en dicho acto no desconoce el texto ni el espíritu de la norma superior, pues su propósito se orienta hacia una solución más efectiva "...de las necesidades insatisfechas de salud...", que conforme al artículo 366 del ordenamiento constitucional es una de las finalidades sociales del Estado.

SERVICIO DE FARMACIAS-Distancia/**SERVICIO DE DROGUERIAS/ MINISTERIO DE SALUD-**Funciones/**DROGUERIAS-**Traslado/**DROGUERIAS-**Apertura

El parágrafo 1o. del artículo 5o., acusado simplemente dispone que para determinar la distancia en metros lineales, a que se refiere el inciso

primero de la norma, deberá presentarse certificación expedida por las Oficinas de Catastro o de Planeación, quienes son las que cuentan con los elementos técnicos para tal efecto y de los cuales carece el Ministerio de Salud.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2377. Actor: Rodrigo Palma Vengoechea.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurado por el ciudadano Rodrigo Palma Vengoechea, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., tendiente a que se declare la nulidad de los parágrafos primero, segundo y tercero del artículo 5o. y del artículo 6o. de la Resolución No. 010911 de 25 de noviembre de 1992, "por la cual se determinan los requisitos para apertura y traslado de las Droguerías o Farmacias Droguerías", expedida por el señor Ministro de Salud, "en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las conferidas por la Ley 08 de 1971". Subsidiariamente, solicita se declare la nulidad de los parágrafos primero, segundo y tercero del artículo 5o. y de la expresión "y las entidades sin ánimo de lucro", contenida en el artículo 6o. de la citada Resolución.

I.- ANTECEDENTES

a.- Los actos acusados

Ellos son del siguiente tenor:

"ARTICULO QUINTO.- Para la aprobación de apertura o traslado de Droguería o Farmacias Droguerías en todo el territorio nacional, deberá existir una distancia mínima de ciento cincuenta (150) metros lineales a la redonda entre la Droguería solicitante y la Droguería más cercana.

"PARAGRAFO PRIMERO: Para la determinación de las distancias, se presentará la certificación expedida por la Oficina de Catastro, de Planeación Departamental, Distrital o Municipal, Instituto Geográfico Agustín Codazzi o la entidad que haga sus veces, de la correspondiente región del país en donde se solicite la apertura y/o traslado.

"PARAGRAFO SEGUNDO: Cuando se trata de traslado de Droguerías o Farmacias Droguerías dentro de una misma manzana, éstas podrán trasladarse a una distancia inferior a la estipulada en el presente artículo, siempre que éste se haga buscando prestar un mejor servicio y/o porque el propietario del

establecimiento ha debido entregar el local comercial donde se encontraba ubicada su Droguería o Farmacia Droguería a solicitud del propietario del mismo, por vencimiento del respectivo contrato de arrendamiento, la oficina de Control de Medicamentos y/o la que haga sus veces, podrá solicitar los documentos que acrediten tal hecho.

"PARAGRAFO TERCERO: De acuerdo con la topografía de la región y las necesidades de la comunidad, las Direcciones Seccionales o Locales de Salud o las entidades que hagan sus veces, podrán determinar la ubicación de la Droguería o Farmacia Droguería, por debajo de la distancia prevista en el presente artículo, siempre y cuando dicha determinación esté debidamente motivada en el acto administrativo que otorgue el correspondiente permiso.

"ARTICULO SEXTO: Las Droguerías o Farmacias Droguerías que establezcan las entidades de asistencia y seguridad social del estado, y las entidades sin ánimo de lucro, así como las denominadas Boticas Comunales, no estarán obligadas a cumplir con el requisito de distancia consagrado en la presente Resolución".

b.- Los hechos de la demanda

En el correspondiente acápite de la demanda, el actor se refiere a la expedición de la Ley 8a. de 1971, al contenido de la Resolución No. 5038 de 29 de mayo de 1981, y a la Resolución No. 005302 de julio de 1992, la cual expresamente derogada por el artículo 18 del acto acusado, e igualmente expone las razones por las cuales considera que dicha resolución era ilegal.

Por otra parte, manifiesta el actor que el acto acusado "...es una copia casi textual de un 99% de la resolución número 005302, por manera que no se justifica en sentido alguno su promulgación...", la cual tuvo por finalidad "...introducir un 'mico' en el artículo sexto, 'mico' que sin lugar a dudas tiene como destinatario único a las grandes cadenas de Droguerías, que por su inconmensurable capacidad económica pueden sin ninguna dificultad quebrar a los droguistas minoristas que no están en capacidad de resistir la competencia muchas veces desleal de tales cuasi monopolios de productos farmacéuticos..." y, que consistió en intercalar entre las frases "las droguerías que establezcan las entidades de asistencia y seguridad social del Estado" y "así como las denominadas Boticas comunales", que traía el artículo 6o. de la Resolución 005302 de 1992, la frase "y las entidades sin ánimo de lucro".

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de su 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 19):

Primer cargo.- Violación de la Ley 8a. de 1971, pues ésta en ninguno de sus artículos hace alusión a muchas de las materias tratadas por la Resolución 010911 de

1992, con lo que le evidencia que el Ministro de Salud, excedió el marco que para un hecho concreto le concedió el artículo 1o. de la Ley 8a., a la vez que hizo suya la facultad reglamentaria que de acuerdo con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional, corresponde al Presidente.

La Ley 8a. le ordena al Ministerio de Salud que proceda a estudiar y fijar barrios, zonas, sectores y lugares, y no para que señale distancias, a no ser que estas se consagren en los barrios, zonas, sectores o lugares previamente estudiados, de manera que al no adelantar el Ministerio estudios, ni fijar barrios, zonas, sectores y lugares violó la Ley 8a. por conducta omisiva, y al fijar distancias caprichosamente excedió el marco que le señaló el parágrafo 2o. del artículo 1o. de la citada ley, e igualmente violó esta norma, al trasladar sus funciones a otras entidades administrativas como Catastro o Planeación.

Segundo cargo.- El parágrafo 2o. del artículo 5o. del acto acusado establece excepciones inexplicables a la regla general que tal artículo consagra en su primer inciso, al disponer que el traslado se puede verificar a distancias inferiores a las señaladas en él, si es en la misma manzana para prestar un mejor servicio, o por entrega del local comercial donde funciona la droguería a solicitud del propietario o por vencimiento del respectivo contrato de arrendamiento, a la vez que regula situaciones de índole civil y comercial que nada tienen que ver con el estudio y fijación de barrios, zonas, etc. y que no son del resorte de las autoridades administrativas e interfieren en las prescripciones de los códigos citados en lo referente a contratos de arrendamiento, su vencimiento y entrega de los inmuebles objeto de los mismos.

Tercer cargo.- Violación del parágrafo 2o. del artículo 1o. de la Ley 8a. de 1971, por abuso del derecho y por exceso o extralimitación de funciones.

Manifiesta el actor que el parágrafo 3o. va más lejos en cuanto a extralimitación de funciones del Ministerio de Salud y al establecimiento de exenciones o exoneraciones se refiere, ya que faculta a las Direcciones Seccionales o Locales de Salud y a las entidades que hagan las veces, para que autoricen el funcionamiento de droguerías a distancias inferiores a las señaladas en el artículo, de acuerdo con la topografía de la región y las necesidades de la comunidad, siempre y cuando el acto que concede el permiso o licencia esté debidamente motivado, sin que la Ley 8a. de 1971 por parte alguna establezca dichas exenciones.

Cuarto cargo.- "Por su parte el artículo 6o. del citado decreto... " (sic), establece que las entidades sin ánimo de lucro, sin distinguir entre públicas o privadas, están exentas de cumplir el requisito de las distancias que el inciso primero del artículo 5o. del decreto consagra, para lo cual el Ministerio no estaba facultado.

El señor Ministro de Salud, en desarrollo de la Ley 8a. de 1971, parágrafo 2o. del artículo 1o. profirió la Resolución 005302 de julio 1o. de 1992, la cual "... en un desbordamiento de las atribuciones o mejor, funciones que el Ministro al efecto tenía, en su artículo sexto disponía: 'Las Droguerías que establezcan las entidades de

asistencia y seguridad social del Estado, así como las denominadas Boticas comunales, no estarán obligadas a cumplir con el requisito de la distancia mínima".

La citada resolución, fue expresamente derogoda por el artículo 18 de la Resolución 010911 de 25 de noviembre de 1992, que es una copia virtual de aquella, lo que no justifica su promulgación y tiene como única explicación la de facilitar la proliferación incontrolada de droguerías, con lo cual es evidente la violación de la Ley 8a. de 1971 al introducir la expresión "y las entidades sin ánimo de lucro".

Quinto cargo.- Los artículos 5o. y 6o. de la resolución acusada, constituyen aspectos policivos, pues están relacionados con hechos de orden público como son la seguridad y salubridad públicas.

El poder de policía, es una limitante a las libertades públicas, que sólo puede ser conferido y reglamentado por la ley, la que lo distribuye y lo amplía para mantener el orden público en sus diferentes manifestaciones, pero sin exceder el marco constitucional.

d.- Las razones de la defensa

En su alegato de conclusión, la parte demandada, luego de hacer un breve resumen de la demanda, de transcribir las normas acusadas y el texto de la ley cuya violación se alega, sostiene la legalidad de acto acusado por las siguientes razones (fls. 93 a 101):

Por que tal y como lo definió la Sala en auto de 17 de septiembre de 1993, no puede concluirse que "... ellos fueron expedidos sin mediar el estudio a que alude la Ley 8a. de 1971 en el Artículo 1o. parágrafo 2o., como simplemente lo afirma el solicitante de la medida, sin aportar prueba alguna de ello..." y, en general, transcribe la parte considerativa del auto en mención y la motiva de la Resolución 010911 de 1992, para demostrar, que la expedición del acto se produjo luego de haberse llegado a las conclusiones que, en esa parte motiva se consignan.

Por otra parte, afirma la defensa que la Ley 9a. de 1979 (Código Sanitario Nacional), se ocupó entre otros temas, de la vigilancia y control sanitarios. El artículo 594 de la ley, establece que la salud es un bien de interés público, y el 597 determina que dicha ley y las demás leyes, reglamentos y disposiciones relativas a la salud son de orden público.

En el Título VI de esta ley, se establece lo relacionado con drogas y similares y se le atribuye al Ministerio de Salud la reglamentación de las normas sobre estos aspectos.

Así mismo, en lo referente a productos farmaceúticos, el artículo 439 establece: "El Ministerio de Salud reglamentará el funcionamiento de depósito de drogas, Farmacias-Droguerías y similares".

La Ley 8a. de 1971, concordante con la Ley Sanitaria, la cual sirvió de fundamento para la expedición de la norma parcialmente acusada, modificó el numeral b) (sic) y los

parágrafos 2o. y 3o. del artículo 1o. y el ártículo 4o. de la Ley 47 de 1967. Para tal fin definió y determinó los siguientes aspectos:

"a.....

"b.....

"c. Para evitar el aglutinamiento, las Farmacias y Droguerías, en los denominados sectores comerciales, el Ministerio de Salud procederá a estudiar y fijar los barrios, zonas, sectores y lugares que preferencialmente requieren tal servicio en función del número de habitantes, condiciones socioeconómicas, proximidad de un establecimiento a otro, etc., con el objeto de expedir en el futuro los permisos de apertura o de traslado de tales establecimientos, de acuerdo con una distribución más racional y planificada en procura que se cumpla la función social a que están determinadas por mandato de la ley.

La expedición del auto acusado, fue el fruto de una concienzuda conclusión de estudios, investigaciones y confrontaciones hechas para buscar el complemento de la Ley 8a. de 1971.

Tales determinaciones buscan un bienestar social asi:

Una droguería debe cumplir una función social, oportuna y eficiente al servicio de la ciudadanía, siendo necesario dotarlas de los elementos indispensables para satisfacer dicha demanda, pues sin estas facultades los servicios de emergencia y nocturnos no podrían prestarse en forma correcta y oportuna. Así mismo, se debe resaltar el aspecto de los establecimientos que funcionan en barrios, muinicipios, veredas, aldeas y corregimientos más apartados, donde si no se cuentan con estas facilidades no podría ofrecerse el servicio en las zonas requeridas.

El artículo 564 del Código Sanitario Nacional determina que corresponden al Estado dictar las normas necesarias para asegurar una adecuada situación de higiene y seguridad en todas las actividades y vigilar su cumplimiento a través de las autoridades de salud. Es este otro fundamento jurídico de la función del Ministerio de Salud, al cual le corresponde formular las políticas y dictar todas las normas científico administrativas, de obligatorio cumplimiento por las entidades que integran el sistema.

Finalmente, cita la Ley 10 de 1990, artículo 8o. como otra razón y fundamento legal de la expedición del acto acusado.

Como consecuencia, de lo anterior, solicita se denieguen las súplicas de la demanda.

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 17 de septiembre de 1993 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del auto acusado (fls. 49 a 57).

Mediante auto de fecha 26 de noviembre de 1993, se denegó la solicitud de pruebas formulada por la parte actora (fls. 84 a 85).

Por auto de 4 de febrero de 1994, se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del que sólo hizo uso la parte demandada (fl. 88).

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo, y en cuanto a la acusación de que la Resolución 010911 de 1992, en su integridad quebranta los artículos 1o. parágrafo 2o. de la Ley 8a. de 1971 y 189-11 de la Carta Política, debido a que "... muchas de las materias (en ella) tratadas..." no se mencionan en ninguna de las normas que integran dicho estatuto legal, y por cuanto el Ministerio de Salud hizo suya la potestad reglamentaria atribuída al Presidente de la República, la Sala se abstiene de analizarlo, pues, de una parte, en el proceso no se discute la legalidad de la mencionada resolución, en su conjunto, si no exclusivamente de dos de los dieciocho artículos que la integran, y, de la otra, debido a la generalidad de los planteamientos formulados por el actor, resulta imposible concluir que ellos se refieran a las disposiciones cuya declaratoria de nulidad se impetra en la demanda.

Por lo que respecta la censura consistente en que los actos acusados infringen el Artículo 1o. parágrafo 2o. de la Ley 8a. de 1971, pues mientras que en él se faculta al Ministerio de Salud para que estudie y fije barrios, zonas, sectores y lugares con el objeto de expedir los permisos de apertura o de traslado de Farmacias y Droguerías, los actos acusados señalan caprichosamente la distancia mínima que debe existir entre dichos establecimientos para los mencionados efectos; se expidieron sin el previo estudio que ordena la norma; en ellos no se fijan barrios, zonas o sectores y traslada las funciones del Ministerio de Salud en esa materia a otras entidades del Estado, la Sala observa lo siguiente:

1o.- El Artículo 1o. parágrafo 2o. de la Ley 8a. de 1971, "por medio de la cual se modifica el numeral b) (sic) y los parágrafos 2o. y 3o. del artículo 1o. y el Artículo 4o. de la Ley 47 de 1967", es del siguiente tenor:

"Artículo 1o.....

"Parágrafo 2o. El parágrafo 3o. de la Ley 47 de 1967 quedará así:

"Para que las Farmacias y Droguerías no se aglutinen en los denominados sectores comerciales, el Ministerio de Salud procederá a estudiar y a fijar los barrios, zonas, sectores y lugares que preferencialmente requieren tal servicio en función del número de habitantes, condiciones socioeconómicas, proximidad

de un establecimiento a otro, con el objeto de expedir en el futuro los permisos de apertura o de traslado de tales establecimientos, de acuerdo con una distribución más racional y planificada en procura de que se cumpla la función social a que están determinadas por mandato de la ley".

2o.- En lo que concierne a la señalización en metros lineales que debe existir entre una droguería y la otra por parte del artículo 5o. de la resolución parcialmente acusada, la Sala hace notar que dicho mandato se encuentra consignado en el inciso 1o. de la citada norma, frente al cual no se formula ninguna pretensión de nulidad.

3o.- En lo relativo al cargo consistente en que los actos acusados se expidieron sin mediar el estudio previsto en la disposición legal transcrita, la Sala considera que carece de vocación de prosperidad, no sólo por cuanto el mismo se sustenta en una simple afirmación del demandante, huérfana de todo respaldo probatorio, sino porque de las regulaciones contenidas en las diversas normas que integran la Resolución 010911 de 1992 se deduce que su expedición fue la consecuencia de los análisis y conclusiones plasmados en sus considerandos.

4o.- Para la Sala tampoco puede prosperar la tacha según la cual los actos acusados infringen por omisión el artículo 1o. parágrafo 2o. de la citada ley al no fijarse en ellos los barrios, zonas, sectores y lugares que preferencialmente requieren el servicio de Farmacias o Droguerías, pues a dicho mandato no puede dársele la interpretación exegética que le atribuye el actor, toda vez que ella conduciría a que el Ministerio de Salud debiera proceder en tal sentido respecto de cada uno de los barrios, zonas, sectores y lugares comerciales que se encuentran en el país, sino, por el contrario, en el sentido de que a tal dependencia del Estado corresponde señalar los parámetros generales tentientes al cumplimiento de la voluntad del legislador, como efectivamente cabe predicar de la resolución parcialmente acusada.

5o.- Por lo que atañe a la censura de que los actos acusados transfieren a las Oficinas de Catastro, de Planeación y a otras funciones asignadas al Ministerio de Salud por la disposición legal en comento, la Sala considera que ella es el producto de una apreciación errada del actor, pues el parágrafo 1o. del artículo 5o., acusado, simplemente dispone que para determinar la distancia en metros lineales, a que se refiere el inciso primero de la norma, deberá presentarse certificación expedida por cuales quiera de las mencionadas oficinas públicas, quienes son las que cuentan con los elementos técnicos para tal efecto y de los cuales carece el Ministerio de Salud.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el segundo cargo, formulado en contra del parágrafo segundo del artículo 5o. de la Resolución 010911 de 1992, y como fundamento para denegar su prosperidad, la Sala adopta en este fallo las mismas razones que expresó en el auto admisorio de la demanda al resolver sobre la solicitud de suspensión provisional, las cuales se transcriben a renglón seguido, pues ante la ausencia de nuevos argumentos de la parte actora, ellos no sufren variación alguna.

En dicha providencia la Sala manifestó lo siguiente:

"c.-... el hecho de que los actos acusados determinen que cierta clase de Droguerías o Farmacias Droguerías no estarán obligadas a cumplir con el requisito de distancia consagrado en la Resolución no implica la violación manifiesta del artículo 1o. parágrafo 2o. de la Ley 8a. de 1971, pues tales excepciones podrían obecer, precisamente, a que se logre su cumplimiento, en la medida en que los habitantes de ciertas zonas o sectores puedan tener acceso a ese servicio en función de sus condiciones socioeconómicas.

"d.-... dado que el solicitante de la medida no concreta cuáles '... aspectos privativos del Código Civil y del Código de Comercio' se regulan en los actos acusados, ello impide a la Sala pronunciarse sobre el particular".

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

En relación con el tercer cargo, formulado en contra del parágrafo tercero del artículo 5o. de la citada resolución, debido a que en él se faculta a las Direcciones Seccionales o Locales de Salud para autorizar el funcionamiento de Droguerías o Farmacias Droguerías a distancias inferiores a la señalada en su inciso primero, atendiendo a la topografía de la región y a las necesidades de la comunidad, la Sala no encuentra que dicho mandato resulte violatorio del artículo 1o. parágrafo 2o. de la Ley 8a. de 1971, toda vez que la "... proximidad de un establecimiento a otro..." es solo uno de los diversos factores que deben tenerse en cuenta para determinar los sectores o lugares que preferencialmente requieren el indicado servicio, sin que del texto de la norma pueda concluirse que el mismo tenga prelación sobre los demás o que todos ellos deban darse de manera concurrente, pues la finalidad de la mencionada disposición es la procurar que se "...cumpla con la función social a que están determinadas (las Farmacias y Droguerías) por mandato de la ley" (paréntesis fuera del texto).

El cargo, entonces, no prospera.

En relación con el cuarto cargo, en el cual se discute que al determinarse en el artículo 6o. acusado que las entidades sin ánimo de lucro, entre otras, "...no están obligadas a cumplir con el requisito de distancia consagrado en la presente resolución" se quebranta el artículo 1o. parágrafo 2o. de la Ley 8a. de 1971, debido a que en él no se consagran excepciones respecto del cumplimiento de los requisitos para la apertura o traslado de Farmacias o Droguerías, la Sala estima que carece de vocación de prosperidad, pues si se tiene en cuenta que las "...condiciones socio-económicas..." es uno de los factores que debe tenerse en cuenta para determinar las zonas o lugares que de manera preferencial requieran el servicio de Farmacias o Droguerías, y que el artículo 1o. de la Constitución Política consagra el principio de la prevalencia del interés general, de ello resulta que la excepción consagrada en dicho acto no desconoce el texto ni el espíritu de la norma superior, pues su propósito se orienta hacia una solución más efectiva "...de las necesidades insatisfechas de salud...", que conforme el artículo 366 del ordenamiento constitucional es una de las finalidades sociales del Estado.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

En relación con el quinto cargo, la Sala hace notar que sus fundamentos no pasan de ser meras apreciaciones del actor sin referencia directa a algún mandato constitucional o legal que les dé sustento, por lo cual se abstiene de analizarlo.

En conclusión, la Sala estima que deben despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

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 súplicas de la demanda promovida por ciudadano Rodrigo Palma Vengoechea.

Segundo.- Devuélvase la suma depositada para gastos del proceso, o su remanente.

Tercero.- En firme esta sentencia comuníquese al señor Ministro de Salud y 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 catorce (14) de julio mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.

ACTO JURIDICO BILATERAL/RELACIONES INTERNACIONALES/ JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Competencia

En el presente caso el "memorando" cuya declaratoria de nulidad se impetra no contiene una declaratoria de voluntad unilateral de la Administración que permita considerarlo como acto administrativo, pues el mismo fue el producto de un acuerdo de voluntades de los representantes de los países signatarios.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2928. Actor: Pedro Pablo Camargo.

Se procede a resolver el recurso ordinario de súplica interpuesto por el accionante contra el auto de 9 de junio de 1994, mediante el cual se inadmitió la demanda presentada en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad del "MEMORANDO ENTENDIMIENTO SOBRE COOPERACION E INVESTIGACION JUDICIAL ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA" suscrito en la ciudad de Santafé de Bogotá el 31 de agosto de 1991 por el Ministro de Relaciones Exteriores de la República de Colombia y por el Ministro de Relaciones Exteriores de la República de Guatemala.

I.- EL AUTO RECURRIDO

Los fundamentos de la providencia recurrida son los siguientes: (fls. 17 a 19):

"La demanda habrá de ser rechazada, por cuanto se está en presencia de un acto jurídico bilateral internacional, y la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según lo dispuesto en el artículo 82 del C.C.A., está instituída por la Constitución Política tan sólo 'para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas', es decir, las que se originen con motivo de la expedición de los **actos administrativos unilaterales, en los hechos y omisiones de la administración que puedan comprometer su responsabilidad extracontractual, y en los ahora denominados contratos estatales,** que conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto Contractual del Estado), son 'todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente Estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen...' en el mismo artículo, o sea, los de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión y los encargos fiduciarios y la Fiducia Pública.

"No corresponde, pues, a esta jurisdicción juzgar actos jurídicos bilaterales regulados por el derecho internacional, no perfeccionados, o perfeccionados mediante la aprobación que de ellos debe hacer el Congreso por medio de la ley, cuando se trate de tratados o convenios que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional (arts. 189-2 y 150-16 de la Constitución Política) caso en el cual corresponde a la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, decidir definitivamente sobre su exequibilidad y de las leyes que los aprueben, en los precisos términos del numeral 10 del artículo 241 ib." (Subrayas del texto original).

II.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Las razones expuestas por el recurrente son, en resumen, las siguientes (fls. 20 a 21):

1o.- En lo relativo al argumento de que el acto demandado, como "acto jurídico bilateral internacional" escapa al conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 82 del C.C.A.), no debe olvidarse que el artículo 83 *ibídem* establece con toda claridad que dicha jurisdicción "... juzga los actos administrativos, así como los hechos, las omisiones y las operaciones administrativas y hasta los contratos administrativos, bilaterales o multilaterales", y que el artículo 84 de la misma codificación consagra las causales que hacen procedente la acción de nulidad.

En el presente asunto no se trata de un acto jurídico bilateral regulado por el Derecho Internacional, como sería el caso de un tratado *stricto sensu*, sino de un acto

o hecho administrativo típico, que entró a regir el mismo día de su expedición sin sujetarse al trámite de un tratado internacional (artículos 150-16, 189-2 y 224 de la Constitución Política).

En consecuencia, "por mandato expreso del art. 128, numeral 1, del C.C.A., el Consejo de Estado tiene competencia y jurisdicción para conocer de la nulidad del acto o hecho administrativo acusado con apoyo en el Art. 84 ***ibídem***". (Subraya del recurrente).

2o.- Sobre el segundo argumento del auto suplicado, consistente en que corresponde a la Corte Constitucional "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben" (art. 241-10 de la Carta Política), él "es una conclusión ***a priori***, pues en el caso ***sub-exámine*** no es un tratado internacional sino un memorando ejecutivo (acto o hecho administrativo), suscrito por el Ministro de Relaciones Exteriores, en violación de la Constitución Política". (Subrayas del recurrente).

Además, a pesar de que el acto demandado sea un acto administrativo bilateral internacional, la competencia para conocer de él reposa en el Consejo de Estado por mandato del artículo 128-1 del C.C.A., o por mandato del numeral 16 de la misma norma, en el supuesto remoto de que no existiera la regla especial de competencia.

De otra parte debe tenerse encuenta que el caso de la demanda promovida contra la nota verbal diplomática GM 542 de 22 de noviembre de 1952, mediante la cual el entonces Ministro de Relaciones Exteriores entregó a Venezuela los islotes de "Los Monjes", la Sección Primera del Consejo de Estado asumió competencia y jurisdicción para conocer de actos administrativos internacionales, distintos de los tratados internacionales. Ahora se trata de "... la entrega de soberanía a Guatemala, sin el trámite constitucional".

Por último se invoca el artículo 3o. del C.C.A., según el cual "en virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias".

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con los motivos de inconformidad del apelante para con el auto recurrido en súplica, y en el mismo orden en que fueron planteados, la Sala considera lo siguiente:

1o.- Si bien en dicha providencia no se hace expresa mención al artículo 83 del C.C.A., se observa que en ella sí se expresa su contenido, en virtud del cual y en perfecta armonía con lo dispuesto por el artículo 82 *ibídem*, lo único que resulta es la incompetencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para juzgar el acto jurídico internacional cuya declaratoria de nulidad se impetra en la demanda.

En efecto, según el artículo 82 del C.C.A., "la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituída por la Constitución para juzgar las controversias y litigios

administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. Se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos **de conformidad con la Constitución y la ley**". (Subraya la Sala).

Por su parte, de acuerdo con el artículo 83 del C.C.A., " la jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad (hoy denominados contratos estatales, aclara la Sala) de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto".

Ahora bien, de las anteriores disposiciones, aplicadas al asunto *sub-exámine*, resulta lo siguiente:

a) El "Memorando" cuya declaratoria de nulidad se solicita no constituye un acto administrativo, toda vez que uno de los elementos esenciales que permiten considerar el acto como tal es la naturaleza unilateral de la declaración o declaraciones en él contenidas.

b) El citado "Memorando" tampoco puede ser considerado como un hecho administrativo, inexplicablemente equiparado por el recurrente con los actos administrativos, pues aquéllos se diferencian de estos en cuanto los efectos jurídicos que de ellos se derivan se producen independientemente de la voluntad de la administración.

c) Tampoco cabe predicar que dicho "Memorando" sea una operación administrativa, pues ellas consisten en la reunión de una decisión de la administración con su ejecución práctica, de tal forma que constituyen en conjunto una sola actuación de la administración.

d) Menos aún puede atribuírse a dicho "Memorando" la naturaleza de contrato administrativo, como se le atribuye el recurrente, pues los contratos administrativos a que se refiere el artículo 83 del C.C.A., son los hoy denominados contratos estatales por la Ley 80 de 1993, entre los cuales no pueden entenderse incluídos los acuerdos o convenios que suscriban los Estados para regular sus relaciones como tales.

2o.- Para la Sala tampoco es de recibo la apreciación del recurrente, en el sentido que esta Corporación debe avocar el conocimiento de la demanda en virtud de lo dispuesto por los numerales 1 y 16 del artículo 128 del C.C.A., por cuanto no se trata del enjuiciamiento de un Tratado Internacional, sino de un acto o hecho administrativo, no sólo por las razones expresadas en el ordinal precedente, sino por cuanto "la competencia, que es la facultad que la ley atribuye de decidir sobre determinadas materias, tiene un carácter restringido y no puede, por consiguiente, una autoridad ejercer jurisdicción o facultad de administrar justicia sobre asuntos que expresamente no le hayan sido adscritos" (Consejo de Estado, auto de 18 de marzo de 1942. Diccionario Jurídico, Tomo V. Editora Jurídica de Colombia , pag. 171).

En cuanto a la referencia que hace el suplicante a la demanda promovida en contra de la nota verbal diplomática GM 542 de 22 de noviembre de 1952, suscrita por el Ministro de Relaciones Exteriores de aquella época, y frente a la cual esta Corporación asumió competencia para conocer de ella, la Sala hace notar que dicha competencia se derivó del hecho de que la declaración en ella contenida, si bien producía efectos internacionales, fue de naturaleza unilateral, lo cual le imprimió el carácter de acto administrativo. Por el contrario, en el presente caso el "Memorando" cuya declaratoria de nulidad se impetra no contiene una declaratoria de voluntad unilateral de la Administración que permita considerarlo como acto administrativo, pues el mismo fue el producto de un acuerdo de voluntades de los representantes de los países signatarios.

En virtud de las anteriores consideraciones se procederá a confirmar el auto recurrido.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto de 9 de junio de 1994, recurrido en súplica.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobado por Sala de Decisión en su sesión de fecha catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia/**ACTO BILATERAL GUBERNAMENTAL/DERECHO INTERNACIONAL**-Público/**CONVENIO INTERNACIONAL/CONTROL JURISDICCIONAL/JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**-Incompetencia

El "Memorando de Entendimiento sobre Cooperación Judicial entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Costa Rica, acusado en la demanda no encuadra dentro de ninguno de los actos susceptibles de ser enjuiciados ante esta jurisdicción de acuerdo con los artículos 82 y 83 del C.C.A. En efecto, mientras el acto administrativo se ha considerado como toda la declaración unilateral de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos, el acto que se impugna es una declaración bilateral de dos gobiernos que atañe a las relaciones internacionales de los países signatarios del Convenio y por lo tanto desborda el ámbito de la administración interna de la cual se ocupa la jurisdicción contencioso administrativa colombiana.

- II -

CONVENIO INTERNACIONAL/CONVENIO DE COOPERACION JUDICIAL/CONTROL JURISDICCIONAL/HECHO ADMINISTRATIVO-Inexistencia/**OPERACION ADMINISTRATIVA**-Inexistencia

A propósito de lo que dispone el artículo 83 del C.C.A., el convenio para la Cooperación Judicial suscrito entre el Gobierno de la República de Colombia y Costa Rica impugnado, tampoco puede considerarse como un hecho administrativo ni como una operación administrativa porque estas son categorías jurídicas diferentes. El hecho es un acaecimiento

material cuyos efectos jurídicos no tienen origen en la voluntad de la administración, y la segunda es una decisión no exteriorizada acompañada de su inmediata ejecución. El acto acusado tampoco puede asimilarse a un contrato administrativo porque carece de las características que acompañan a éstos que dicen relación con el objetivo general de prestar los servicios públicos, con su contenido económico y con las cláusulas exorbitantes propias de ellos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., quince de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2932. Autoridades Nacionales. Actor: Pedro Pablo Camargo.

Procede la Sala a resolver el recurso ordinario de súplica interpuesto por el actor de la referencia contra el auto de 20 de junio del año en curso, mediante el cual del H. Consejero Libardo Rodríguez Rodríguez, en Sala Unitaria inadmitió la demanda de nulidad propuesta contra EL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO SOBRE COOPERACION JUDICIAL ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA, suscrito en Santafé de Bogotá el 3 de marzo de 1992 por la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia y con el Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica.

EL AUTO RECURRIDO

Los siguientes son los fundamentos de la providencia que se suplica:

"Pues bien, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 82 del C.C.A., "la jurisdicción de lo contencioso-administrativo está instituída por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas...", vale decir, de aquellas que se originen con motivo de la expedición de actos administrativos unilaterales, en los hechos y omisiones de la Administración que puedan comprometer su responsabilidad extracontractual, y en los hoy día denominados contratos estatales que, conforme al artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son "...todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo se definen..." en dicha norma, o sea los de obra, de consultoría, de prestación de servicios, de concesión, de fiducia pública y los encargos fiduciarios.

"Las anteriores precisiones normativas conducen a la Sala Unitaria a concluir que no corresponde a esta jurisdicción conocer del juzgamiento de actos jurídicos

bilaterales regulados por el derecho internacional, no perfeccionados, o perfeccionados mediante la aprobación del Congreso de la República, cuando se trate de tratados o convenios que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional (arts. 189-2 y 150-16 de Carta Política), en cuyo caso corresponde a la Corte Constitucional decidir definitivamente sobre su exequibilidad y de las leyes que los aprueben, en los términos del artículo 241-20 *ibídem*".

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los expone el suplicante de la manera siguiente:

"...el art. 83, *ibídem*, establece nítidamente que la jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos administrativos, así como los hechos, las omisiones y las operaciones administrativas y hasta los contratos administrativos, bilaterales o multilaterales. Y el art. 84 del mismo ordenamiento prevé la acción de nulidad "no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que debería (sic) fundarse sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió".

"Aquí no se trata de un acto jurídico bilateral solamente regulado por el Derecho Internacional, como sería el caso de un tratado *stricto sensu,* sino de un acto o hecho administrativo interno consistente en un memorando del Gobierno de Colombia con el Gobierno de Costa Rica, que entró a regir el mismo día de su firma, sin sujeción al trámite de un tratado internacional (arts. 150, numeral 16, 189, numeral 2, y 224 de la Constitución Política".

"Por mandato expreso del art. 128, numeral 1, del C.C.A., el Consejo de Estado tiene competencia y jurisdicción para conocer de la nulidad del acto o hecho administrativo acusado, con apoyo también en el citado art. 84 *ibídem*".

Refiriéndose al auto recurrido en la parte según la cual, en los términos del art. 241, numeral 10 de la Constitución Nacional, corresponde a la Corte Constitucional "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban", dice el suplicante:

"La suya, señor consejero, es una conclusión *a priori* que no puede extraerse sin haberse detenido a analizar el contenido, la forma y el alcance del acto administrativo acusado. En el caso *sub-exámine* no es un tratado internacional sino un acuerdo ejecutivo (acto o hecho administrativo), suscrito por un funcionario del Gobierno de Colombia pero en violación de la Constitución Política y que según constancia del Senado de la República, nunca fue sometido a trámite ante el Congreso de la República. Luego se trata de un acto administrativo vigente no sujeto a ratificación y menos aprobación del Congreso.

"Aunque el impugnado sea un acto administrativo internacional, la competencia corresponde al Consejo de Estado por mandato del art. 128, numeral 1, del C.C.A., o por mandato del numeral 16 de dicho precepto, en el supuesto remoto de que no existiera la regla especial de competencia, como sí existe.

"Además, la Sección Primera del Consejo de Estado ya asumió competencia y jurisdicción de actos administrativos internacionales diferentes a los tratados internacionales que, en esta hipótesis, serían de la jurisdicción y competencia de la Corte Constitucional. En efecto, admitió la demanda contra la nota verbal diplomática GM 542 de 22 de noviembre de 1952 del entonces Ministro de Relaciones Exteriores, la cual concluyó con sentencia de nulidad del 23 de octubre de 1992. Fue en el caso de la entrega de los islotes de "Los Monjes" a Venezuela. Ahora se trata de la entrega de la soberanía a Costa Rica por un acto *ultra vires* que violó la Constitución Política.

"Por qué la Sección Primera del Consejo de Estado tiene dos puntos de vista opuestos?.

"Invocamos, por último, el Art. 3o. del C.C.A., que establece que, en virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del C.C.A. "La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituída por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan en funciones administrativas. Se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley".

A su vez, el artículo 83 del mismo estatuto dispone que "La jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este reglamento".

Observa la Sala que el "Memorando de Entendimiento sobre Cooperación Judicial entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Costa Rica, acusado en la demanda, no encuadra dentro de ninguno de los actos susceptibles de ser enjuiciados ante esta jurisdicción de acuerdo con el art. 32 y 83 del C.C.A.

En efecto, mientras el acto administrativo se ha considerado como toda declaración unilateral de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos, el acto que se

impugna es una declaración bilateral de dos gobiernos que atañe a las relaciones internacionales de los países signatarios del Convenio y por lo tanto desborda el ámbito de la administración interna de la cual se ocupa la jurisdicción contencioso administrativa colombiana.

Tratadistas como Enrique Sayagués Lasso (Tratado de Derecho Administrativo Tomo I, pág. 389) considera que la declaración de voluntad tiene que ser unilateral, pues de lo contrario se está frente a un acto convencional. Además debe emanar de un órgano estatal y producir efectos jurídicos de alcance individual, cualidades estas que no se dan en el acto que se acusa.

La unilateralidad que caracteriza el acto administrativo es señalada también por tratadistas como Dupuis quien enseña que "El acto administrativo es un acto normador de carácter unilateral (L'Act Administratif Unilateral); Waline para quien "todo acto jurídico unilateral de un administrador calificado, obrando en calidad de tal y susceptible de producir efectos de derecho, es un acto administrativo" (citado por el profesor Gustavo Penagos en su libro El Acto Administrativo, Tercera Edición, pág. 47), y Vedel para quien entre las prerrogativas del poder público, la más característica sin duda alguna, es el privilegio que tiene la administración de tomar las decisiones ejecutorias, es decir de proferir actos unilaterales que crean derechos y obligaciones en provecho o a cargo de terceros, sin el consentimiento de estos, y de ser ejecutados por la fuerza por la administración (Vedel Georges, Droit Administratif - Cours Policopie pág. 187).

En esta materia el recurrente aduce como antecedente favorable a sus argumentos el hecho de que esta misma Sección admitió, tramitó y falló la demanda contra la nota verbal diplomática GM 542 de 22 de noviembre de 1952, suscrita por el Ministro de Relaciones Exteriores de aquella época. Al respecto anota la Sala que las circunstancias en esa oportunidad fueron diferentes, pues la Corporación adquirió competencia en virtud de que la declaración allí contenida, si bien producía efectos internacionales, fue de naturaleza unilateral, firmada únicamente por un agente de la administración colombiana, lo cual le imprimió el carácter de acto administrativo.

Ahora, a propósito de lo que dispone el artículo 83 del C.C.A., el convenio impugnado, tampoco puede considerarse como un hecho administrativo ni como una operación administrativa porque estas son categorías jurídicas diferentes. El hecho es un acaecimiento material cuyos efectos jurídicos no tienen origen en la voluntad de la administración, y la segunda es una decisión no exteriorizada acompañada de su inmediata ejecución.

El acto acusado tampoco puede asimilarse a un contrato administrativo porque carece de las características que acompañan a estos que dicen relación con el objetivo general de prestar los servicios públicos, con su contenido económico y con las cláusulas exorbitantes propias de ellos.

Finalmente el hecho de no ser el convenio enjuiciado un acto administrativo y la circunstancia de no habersele asignado expresamente competencia a esta jurisdicción para conocer de actos de este tipo, llevan a la Sala a mantener la providencia recurrida.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto de 20 de junio de 1994, recurrido en súplica.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por Sala en reunión celebrada el 14 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: La Sala precisó que el *sub-exámine* difiere de caso de la sentencia del 23 de octubre de 1992; Exp. 325, proferido por la Sección Primera con ponencia del Dr. RAFAEL ARIZA MUÑOZ, en el proceso promovido por el señor JAIME ARAUJO RENTERIA Y OTROS, contra la Nota Verbal Diplomática GM 542 de 22 de noviembre de 1952 porque se trató de acto unilateral.

BANCO POPULAR/VENTA DE ACCIONES/ENAJENACION DE PARTICIPACION ESTATAL/DEMOCRATIZACION DE TITULARIDAD/ SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia

Si bien el artículo 60 de la C.N. ordena al Estado, cuando enajena su participación en una empresa, democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecer a sus trabajadores y a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a la propiedad accionaria, ello no significa la exclusión de otras organizaciones en el programa de enajenación.

DERECHO DE IGUALDAD/PROPIEDAD PRIVADA

Ni el artículo 13, ni el 60 de la Constitución Nacional prohiben a las personas naturales o jurídicas extranjeras, ni a las llamadas "Fondos de Cesantías y Fondos de Pensiones", el acceso a la propiedad privada ni beneficiarse del tratamiento que pueda otorgar la ley en esta materia. Al contrario, el primero de los artículos precitados dispone que "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de la autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica". Por su parte el artículo 100 del mismo estatuto establece que "Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos que se conceden a los colombianos..."

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., quince de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2958. Decretos del Gobierno. Actor: Luis Xavier Sorela.

El actor de la referencia en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., y en demanda presentada contra la Nación, solicita la nulidad, previa suspensión provisional, de los siguientes artículos del Decreto 814 de 24 de abril de 1994, "Por el cual se aprueba el programa de venta de las acciones que posee la Nación en el Banco Popular", dictado por el Presidente de la República con la firma de todos sus Ministros: 1°, 3° en cuanto a las expresiones **Fondos de cesantías y de pensiones y extranjeras** contenidas en sus numerales 1 y 2; 4° numeral 2; 6° numeral 1 literal b) en lo que se refiere a las expresiones "Los Fondos de Cesantías, los Fondos de Pensiones"; 10 numeral 4, en la parte que dice "Las ofertas se presentarán en sobre cerrado en las condiciones que indique el "Fondo"; 11 en cuanto dispone que "Las acciones a que se refiere el numeral 2° del artículo 3° de este decreto se venderán por medio de martillo simultáneo en las bolsas de valores del país, y 12, inciso 1, numerales 1 y 2 donde se fijan las reglas para adjudicar por parte del Presidente del Martillo las acciones a que se refiere el numeral 2 del artículo 3°.

Admisión de la Demanda

Como quiera que la demanda reune los requisitos de ley la Sala debe aceptarla y disponer su trámite tal como se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

En la demanda se citan como violados el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 13 58, 60 y 333 de la Constitución Política de Colombia.

Solicitud de Suspensión Provisional

Referente a la petición de la medida cautelar, el actor se limita a expresar lo siguiente:

> "Con fundamento en lo ordenado por el artículo 4° de la Constitución Nacional, pido que se decrete la suspensión provisional de todas y cada una de las normas impugnadas por ser, como se ha demostrado en los acápites que anteceden manifiestamente violatorias de las disposiciones constitucionales previamente invocadas".

Consideraciones de la Sala:

Revisada la demanda, encuentra la Sala que contra el acto acusado se formulan los siguientes cargos concretos:

Se vulnera el derecho fundamental a la igualdad reconocido por el artículo 13, al permitirle a sociedades, que bajo ninguna circunstancia podrían beneficiarse con el tratamiento preferencial previsto por el artículo 60 de la Constitución Nacional, acceder a la propiedad de esa entidad financiera del Estado.

El artículo 1° que aprueba el programa de venta de las acciones del Banco Popular de propiedad de la Nación, y el numeral 1 del artículo 3° al admitir a los Fondos de Cesantías y Pensiones adquirir tales acciones en las mismas condiciones privilegiadas consagradas a favor de los trabajadores y las organizaciones solidarias, violan flagrantemente el artículo 60 de la Constitución Nacional.

El numeral 2 del artículo 3° viola manifiestamente el artículo 60 de la Carta Política "en cuanto admite la posibilidad de que personas naturales o jurídicas extranjeras puedan adquirir parcial o totalmente la participación del Estado en esta empresa financiera.

Hechas las precisiones anteriores y después de hacer una simple comparación entre las normas acusadas y los ordenamientos constitucionales respecto de los cuales se expresa concretamente el concepto de la violación, no observa la Sala a primera vista la violación flagrante, bultosa y ostensible de los artículos 13 y 60 de la Constitución Nacional, por las siguientes y sencillas razones:

Ni el artículo 13, ni el 60 de la Constitución Nacional prohiben a las personas naturales o jurídicas extranjeras, ni a las llamadas "Fondos de Cesantías y Fondos de Pensiones", el acceso a la propiedad privada ni beneficiarse del tratamiento que pueda otorgar la ley en esta materia. Al contrario, el primero de los artículo precitados dispone que "**Todas las personas** nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, **origen nacional** o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica". (Subrayas de la Sala).

Por su parte el artículo 100 del mismo estatuto establece que "Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos que conceden a los colombianos...".

Ahora, en relación con la supuesta violación del artículo 60 de la Carta Política, observa la Sala que si bien esta disposición, ordena al Estado, cuando enajena su participación en una empresa, democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecer a sus trabajadores y a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a la propiedad accionaria, ello no significa la exclusión de otras organizaciones en el programa de enajenación. El cumplimiento de las anteriores pautas habría que verificarlo mediante un estudio a fondo del acto impugnado y del Decreto 663 de 1993 "Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración", dictado con base en las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional por los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 35 de 1993. Este estatuto en los artículos 304 y siguientes faculta al Gobierno para que mediante decreto apruebe las condiciones y los procedimientos de enajenación de las acciones, o bonos de la Nación, de las entidades públicas del orden nacional o del Fondo de Garantías Institucionales Financieras, cuando estas entidades enajenen su participación en instituciones financieras o entidades aseguradoras.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. ADMITIR la demanda de nulidad instaurada por el doctor Luis Xavier Sorela, contra varios artículos del Decreto 814 de 24 de abril de 1994, expedido por el Gobierno Nacional. Para su trámite, se dispone:

a) Notifíquese a los Ministros de Gobierno, de Relaciones Exteriores, de Justicia y del Derecho, de Hacienda y Crédito Público, de Defensa Nacional, de Agricultura, de Trabajo y Seguridad Social, de Salud, de Desarrollo Económico, Minas y Energía, de Educación Nacional, del Medio Ambiente, de Comunicaciónes, de Transporte y de Comercio Exterior, en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos. Así mismo notifíquese al Presidente del Banco Popular como interesado en las resultas del proceso.

b) Notifíquese personalmente al señor Procurador Delegado ante esta Corporación.

c) El actor deberá depositar, en el término de cinco (5) días, la suma de CINCO MIL PESOS ($5.000.oo) M/cte., para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

d) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada y demás intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y pedir pruebas.

e) Por Secretaría, solicítese a la Secretaría General de los Ministerios citados en el literal a) el envío, en el término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del acto acusado.

2o. DENEGAR la suspensión provisional del acto acusado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 14 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

INDIVIDUALIZACION DEL ACTO/AUDITORIA INTERNA MUNICIPAL-Creación

El actor en el petitum de su libelo demandatorio impetró en forma genérica la nulidad de los Acuerdos 04 y 05 de 26 de mayo de 1992, expedidos por el Concejo Municipal de Castilla la Nueva, también lo es que en el acápite correspondiente al concepto de violación fue muy claro en señalar que sus censuras las hacía a dichos actos por "crear y reglamentar la Auditoría Interna" del citado municipio y las concretaba, transcribiendo su texto, al parágrafo del artículo primero del mencionado Acuerdo 04, y a los artículos del Acuerdo 05 que crean y organizan la Auditoría Interna y señalan los requisitos para ser nombrado Auditor Interno, que si bien no especificó los artículos, eran fácilmente identificables por su texto; artículo primero e inciso primero del artículo segundo. DECRETA LA NULIDAD del parágrafo del artículo primero del Acuerdo 004 de 26 de mayo de 1992 y de los artículos primero y segundo, en su inciso 1o., del Acuerdo 005 del 26 de mayo de 1992, expedidos por el Concejo Municipal de Castilla la Nueva (Meta).

CONTROL INTERNO/AUDITORIAS INTERNAS/LEGISLADOR/COMPETENCIA/CONCEJO MUNICIPAL-Incompetencia/**ACUERDO MUNICIPAL**-Vicio/**NULIDAD**-Causal/**LEY DE CONTROL INTERNO**–Expedición

De la lectura de los artículos 269 y 209 inciso 2o. de la C.P., se observa que ellos defirieron a la Ley el desarrollo de la reglamentación de las Auditorías Internas. Aparece claro entonces que el Concejo Municipal de Castilla la Nueva al disponer en el Acuerdo No. 05 de 26 de mayo de

1992 la creación y organización de la Auditoría Interna (artículo primero) y los requisitos mínimos para ser nombrado Auditor Interno (inciso 1o. del artículo segundo) y en el Acuerdo No. 04 de 26 de mayo de 1992 a quien corresponde el nombramiento de dicho funcionario (parágrafo del artículo primero), se arrogó una competencia que la Constitución Política asignó al Legislador, razón suficiente para que se disponga su nulidad, como en efecto se hará en la parte resolutiva de esta sentencia. Resta, por último, observar que el Legislador sólo vino a regular la materia con posterioridad a la expedición de los actos acusados a través de la Ley 87 de 29 de noviembre de 1993, que entró a regir en la misma fecha, consideración esta que torna más evidente la violación del artículo 269 de la Carta Política. DECRETA LA NULIDAD del parágrafo del artículo primero del Acuerdo 004 de 26 de mayo de 1992 y de los artículos primero y segundo, en su inciso 1o., del Acuerdo 005 del 26 de mayo de 1992, expedidos por el Concejo Municipal de Castilla la Nueva (Meta).

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.–

Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref.: Expediente No. 2850. Recurso de Apelación contra la sentencia del 26 de enero de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta. Actor: Departamento del Meta.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el Procurador 48 Judicial ante el Tribunal Administrativo del Meta, contra la sentencia del 26 de enero de 1994, proferida por el citado Tribunal, mediante la cual se abstuvo de fallar de fondo el proceso.

I. ANTECEDENTES

El Gobernador del Departamento del Meta, obrando en su condición de representante legal de dicha entidad territorial, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Meta, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., tendiente a que mediante sentencia se declarara la nulidad de los **Acuerdos Nos. 04 y 05 de 26 de Mayo de 1992, expedidos por el Concejo Municipal de Castilla la Nueva, los cuales modifican,** respectivamente, **los Acuerdos Nos. 06 de 30 de Noviembre de 1991 y 011 de 2 de Diciembre del mismo año, del citado Concejo.**

I.2. En apoyo de sus pretensiones adujo el actor que los Acuerdos acusados violan los artículos 269 de la Constitución Política y 93 (el actor citó el 92) numeral 2o. del C. de R. M., subrogado por el artículo 1o. de la Ley 53 de 1990.

Para sustentar los cargos de violación arguyó, en esencia, lo siguiente:

Los Acuerdos se acumulan en una sola demanda por estar íntimamente relacionados, pues son concordantes el uno con el otro.

El parágrafo del artículo primero del Acuerdo No. 04 de 1992 establece que el nombramiento del Auditor Interno corresponde al Alcalde Municipal.

El artículo primero del Acuerdo No. 05 de 1992, por su parte, crea y organiza la Auditoría Interna del municipio de Castilla La Nueva como dependencia adscrita al Despacho del Alcalde. El inciso 1o. del artículo 2o. de este Acuerdo señala como requisitos mínimos para ser nombrado Auditor Interno ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco (25) años, estudios universitarios en materias económicas, financieras y administrativas y/o tener experiencia en Administración Pública mínima de cinco (5) años comprobados. Como se ve el fin de los dos Acuerdos es crear y reglamentar la Auditoría Interna del Municipio de Castilla la Nueva.

Si se observa detenidamente el artículo 269 de la Constitución Nacional se advierte que es una norma abierta, que requiere el desarrollo legal correspondiente.

Los Acuerdos demandados son abiertamente inconstitucionales por ser al Legislador, y sólo a él, a quien el constituyente entregó la sagrada misión del desarrollo correspondiente, sin que hasta el momento haya expedido ley alguna sobre la materia. Mal hizo el Concejo Municipal de Castilla la Nueva al ocuparse de las funciones propias del Congreso y por tanto no podía legislar sobre la Auditoría interna.

I.3. A la demanda se le imprimió el trámite del proceso ordinario, el cual culminó con la expedición de la sentencia del 26 de enero de 1994, que fue oportunamente apelada por el Agente del Ministerio Público ante el Tribunal Administrativo del Meta.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para abstenerse de fallar de fondo el proceso, el *a-quo* razonó principalmente de la siguiente manera:

1-. Dado que la acción violada es la de nulidad, es de advertir que al tenor del artículo 136 del C.C.A., carece de término de caducidad y puede por ello ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

2-. El libelo no se sujetó estrictamente a lo prescrito en el artículo 137 del C.C.A., por cuanto en tratándose de la impugnación de actos administrativos complejos, como los que se estudian, se deben indicar las normas violadas y explicarse someramente el concepto de la violación.

Si se revisa detenidamente la demanda se observa que se citan como violados el artículo 269 de la Constitución Nacional y el artículo 92 numeral 2o. del Código de Régimen Municipal, subrogado por el artículo 1o. de la Ley 53 de 1990. Dicho artículo 92 nada tiene que ver con lo pretendido y además no ha sido reformado por la Ley 53 de 1990.

3-. Si se obviaran los yerros anotados y se entrara a estudiar los actos administrativos frente al artículo 269 de la Constitución Nacional, tampoco es posible hacerlo por cuanto se olvidó agregar como anexos de la demanda los Acuerdos que fueron modificados por los actos demandados, o sea: el Acuerdo No. 06 de 30 de noviembre de 1991 y el Acuerdo No. 011 de 2 de diciembre de 1991, y esto es así por cuanto el Tribunal no puede entender de manera concreta cuáles fueron los aspectos fundamentales modificados por los actos demandados.

4-. El concepto de violación es explicado genéricamente y en consecuencia el fallador de primera instancia no entiende si se está demandando al totalidad de los Acuerdos Nos. 04 y 05 del 26 de mayo de 1992, o si, por el contrario, solamente alguno de sus artículos.

En otros términos, la demanda ha sido formulada con una serie de errores e inconsistencias que no permiten al fallador dictar una sentencia de fondo sino meramente formal.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia del recurrente con el fallo apelado pueden resumirse así:

1.- No comparte la Procuraduría el planteamiento del Tribunal respecto de que la demanda no reúne los requisitos del artículo 137 del C.C.A., pues si se analiza el cuerpo integral de la demanda se encuentra que a folios 10 a 12 se determinan las normas violadas y el concepto de la violación.

En la demanda se dice:

> "... Como se ve, el fin de los dos acuerdos es crear y reglamentar la Auditoría Interna del Municipio de Castilla la Nueva".

Posteriormente en el análisis de la violación del artículo 269 de la Carta, se precisa:

> "Por ende, los acuerdos que nos vienen ocupando, son abiertamente inconstitucionales, por ser el Legislador y sólo a él a quien el Constituyente entregó la sagrada misión del desarrollo legal correspondiente..."

Igualmente el actor apoyó su análisis en una jurisprudencia del Consejo de Estado.

Lo anterior permite concluir que la demanda sí cumplió con lo preceptuado en el artículo 137 del C.C.A. y por ello está en desacuerdo con la decisión inhibitoria del Tribunal.

2.- En lo que hace referencia a no poder estudiar el Tribunal lo pedido en la demanda, por no anexarse los Acuerdos modificados, tampoco es de recibo ya que los Acuerdos demandados Nos. 04 y 05 del 26 de mayo de 1992, son suficientemente claros para el estudio y definición de si se violaron o no normas de superior jerarquía.

3.- Está claro que con los Acuerdos impugnados expedidos por el Concejo Municipal de Castilla La Nueva, se violó la Ley, pues éste usurpó las funciones que corresponden al Congreso como ente legislador, lo cual lo lleva a solicitar que se revoque el fallo apelado y se declare la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La decisión inhibitoria del *a-quo* habrá de ser revocada, y, en su lugar, habrá de decidirse sobre el fondo del asunto, por las siguientes razones:

1-. Sea lo primero advertir que los actos administrativos impugnados no son complejos, en el sentido en que lo entendió el Tribunal, ya que cada uno de ellos contiene una declaración de voluntad, que dio lugar a la expedición de actos jurídicos autónomos. En dichos Acuerdos manifestó el Concejo Municipal de Castilla La Nueva su voluntad, en lo que concierne a este proceso, de crear y organizar la Auditoría Interna de dicho municipio, determinar las calidades para ser Auditor Interno y a quien compete el nombramiento de dicho funcionario.

2-. Si bien es cierto que el actor en el *petitum* de su libelo demandatorio impetró en forma genérica la nulidad de los Acuerdos Nos. 04 y 05 de 26 de mayo de 1992, expedidos por el Concejo Municipal de Castilla la Nueva, también lo es que en el acápite correspondiente al concepto de violación fue muy claro en señalar que sus censuras las hacía a dichos actos por "crear y reglamentar la Auditoría Interna" del citado municipio y las concretaba, transcribiendo su texto, al parágrafo del artículo primero del mencionado Acuerdo No. 04, y a los artículos del Acuerdo No. 05 que crean y organizan la Auditoría Interna y señalan los requisitos para ser nombrado Auditor Interno, que si bien no especificó los artículos, eran fácilmente identificables por su texto: artículo primero e inciso primero del artículo segundo.

Igualmente fue claro el actor en invocar la violación de los artículos 269 de la Constitución Política y 93 (equivocadamente citó el 92) numeral 2o. del C. de R. M., aun cuando sólo explicó el concepto de violación del primero, conforme se detalló en el punto I de esta providencia.

Estas reflexiones ponen en evidencia que el *a-quo* no acertó en su decisión inhibitoria y por ello la Sala habrá de revocarla, y, disponer, en su lugar, sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda.

3-. Tampoco acertó el sentenciador de primer lugar en su exigencia de que para pronunciarse requería que obraran como anexos los Acuerdos modificados, por los que contienen los preceptos acusados, esto es, los Acuerdos Nos. 06 de 30 de noviembre de 1991 y 011 de 2 de diciembre de 1991, del mismo Concejo, porque si aquellos los sustituyeron o reemplazaron no ve la Sala qué incidencia podían tener para confrontarlos con la norma constitucional cuya violación se impetra si precisamente perecieron jurídicamente por virtud de ellos, o sea, los contentivos de los artículos demandados.

4-. En lo concerniente al fondo del asunto, cabe tener en cuenta lo siguiente:

El artículo 269 de la Constitución Política, cuya violación se impetra, prescribe:

> "En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas".

El inciso 2o. del artículo 209 *ibídem,* en concordancia con el antes transcrito, por su parte, preceptúa:

> "Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

De la lectura de los artículos 269 y 209, inciso 2o. de la C. P., se observa que ellos defirieron a la Ley el desarrollo de la reglamentación de las Auditorías Internas. Aparece claro entonces que el Concejo Municipal de Castilla la Nueva al disponer en el Acuerdo No. 05 de 26 de mayo de 1992 la creación y organización de la Auditoría Interna (artículo primero) y los requisitos mínimos para ser nombrado Auditor Interno (inciso 1o. del artículo segundo) y en el Acuerdo No. 04 de 26 de mayo de 1992 a quien corresponde el nombramiento de dicho funcionario (parágrafo del artículo primero), se arrogó una competencia que la Constitución Política asignó al Legislador, razón suficiente para que se disponga su nulidad, como en efecto se hará en la parte resolutiva de esta sentencia.

Resta, por último, observar que el Legislador sólo vino a regular la materia con posterioridad a la expedición de los actos acusados a través de la Ley 87 de 29 de noviembre de 1993, que entró a regir en la misma fecha, consideración esta que torna más evidente la violación del artículo 269 de la Carta Política.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia inhibitoria apelada, y, en su lugar, se dispone:

DECRETASE la nulidad del parágrafo del artículo primero del Acuerdo No. 004 de 26 de mayo de 1992 y de los artículos primero y segundo, en su inciso 1o., del Acuerdo No. 005 del 26 de mayo de 1992, expedidos por el Concejo Municipal de Castilla La Nueva (Meta).

3o): Dése cumplimiento a esta sentencia en la forma prevista en el artículo 176 del C.C.A.

Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 27 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

BIEN DE USO PUBLICO/VIAS PUBLICAS/VENTAS INFORMALES/JUNTA ASESORA Y DE VIGILANCIA-Facultades/**SUSPENSION PROVISIONAL**-Improcedencia

Del contenido de las normas acusadas no se deduce que la voluntad del Concejo Municipal de Neiva hubiera sido la de afectar el destino de los bienes de uso público con la actividad de las ventas informales, sino que, por el contrario, en ellas se preven una serie de prohibiciones y restricciones para dicha actividad en las vías públicas, vías peatonales y dentro del perímetro del Parque Santander. Si bien es cierto los artículos 20 y 21 inciso 1o. acusados admiten la posibilidad de que la actividad se pueda realizar en vías públicas que según el criterio de la Junta Asesora y de Vigilancia del Comercio Informal no tengan características urbanísticas o en vías peatonales que reglamente dicho organismo, ello por sí solo no conduce a la transgresión del artículo 6o. de la Ley 9a. de 1989, ya que de tales previsiones no se colige que estén disponiendo la variación del destino de los bienes de uso público, ni que estos así como las vías públicas hayan sido encerrados en forma tal que priven a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito. DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de los artículos 7o. y 32 del Acuerdo No. 012 de 1989, emanado del Concejo Municipal de Neiva, con base en lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

ACUERDO MUNICIPAL-Vigencia/**PUBLICACION/ACTO GENERAL**-Vigencia

En tratándose de un Acuerdo expedido por un Concejo Municipal, su publicación es un presupuesto *sine qua non* para que entre a regir. De

tal manera que disponer que puede producir efectos sin el cumplimiento de este requisito constituye una transgresión evidente de las disposiciones contenidas en los artículos 1o. de la Ley 57 de 1985 y 115 y 116 del Decreto Ley 1333 de 1986, que regulan este aspecto extrínseco del acto general como premisa para su vigencia. DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de los artículos 7o. y 32 del Acuerdo No. 012 de 1989, emanado del Concejo Municipal de Neiva, con base en lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

VENTAS ESTACIONARIAS/VENTAS AMBULANTES/LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO/ALCALDE-Facultades**/SUSPENSION PROVISIONAL/ VENDEDOR AMBULANTE**

Consultando el texto del Acuerdo impugnado en lo pertinente, observa la Sala que el artículo 1o. impone a los vendedores estacionarios y casetas o kioskos la obligación de realizar las ventas de sus mercancías en el sitio y horario determinado por la Alcaldía Mayor de Neiva. Ello, en principio, permite afirmar que guarda armonía con el artículo 424 del Código de Policía del Huila. El artículo 7o. del Acuerdo acusado contraría ostensiblemente el artículo 437 de dicho Código, dado que esta norma es clara en señalar que para el funcionamiento de ventas ambulantes y estacionarias se requiere licencia otorgada por el Alcalde Municipal, en tanto que aquel prescribe que la licencia que deberá obtener la persona que pretenda ejercer la actividad de comercio informal será expedida por la Secretaría de Gobierno. Por esta razón es procedente acceder a la medida precautoria impetrada respecto de este artículo. DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de los artículos 7o. y 32 del Acuerdo No. 12 de 1989, emanado del Concejo Municipal de Neiva, con base en lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref.: Expediente No. 2973. Recurso de Apelación contra el auto de 14 de enero de 1994, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila. Actor: Municipio de Neiva.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del Municipio de Neiva contra el auto de 14 de enero de 1994, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, en cuanto en su punto 5o. denegó la suspensión provisional de los efectos del **Acuerdo No. 012 de 1989 "Por el cual se dictan disposiciones sobre el Comercio Informal en los Espacios Públicos", expedido por el Concejo Municipal de dicha ciudad.**

I-. ANTECEDENTES

I.1-. El Municipio de Neiva, a través de apoderado 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 citado Acuerdo.

I.2-. Como fundamento de la solicitud de la medida precautoria adujo la transgresión de los artículos 424, 425, 433 y 437 del Código de Policía del Huila, expresando al efecto, en esencia, lo siguiente:

1o): Al expedirse el Acuerdo acusado se desconocieron los artículos 424, 425, 433 y 437 del Código de Policía del Huila que señalan como atribuciones del Alcalde lo regulado en aquél, en concordancia con los parámetros y lineamientos expuestos en el artículo 9o. del Código Nacional de Policía y demás normas complementarias.

2o): Además de lo anterior, el Concejo de Neiva pretendiendo establecer un reglamento de policía local, afectó el destino de bienes de uso público, transgrediendo especialmente el artículo 6o. de la Ley 9a. de 1989, el cual establece que esta es atribución del Concejo por iniciativa del Alcalde, pero sólo es viable "siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes" y que cuando se trate de vías públicas estas no podrán ser encerradas en forma tal que se prive a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito. Esto no fue tenido en cuenta por los artículos 3o., en concordancia con los artículos 5o. literal a., 20 y 21 inciso 1o. y parágrafo 2o., del acto acusado.

3o): Con el artículo 31 del acto acusado se pretenden derogar disposiciones que tienen categoría o rango superior a los Acuerdos, como son los Decretos Extraordinarios Departamentales con fuerza ordenanzal y normas nacionales.

4o): El artículo 32*ibídem* desconoce el requisito de la publicidad que deben cumplir todos los actos generales, conforme a los artículos 1o. de la Ley 57 de 1985, 115 y 116 del Decreto Ley 1333 de 1986 y 43 del Decreto Ley 01 de 1984.

I-. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Para denegar la medida precautoria el *a-quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

1o): Según el actor, el Acuerdo acusado viola los artículos 424, 425, 433 y 437 del Código de Policía del Huila, en concordancia con el artículo 9o. del Decreto 1355 de 1970.

Confrontando estas disposiciones con los artículos 3o., 5o., literal a., 20 y 21 inciso 1o. y parágrafo 2o., encuentra la Sala que por la sola creación de la Junta Asesora y de Vigilancia del Comercio Informal (artículo 3o.), no se contravienen aquellos en forma ostensible y manifiesta como lo exige el artículo 152 del C.C.A.

Tampoco al establecerse una de las funciones de dicha Junta (artículo 5o. literal a) resulta la violación manifiesta de las disposiciones citadas.

Los artículos 20 y 21 inciso 1o. y parágrafo 2o., que hacen referencia a la zona restringida para el comercio informal y la condición de que tengan licencia de funcionamiento, no contrarían las anteriores disposiciones en forma directa como lo exige la figura de la suspensión provisional, puesto que dicha Junta no se está arrogando la facultad de expedir licencias, que es competencia del señor Alcalde Mayor de Neiva (artículo 433), ya que su función es sólo la de asesorar y vigilar que el comercio informal se acoja a las características urbanísticas de la ciudad.

En cuanto a la violación del artículo 9o. del Decreto 1355 de 1970, la temática que esta norma regula no tiene relación directa con la situación que se analiza.

2o): El artículo 31 del Acuerdo acusado que establece que se derogan todas las disposiciones que le sean contrarias, impone un análisis de fondo para determinar si existe o no la violación directa, mas cuando no se relacionan o enuncian disposiciones diferentes a las que han sido materia de estudio.

3o): En cuanto a la violación de los artículos 1o. de la Ley 57 de 1985 y 115 y 116 del Decreto Ley 1333 de 1986, el actor no aportó la prueba de no haberse dado cumplimiento a la publicación del acto impugnado y no se puede, por la vía de la suspensión provisional, decidir sobre su ineficacia.

II-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Los motivos de discrepancia del recurrente con el auto apelado, pueden sintetizarse así:

1o): El Código Nacional de Policía prevé en su artículo 9o. que cuando las disposiciones de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales sobre policía necesiten alguna precisión para su aplicación, los Gobernadores y Alcaldes podrán dictar reglamentos.

El Código de Policía del Huila en el capítulo VII, acápite "VENTAS AMBULANTES Y ESTACIONARIAS", en sus artículos 423 a 446, reglamentó para el Departamento todo lo relacionado con el comercio informal, es decir, las ventas ambulantes y estacionarias. Conforme al artículo 9o. citado, serían los Gobernadores o los Alcaldes quienes podrían entrar a reglamentar o precisar lo ya reglamentado por el Código de Policía del Huila.

El artículo 457 del Código de Policía del Huila prevé que los Alcaldes Municipales dictarán reglamentos sobre policía, de conformidad con el artículo 9o. del Decreto Ley 1355 de 1970.

2o): El Concejo Municipal de Neiva se arrogó atribuciones del Alcalde en los artículos 1o., al hacer una reclasificación de los vendedores del comercio informal

diferente a la del artículo 423 del Código de Policía del Huila. Con la pretendida "Junta Asesora y de Vigilancia del Comercio Informal", a la que le da como objeto principal el de "trazar a nivel del Municipio de Neiva las políticas sobre las ventas ambulantes" se le quitó la atribución legal al Alcalde de Neiva sobre el particular, que no es otra cosa que todo lo indicado en los artículos 424 a 4436 de dicho Código de Policía.

En los artículos 7o., 12 y 15, entre otros, se arrebataron las potestades del Alcalde contenidas en los artículos 424, 425, 432, 433, 436, 438 a 440 y 442 a 444 del Código de Policía del Huila.

El Acuerdo elimina el requisito de la patente de funcionamiento que establece el artículo 436 y siguientes del citado Código de Policía.

Los artículos 9o. y 18 señalan excepciones a la regla general que prohíbe la transferencia de licencias o cesiones de puestos establecida en el artículo 437 del Código de Policía del Huila.

El artículo 20 del acto acusado le otorga a la Junta Asesora de Comercio Informal las facultades de determinar zonas restringidas para ciertas clases de vendedores o determinados tipos de ventas en las vías públicas, además de lo indicado en los artículos 5o. literal a. y 21, lo cual transgrede el artículo 6o. de la Ley 9a. de 1989.

3o): Al decir el acto demandado en el artículo 32 que el Acuerdo comienza a regir a partir de su sanción, vulnera el principio de publicidad que prevé el ordenamiento jurídico para los actos administrativos de carácter general (artículos 1o. de la Ley 57 de 1985, 115 y 116 del Decreto Ley 1333 de 1986 y 43 del Decreto Ley 01 de 1984). El Acuerdo no se publicó porque el mismo así lo determina y ordena.

III-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Cabe advertir en primer lugar que en el escrito contentivo del recurso, el actor modifica la solicitud de la medida precautoria, como quiera que hace precisión de algunas normas del Acuerdo acusado que en aquella no habían sido especificadas o concretadas, así como amplía el alcance del concepto de la violación de otras disposiciones que en tal solicitud no fueron indicadas como transgredidas.

Como el recurso de apelación no constituye una nueva oportunidad procesal para ampliar o extender el concepto de la violación que se expresó al solicitar la medida cautelar, sino una instancia para que el superior revise la actuación del inferior frente a una petición concreta que se le formuló, atendiendo también los argumentos concretos de inconformidad del recurrente, debe circunscribirse la Sala a estos últimos aspectos.

En este orden de ideas, se considera:

1-. El actor indicó en la solicitud de suspensión provisional como vulnerados por el acto acusado los artículos 424, 425, 433 y 437 del Código de Policía del Huila, en concordancia con el artículo 9o. del Código Nacional de Policía.

El artículo 424 del citado Código se refiere a que la ubicación, distribución, número de puestos, clase de productos a expender y zonas donde podrán establecerse las ventas estacionarias, serán determinados por el Alcalde Municipal o quien haga sus veces.

El artículo 425 *ibídem* prevé que las dimensiones o características de los muebles o vitrinas a utilizar por los vendedores estacionarios, serán determinados por el Alcalde Municipal o quien haga sus veces, sin perjudicar el normal tránsito de vehículos y peatones.

El artículo 433 *ibídem* estatuye que para el funcionamiento de ventas ambulantes y estacionarias se requiere licencia otorgada por el Alcalde Municipal o quien haga sus veces.

El artículo 437 *ibídem* expresa que la patente de funcionamiento será intransferible y su titular deberá portarla o colocarla en lugar visible del mueble o vitrina.

El artículo 9o. del Código Nacional de Policía precisa que cuando las disposiciones de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales sobre policía necesiten alguna precisión para su aplicación, los Gobernadores y Alcaldes podrán dictar reglamentos con ese solo fin.

El actor se limita a indicar genéricamente que el Acuerdo acusado desconoció las normas antes reseñadas que determinan las atribuciones del Alcalde Mayor de Neiva.

Consultando el texto del Acuerdo impugnado en lo pertinente, observa la Sala que el artículo 1o. impone a los vendedores estacionarios y de casetas o kioskos la obligación de realizar las ventas de sus mercancías en el sitio y horario determinado por la Alcaldía Mayor de Neiva. Ello, en principio, permite afirmar que guarda armonía con el artículo 424 del Código de Policía del Huila.

Encuentra la Sala que el artículo 7o. del Acuerdo acusado contraría ostensiblemente el artículo 437 de dicho Código, dado que esta norma es clara en señalar que para el funcionamiento de ventas ambulantes y estacionarias se requiere licencia otorgada por el Alcalde Municipal, en tanto que aquel prescribe que la licencia que deberá obtener la persona que pretenda ejercer la actividad de comercio informal, será expedida por la Secretaría de Gobierno. Por esta razón es procedente acceder a la medida precautoria impetrada respecto de este artículo.

2-. En lo concerniente a la censura que se hace a los artículos 3o., 5o. literal a, 20 y 21 inciso 1o. y parágrafo 2o. del Acuerdo acusado, de ser violatorios del artículo 6o. de la Ley 9a. de 1989, se observa lo siguiente:

Por el artículo 3o. se crea la Junta Asesora y de Vigilancia del Comercio Informal con el objetivo principal de trazar a nivel del Municipio de Neiva las políticas sobre ventas ambulantes y estacionarias.

El artículo 5o. literal a. *ibídem,* le señala a dicha Junta la función de presentar un plan general sobre el ordenamiento de ventas ambulantes y estacionarias.

El artículo 20 *ibídem* precisa que se tendrán como zonas restringidas para ciertas clases de vendedores o para determinados tipos de ventas, aquellas vías públicas que en virtud de características urbanísticas determine la Junta Asesora y de Vigilancia del Comercio Informal.

El artículo 21 inciso 1o. ibídem prohíbe el otorgamiento de licencia de funcionamiento y la ubicación de toda clase de ventas informales en las vías peatonales, con excepción de las que reglamente la Junta Asesora y de Vigilancia del Comercio Informal, y dentro del perímetro del Parque Santander.

El Parágrafo 2o. de este artículo prohíbe la instalación de las ventas informales sobre las esquinas y prevé que las ventas más cercanas deberán estar a una distancia de tres metros.

El artículo 6o. de la Ley 9a. de 1989, es del siguiente tenor:

> "El destino de los bienes de uso público incluidos en el Espacio Público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los Concejos, Juntas Metropolitanas o por el Consejo Intendencial, por iniciativa del Alcalde o Intendente de San Andrés y Providencia, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes.
>
> El retiro del servicio de las vías públicas continuará rigiéndose por las disposiciones vigentes.
>
> Los parques y zonas verdes que tengan el carácter de bienes de uso público, así como las vías públicas, no podrán ser encerrados en forma tal que priven a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito".

Según el actor las normas antes señaladas quebrantan la disposición transcrita porque afectan el destino de los bienes de uso público.

No aprecia la Sala *prima facie* la aludida transgresión ya que del contenido de las normas acusadas no se deduce que la voluntad del Concejo Municipal de Neiva hubiera sido la de afectar el destino de los bienes de uso públco con la actividad de las ventas informales, sino que, por el contrario, en ellas se preven una serie de prohibiciones y restricciones para dicha actividad en las vías públicas, vías peatonales y dentro del perímetro del Parque Santander.

Si bien es cierto los artículos 20 y 21 inciso 1o. acusados, admiten la posibilidad de que la actividad se pueda realizar en vías públicas que según el criterio de la Junta Asesora y de Vigilancia del Comercio Informal no tengan características urbanísticas o en vías peatonales que reglamente dicho organismo, ello por sí solo no conduce a la transgresión del artículo 6o. de la Ley 9a. de 1989, ya que de tales previsiones no se colige que estén disponiendo la variación del destino de los bienes de uso público, ni que estos así como las vías públicas hayan sido encerrados en forma tal que priven a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito.

3-. En lo atinente a la censura que se hace al artículo 32 del Acuerdo acusado que señaló: "El presente Acuerdo comienza a regir a partir de su sanción", estima la Sala que es viable acceder a la suspensión provisional de sus efectos ya que en tratándose de un Acuerdo expedido por un Concejo Municipal, su publicación es un presupuesto *sine qua non* para que entre a regir. De tal manera que disponer que puede producir efectos sin el cumplimiento de este requisito constituye una transgresión evidente de las disposiciones contenidas en los artículos 1o. de la Ley 57 de 1985 y 115 y 116 del Decreto Ley 1333 de 1986, que regulan este aspecto extrínseco del acto general como premisa para su vigencia.

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

RESUELVE:

REVOCASE el proveído de 14 de enero de 1994, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, en cuanto en su punto 5o. denegó la suspensión provisional solicitada, y, en su lugar, se dispone:

1o): DECRETASE la suspensión provisional de los efectos de los artículos 7o. y 32 del Acuerdo No. 012 de 1989, emanado del Concejo Municipal de Neiva, con base en lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

2o): CONFIRMASE el citado proveído en cuanto denegó la medida precautoria en relación con las demás normas acusadas.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 27 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

FALLO DE TUTELA-Efectos/CADUCIDAD/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

El artículo 8o. del Decreto 2591 de 1991 sólo gobierna el evento de los efectos de la favorabilidad del fallo de tutela, pues la institución de la caducidad no puede estar condicionada o supeditada a dicha favorabilidad, habida cuenta que, de una parte, las acciones judiciales se pueden ejercer independientemente de que se haya utilizado o no tal acción constitucional, y, de otra parte, es potestativo accionar o no, en tanto que del contenido de la norma en comento se deduce la consagración de un imperativo en lo que respecta a los efectos favorables del fallo. Tampoco puede creerse que el artículo en mención suspende o interrumpe el término de caducidad de que trata el artículo 136 del C.C.A., dado que la suspensión o interrupción sólo procede por expreso mandato legal, y, la caducidad por ser de orden público corre ininterrumpidamente, inexorablemente, es decir, que ni aun la fuerza mayor o el caso fortuito pueden afectarla.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2778. Recurso de Apelación contra el auto de 6 de mayo de 1994, proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda. Actor: ALBERTO ZULETA MARULANDA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del actor contra el proveído de la referencia, por el cual el Tribunal Administrativo de Risaralda inadmitió la demanda.

I-. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Para inadmitir la demanda consideró el *a-quo*, en síntesis, lo siguiente:

1-. Por medio de auto de 18 de abril de 1994, se dispuso que la actora, además de demandar la Resolución No. 2094 de 17 de noviembre de 1992, debía impugnar las decisiones que la modificaron o confirmaron, de acuerdo con el artículo 138 del C.C.A., y que conforme al artículo 139 *ibídem*, debería acompañar copia de los actos acusados con la constancia de su publicación, notificación o ejecución.

2-. Revisados los actos administrativos remitidos con la corrección de la demanda, se observa que se cumplió parcialmente lo ordenado ya que si bien es cierto la Resolución No. 008 de 1993, tiene la constancia de notificación, no puede predicarse lo mismo de la Resolución No. 0096 de 12 de febrero de 1993, suscrita por el Gobernador del Departamento. A este acto la parte actora acompañó fotocopia simple de un auto expedido por la Secretaría de Gobierno en el cual se señala fecha y hora para la restitución del bien inmueble, que no equivale a la notificación de la citada Resolución, por lo cual se inadmitirá la demanda. Y si se aceptara, en gracia de discusión, que la referida fotocopia es la que notifica el acto administrativo del Gobernador, tampoco podría admitirse la demanda por caducidad de la acción.

II-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La recurrente finca su inconformidad a través de los siguientes argumentos, los cuales pueden resumirse así:

1-. La Resolución No. 0096 de 12 de febrero de 1993, proferida por el Gobernador de Risaralda, es un acto de cúmplase que no fue notificado personalmente al demandante sino que ordenó la ejecución como consta en la copia simple que le fuera entregada a aquél.

2-. En cuanto a la caducidad, cabe tener en cuenta que el demandante presentó acción de tutela que le fue resuelta favorablemente por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira mediante providencia aportada a este proceso. Esta decisión concedió un término de cuatro meses contados a partir de la misma, esto es, del 30 de junio de 1993, para ejercer la acción administrativa correspondiente, lo cual indica que la presentación de la demanda se hizo en tiempo.

III-. LA DECISION

Para resolver se considera:

Del texto de la Resolución No. 0096 de 12 de febrero de 1993, expedida por el Gobernador del Departamento de Risaralda, por la cual se confirmó la Resolución No. 2049 de 17 de noviembre de 1992 del Alcalde Municipal de Pereira, que ordenó al

demandante la restitución del inmueble ubicado en la carrera 7a. No. 43-27, se infiere claramente que no fue notificada a éste, como quiera que expresamente se dio la orden de CUMPLASE, en virtud de la cual se fijó día y hora para la diligencia. Esta circunstancia abre paso a la notificación por conducta concluyente para efectos de establecer el término para el ejercicio de la acción.

De los documentos que obran en el expediente se colige que el actor tuvo conocimiento de dicha Resolución el 1o. de junio de 1993, en que instauró la acción de tutela ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Pereira (folio 8 cuaderno principal).

Para la recurrente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada el 29 de octubre de 1993 lo fue en tiempo, ya que el término para su ejercicio debe contarse a partir del fallo del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira que le tuteló el derecho, esto es, a partir del 30 de junio de 1993.

Sobre el particular, se remite la Sala a lo ya expresado en providencia de 8 de octubre de 1992, expediente No. 2139, en el sentido de que el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1991, que consagra el ejercicio de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, regula los efectos favorables del fallo de tutela en dos hipótesis, a saber: si se ejerció la acción pertinente antes de la tutela, los efectos favorables de esta se prolongan en el tiempo mientras dure el proceso que se instauró; y si se ejerció la acción de tutela, como en este caso, cuando no se había iniciado el proceso judicial respectivo, al cabo de cuatro meses contados a partir del fallo, cesan los efectos favorables del mismo.

Pero no puede entenderse, como lo hace la recurrente, que el fallo esté concediendo un plazo adicional de caducidad, ya que, como se dijo anteriormente, el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1991 sólo gobierna el evento de los efectos de la favorabilidad del fallo de tutela pues la institución de la caducidad no puede estar condicionada o supeditada a dicha favorabilidad, habida cuenta que, de una parte, las acciones judiciales se pueden ejercer independientemente de que se haya utilizado o no tal acción constitucional, y, de otra parte, es potestativo accionar o no, en tanto que del contenido de la norma en comento se deduce la consagración de un imperativo en lo que respecta a los efectos favorables del fallo.

Tampoco puede creerse que el artículo en mención suspende o interrumpe el término de caducidad de que trata el artículo 136 del C.C.A., dado que la suspensión o interrupción sólo procede por expreso mandato legal, y, la caducidad por ser de orden público corre ininterrumpidamente, inexorablemente, es decir, que ni aún la fuerza mayor o el caso fortuito pueden afectarla.

La Sala Plena de esta Corporación en providencia de **24 de enero de 1992, con ponencia del Consejero doctor Joaquín Barreto Ruiz**, al estudiar la disposición contenida en el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1991, hizo hincapié en que con él no se está creando un nuevo plazo de caducidad, sino restringiendo el lapso de cuatro

meses el que fuere superior, obviamente en lo que atañe a los efectos favorables del fallo de tutela. Ello quiere decir, que si por ejemplo, para el ejercicio de una acción contenciosa se dispone un término de dos años, y si previamente se hizo uso de la acción de tutela, como mecanismo transitorio, no tiene razón de ser que los efectos favorables del fallo se prolonguen en lo que resta del término para el ejercicio de la acción, sino que únicamente cobijan hasta un lapso máximo de cuatro meses, precisamente para no desnaturalizar la transitoriedad del mecanismo utilizado y la prontitud e inmediatez con que se debe actuar para la protección de los derechos tutelables.

Teniendo en cuenta que el actor se dio por notificado por conducta concluyente de la Resolución por la cual se agotó la vía gubernativa, el 1o. de junio de 1993, y que la demanda se instauró el 29 de octubre del mismo año, forzoso es concluir que había operado el fenómeno de la caducidad que impide la admisión de la demanda.

Por los anteriores razonamientos habrá de confirmarse la providencia apelada.

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

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto de 6 de mayo de 1994.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 27 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

TELECOM-Reestructuración/**NORMA CONSTITUCIONAL TRANSITORIA/ MODERNIZACION DEL ESTADO/PLANTA DE PERSONAL/SUPRESION DE CARGOS/GOBIERNO NACIONAL-**Funciones

No es válido predicar la violación del artículo 125 de la Carta Política, puesto que teniendo los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con apoyo de su artículo transitorio 20 la misma fuerza o entidad normativa que la ley, la supresión de cargos o empleos como consecuencia de la reestructuración, fusión o supresión en ellos establecidos constituye una causal de retiro que difiere a la ley dicha norma constitucional, y que bien podía el Gobierno Nacional consagrar disposiciones diferentes de las previstas en otras normas de igual jerarquía y con incidencia en aspectos regulados en consecuencias colectivas de trabajo, sin perjuicio de los derechos consagrados en ellas en favor de los trabajadores.

TELECOM-Cambio de Naturaleza Jurídica/**PRIVATIZACION DE LAS TELECOMUNICACIONES/SERVICIOS PUBLICOS-**Prestación/**INTERVENCION DEL ESTADO**

En lo relativo a los cargos que se plantean en contra del artículo 2o. del Decreto 2123 de 1992, con base en que sus mandatos no están en consonancia y desconocen los artículos 75 y 101 inciso cuarto del ordenamiento constitucional puesto que conllevan la privatizacion de las telecomunicaciones y la violación de la soberanía nacional al consagrarse en ellos que en cumplimiento del objeto TELECOM puede celebrar diferentes tipos de acuerdos, convenios y contratos con personas o entidades nacionales, internacionales o extranjeras para la prestación

de los servicios públicos de telecomunicaciones, la Sala considera que tampoco tiene vocación de prosperidad, pues, de una parte, sus fundamentos no pasan de ser meras apreciaciones subjetivas de los demandantes, y, de otra, se hace notar que el artículo 365 de la Carta Política es perfectamente claro al señalar que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o particulares, debiendo mantener, en todo caso, la regulación, control y vigilancia de dichos servicios.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS-Reestructuración/**ESTABLECIMIENTO PUBLICO**-Administración/**JUNTA DIRECTIVA**-Funciones/**EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO**-Administración-**CONSEJO DIRECTIVO**-Funciones/**ESTATUTOS/PLANTA DE PERSONAL/SUPRESION DE CARGOS**

En reiterados pronunciamientos esta Corporación 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 adopten sus estatutos internos y adecuen la estructura interna y la planta de personal a las decisiones tomadas en virtud de la reestructuración, fusión o supresión de las mismas, no puede considerarse como una prórroga o ampliación de la facultad legislativa excepcional transitoria de la que la Carta Política revistió al Gobierno Nacional en su artículo transitorio 20, ya que dichas funciones son de carácter administrativo que dichos entes tienen en forma permanente (artículos 26 literal 6) 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.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Ref.: Expedientes acumulados Nos. 2370 y 2401. Actores: Alirio Uribe Muñoz y Carlos Julio Vargas Velandia.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver las demandas que han dado lugar a los procesos de la referencia y que han sido acumulados, instauradas en ejercicio de la acción pública de nulidad que consagra el artículo 84 del C.C.A. por los ciudadanos Alirio Uribe Muñoz (expediente No. 2370) y Carlos Julio Vargas Velandia (expediente No. 2401), tendientes a obtener la

declaratoria de nulidad, total y/o parcial, del Decreto 2123 de 29 de diciembre de 1992, "Por el cual se reestructura la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM", expedido por al 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 los cargos formulados por los demandantes en contra del decreto cuya declaratoria de nulidad solicitan:

1o.- Expediente No. 2370

Primer cargo.- Los artículos 1o., 2o. numerales 3 y 4, 5o. 9o. y 10o. del decreto acusado incurren en violación de los artículos 1o., 2o., 333, 334, 365 y 366 de la Constitución Política, pues la materialización de los principios que en ellos se consagran en la medida en que, siendo las telecomunicaciones "... un servicio público, los servicios básicos, deben ser prestados directamente por el Estado, las empresas públicas estatales deben continuar habilitadas por la ley y no por contratos o concesiones, se debe promover la participación de usuarios y consumidores, la red nacional es propiedad del Estado y no debe existir duplicidad de redes, se debe garantizar la extensión de las redes de telecomunicaciones para alcanzar todo el territorio nacional, aumentar la capacidad actual para obtener una mayor densidad telefónica con calidad y grado de servicios óptimos ... (...) ... las tarifas deben mantenerse ajustadas a las condiciones socioeconómicas de la población colombiana... (...)... y un `contrato de gestión´ es un instrumento muy débil para el efecto. Y es indiscutible que la gestión privada está íntimamente asociada con el interés de lucro...".

Segundo cargo.- Los artículos 1o. y 5o. del Decreto 2123 de 1992 incurren en transgresión de los artículos 113, 150-7, 210, 237-3 y transitorio 20 de la Carta Política, por las siguientes razones:

a) El cambio de naturaleza jurídica de TELECOM implica la creación en la estructura del Estado de una nueva empresa industrial y comercial, para lo cual sólo el Congreso de la República tiene atribuida competencia. Además debe tenerse en cuenta que la ley tampoco autorizó la constitución y organización de dicha empresa.

b) El decreto acusado se expidió sin oír la evaluación y recomendaciones de la comisión de expertos de que habla el artículo transitorio 20, desconociendo de esta manera lo señalado por los miembros del Consejo de Estado que hicieron parte de ella, en el sentido de que con base en las facultades otorgadas al Gobierno por dicha norma no era posible cambiar la naturaleza jurídica de TELECOM, de establecimiento público a empresa industrial y comercial.

Tercer cargo.- Los actos acusados en especial el artículo 2o., desconocen los mandatos de los artículos 2o., 4o., 8o., 9o., 13, 75, 98-5, 101, 209 y transitorio 20 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

a) "... al facilitar la prestación de los servicios por agentes privados tanto nacionales como extranjeras (sic) que buscan solamente lucrarse de la prestación del servicio público de las telecomunicaciones, terminarán por no prestar los servicios no rentables como la telefonía rural en detrimento de los sectores marginados y más pobres del país promoviendo un crecimiento y desarrollo desigual, cuando por mandato constitucional lo que debe promover es la igualdad".

b) Los actos acusados no están en consonancia con el artículo 75 de la Constitución, pues mientras que en él se determina que para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético, dichos actos "... lo que hacen es privatizar las TELECOMUNICACIONES mediante las habilitaciones, contratos, la utilización de la red de telecomunicaciones del Estado por parte de particulares con los contratos de asociación y concesiones (sic) a particulares nacionales o extranjeros...".

Además, conforme a la citada disposición constitucional, la competencia para dictar normas tendientes a evitar dichas prácticas monopolísticas es exclusiva del Congreso, por lo cual el Gobierno excedió el marco de las facultades a él conferidas por el artículo transitorio 20.

c) "Las telecomunicaciones involucran una serie de servicios, clasificados como los básicos (portadores y teleservicios), de difusión, los telemáticos y de valor agregado, auxiliares de ayuda y especiales (decreto 1900/90).

"La obtención de recursos para el crecimiento del sector de las telecomunicaciones no debe comprometer la soberanía nacional y la independencia nacional, la transferencia de tecnología y la libertad para seleccionar la más adecuada, quedaría limitada si se entrega la operación de la red a un empresario privado nacional o extranjero, es necesario garantizar autonomía en el manejo de la interconexión internacional.

"El argumento de que el Estado no dispone de los recursos para el desarrollo de las telecomunicaciones, es falso. Nunca el sector de telecomunicaciones ha recibido $1 del Estado, al contrario, ha hecho transferencias a este por millones de dólares.

"Sobra advertir que lo único predecible en tal entorno serán nuevas y mayores presiones de empresas -no necesariamente de telecomunicaciones- que aspiran a la prestación de servicios básicos de telefonía internacional.

"Negar la existencia de la empresa estatal, con su capacidad instalada, experiencia, patrimonio nacional, y la capacidad de su personal que hoy incursiona en la investigación científica con éxito es inconstitucional. Desconocer la eficiencia de TELECOM, E.T.B., EE.PP.MM. es sinónimo de incapacidad de análisis de datos económicos reconocidos por organizaciones externas a nuestro país. Por esta razón NO ES DIGNO dejar en monopolio transnacional servicios tan importantes que puedan reportar jugosas ganancias para el Estado.

"Las telecomunicaciones además de ser un sector estratégico para la seguridad nacional, es uno de los sectores más rentables de la economía mundial, factor de desarrollo por excelencia y una importante oportunidad para producir una real transferencia tecnológica".

d) El decreto acusado, lejos de garantizar la igualdad en el uso del espectro electromagnético, "... promueve una competencia en perjuicio de TELECOM que desnaturaliza el servicio público de las telecomunicaciones y traslada ese servicio fundamental para el desarrollo del país a los inversionistas Nacionales y Extranjeros (Multinacionales) inspirados en el ánimo de lucro que es contrario a los intereses del país".

e) Los actos acusados, en especial el artículo 2o. del Decreto 2123 de 1992 desconocen los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, propios de la función administrativa, pues si la finalidad de la reestructuración era poner a TELECOM en consonancia con ellos, dichos actos "... contribuyen a romper el monopolio de las comunicaciones en cabeza del Estado y ... (...) ... es necesaria una ley de gestión en los términos propuestos por los trabajadores y como consta en los acuerdos suscritos con el Gobierno Nacional".

De otra parte, "No debe autorizarse la implantación de redes paralelas de telecomunicaciones a las ya existentes, pues las nuevas tecnologías apuntan hacia una red única...", que permita una mejor utilización de los recursos humanos, técnicos y económicos.

Cuarto cargo.- El artículo 9o. del decreto acusado infringe los artículos 4o. y transitorio 20 de la Constitución, por cuanto, desconociendo el término de 18 meses previsto en el último de ellos, el Gobierno prorrogó en 3 meses más las atribuciones que le fueron conferidas y "... dejó vencer los términos para reestructurar a TELECOM y finalmente no solo amplió el término sino que delegó su función constitucional en la Junta Directiva de TELECOM y en otras autoridades revistiéndolas de facultades para adoptar estatutos internos y otras atribuciones no precisadas para la organización y funcionamiento de la entidad".

Quinto cargo.- El artículo 10o. del Decreto 2123 de 1992 quebranta los artículos 4o. y 20 de la Constitución Política, pues mediante dicho acto "... el Gobierno Nacional autorizó a la Junta Directiva para modificar la Estructura Interna, la planta de personal, la autorizó para crear cargos o suprimirlos o fusionarlos siendo todo esto contrario a los preceptos constitucionales referidos...".

Además, en virtud de las taxativas facultades otorgadas al Gobierno Nacional, no se pueden suprimir cargos o dependencias ni establecer planes de retiro, pues ellas no le fueron dadas al Gobierno en forma explícita.

2o. Expediente No. 2401

Primer cargo.- Violación del artículo transitorio 20 de la Carta Política, toda vez que dentro de las facultades conferidas al Gobierno Nacional por dicha norma no se

encuentra la de crear un nuevo ente ni la de cambiar la naturaleza jurídica de organismos del Estado, como TELECOM. Además, para la expedición del decreto acusado se desconocieron las evaluaciones y recomendaciones formuladas por los miembros del Consejo de Estado que participaron en la Comisión de expertos, y de que dan cuenta los memorandos de fechas 19 y 23 de diciembre de 1992.

Segundo cargo.- El artículo 1o. del decreto demandado transgrede el artículo 150-7 de la Constitución Política, pues al crearse una nueva entidad, con naturaleza jurídica diferente a la originaria, se ejercieron facultades radicadas exclusivamente en el Congreso.

Tercer cargo.-Los artículos 5o., 7o., 9o. transitorio y 10 del decreto acusado, son violatorios de los artículos 1o., 2o., 25, 53, 58, 124 y 125 de la Carta Política, pues desconocen el derecho al trabajo, a los derechos adquiridos por los trabajadores de TELECOM en las convenciones colectivas vigentes y modifican su régimen legal y disciplinario.

Cuarto cargo.- El Decreto 2123 de 1992 desconoce los artículos 75 y 101-4 de la Constitución Política, pues regula materias reservadas a la exclusiva competencia del legislador, a quien le corresponde normar sobre el uso, gestión y control del espectro electromagnético. Además, "... lo que pretende el Gobierno Nacional es privatizar las telecomunicaciones lo que trae consigo violaciones a la soberanía nacional más aún si los contratos a realizar para el desarrollo de los objetivos de realizar (sic) con personas (sic) naturales o jurídicas extranjeras.

b)- Las razones de la defensa

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM-, como entidad interesada en las resultas del proceso, contestó las demandas a través de apoderado y alegó de conclusión en los procesos acumulados oponiéndose a las pretensiones formuladas por los actores, para lo cual adujo, en síntesis, lo siguiente (fls. 100 a 118 y 144 a 223 Exp. de No. 2370 y 88 a 104 Exp. No. 2401):

a) Las evaluaciones y recomendaciones de la comisión de expertos no obligaban al Gobierno porque, de lo contrario, los decretos habrían sido expedidos por ella, es decir, acababa legislando un cuerpo asesor que podría haber estado integrado inclusive, por particulares. Además, es distinto "tener en cuenta" que "acoger" o "someterse" o "sujetarse". Por lo demás, "... la comisión recomendó la expedición de los 62 decretos, sin perjuicio de que tres (3) de sus siete (7) miembros, en algunos casos no hubieran estado de acuerdo con los cuatro (4) restantes, esto es que aunque la decisión de recomendar la expedición de los decretos se adoptó por la Comisión como tal, por mayoría, hubo en algunos casos salvamentos de voto, lo cual puede comprobarse fácilmente con la lectura de los mencionados actos.

b) El artículo transitorio 20 no otorgó "facultades al Gobierno pues frente a ellas existe la opción de utilizarlas o no, sino atribuciones que forzosamente debía cumplir para materializar una orden de obligatorio cumplimiento.

Para el caso de TELECOM no puede decirse que se produjo su supresión, pues es incontrovertible que la entidad existe y nunca desapareció del mundo jurídico. Lo que ocurrió con la Empresa a raíz de la expedición del decreto acusado fue una transformación, un cambio de su naturaleza jurídica, para lo cual estaba habilitado el Gobierno, pues dicho cambio es una de las expresiones de la atribución de reestructurar la Administración Pública, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos (que se citan) y recientemente la Corte Constitucional en sentencia No. 102 de 5 de septiembre de 1991.

Las atribuciones otorgadas al Gobierno por el artículo transitorio 20 fueron amplias y suficientes para lograr la finalidad buscada, de poner en consonancia la Rama Ejecutiva del Poder Público con los mandatos de la nueva Constitución, y, en virtud de ellas, podía reorganizar, transformar, modificar, alterar, etc. la estructura de las entidades preexistentes o de las que se fusionaran, mediante el cambio de su naturaleza jurídica.

Si al Congreso de la República compete fijar el marco general de la administración o, en otras palabras, establecer su parte orgánica, cuando el artículo transitorio 20 dio al Gobierno la orden de suprimir, fusionar y reestructurar las entidades de la administración pública nacional a nivel central y descentralizado, lo dotó de la misma capacidad atribuida al Congreso, y si dicha capacidad le permite a este cambiar la naturaleza jurídica de una entidad que está reestructurando, también le competía al Gobierno en cumplimiento de la función asignada transitoriamente por la Asamblea Nacional Constituyente.

El cambio de naturaleza jurídica no implica, como lo afirman los demandantes "crear entidades", sino, por el contrario, significa mantener con vida la misma entidad sin suprimirla, aunque sí modificándola o transformándola.

Como quiera que el Consejo de Estado ha admitido que en virtud de la naturaleza de ley de los decretos como el demandado, el Gobierno actuó al expedirlos como legislador excepcional, de ello cabe concluir que si era el legislador quien estaba cambiando la naturaleza jurídica de TELECOM, se estaba sujetando al artículo 210 de la Carta Política.

c) Las disposiciones de contenido laboral que forman parte del decreto acusado no incurren en las violaciones normativas que les atribuyen los demandantes, pues el alcance de los mandatos constitucionales sobre protección al trabajo no puede entenderse solamente referido en favor de los servidores del Estado que estuvieren vinculados al servicio al momento de producirse la reestructuración, ya que se estarían

desconociendo los derechos y la protección de quienes estuvieran por fuera del servicio público en el momento de expedirse la Carta Política.

De otra parte, si bien es cierto que las garantías de estabilidad en el empleo mientras se observe buena conducta y se rinda en el trabajo, son un aspecto de las relaciones laborales entre el Estado y sus trabajadores, otra cosa distinta es la necesaria adecuación periódica de la estructura administrativa con el fin de prestar un mejor servicio a la comunidad, de lo cual puede derivarle una supresión de cargos. De esta manera, las regulaciones sobre carrera administrativa, cargos de libre nombramiento y remoción, etc., no pueden confundirse con la potestad del Estado mismo de variar su estructura, cuando las necesidades de la colectividad lo requieran y la consecuencia obligada de la misma, cual es la variación de las plantas de personal.

Contrariamente a lo que sostienen los demandantes, con decretos como el acusado se busca acomodar las entidades existentes a los nuevos principios consagrados en la Constitución en disposiciones como las contenidas en el artículo 1o. (prevalencia del interés general), 122 (necesidad de que el cargo esté previsto en la planta de personal), 150-7 (cuando reconoce que la ley puede crear, suprimir o fusionar entidades), 189-4 (cuando consagra el principio de que el Presidente puede crear o suprimir empleos), 209 (la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de eficiencia y economía, entre otros) y 365 (cuando establece que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional).

El decreto demandado tampoco desconoce los artículos 124 y 125 de la Constitución, puesto que no dicta normas sobre responsabilidad de los servidores de TELECOM ni ordena que la Empresa tenga vitaliciamente el régimen disciplinario consagrado en leyes expedidas bajo la vigencia de la anterior Carta Política. Lo que ordena es que los servidores públicos, con excepción de los taxativamente señalados en el artículo 125 de la Carta, tengan derecho a acogerse a un estatuto de carrera expedido por el legislador en donde se contemplen las materias ya citadas, entre ellas el régimen disciplinario.

d) En lo referente al cargo de violación de los artículos 75 y 101-4 de la Carta Política, no es posible entender "... como un decreto que reestructura a TELECOM esté desconociendo nada menos que nuestra soberanía. El demandante por consideraciones eminentemente subjetivas cree que como consecuencia del decreto nuestra soberanía en materia de comunicaciones se va a entregar a monstruosos `pulpos´ o monopolios extranjeros, pero nada de ello dice el decreto ni podría decirlo".

"En efecto, lo que el decreto está ordenando o previendo es que, como consecuencia de la reestructuración de TELECOM, sus funciones cambian, es decir, este decreto no está desarrollando el artículo 75 sobre el órgano interventor del espectro electromagnético, proyecto de ley que apenas en la actualidad cursa en el Congreso de

la República. Sencillamente el decreto al redefinir el objeto de TELECOM reitera que sigue siendo la prestación y explotación de servicios públicos de telecomunicaciones dentro del territorio nacional y en conexión con el exterior; y la prestación de los servicios de telecomunicaciones que se califiquen como tales dentro del territorio nacional y el exterior. Para tal fin, permite a TELECOM desarrollar una serie de actividades citadas en los 9 numerales del artículo 2 del decreto, estableciendo la posibilidad de la celebración de contratos, acuerdos y convenios para lograr el objetivo señalado (poniendo en consonancia este mandato con los artículos 2, 64, 150, 189, 289, 333, 334, 336, 365, 367, 368, 369 y 370). Con otras palabras, la nueva Constitución no ordena que el Estado sea el único que intervenga en la prestación de los fundamentales servicios públicos, entre ellos el de comunicaciones, bien por el contrario al ordenar que el máximo director de la prestación de dichos servicios sea el Estado, está facultando a los particulares para que los presten, desde luego bajo esa dirección estatal, y ello no significa entregarle a los extranjeros parte de los bienes que constituyen nuestra soberanía, sino lograr la eficacia, eficiencia, economía en el cumplimiento del mandato constitucional de dar a los colombianos y a quienes residen en Colombia las condiciones fundamentales para su desarrollo económico y social".

e) En lo relativo al plazo establecido en el artículo 9o. transitorio del Decreto acusado para que la Junta Directiva de TELECOM y las demás autoridades adoptaran los estatutos internos y las disposiciones necesarias para la organización y funcionamiento de la entidad, se hace notar que ello no constituye una prórroga de las facultades del artículo transitorio 20 de la Carta, pues la decisión de reestructuración quedó adoptada dentro del término previsto por el dicho articulo y el plazo tan solo acude a la ejecución y cumplimiento de esa decisión por parte de las autoridades administrativas competentes.

La fijación de dicho plazo constituye una limitación en las facultades de las Juntas Directivas de las entidades reestructuradas, toda vez, que el Gobierno Nacional simplemente se limitó a fijar unas partes y criterios para acelerar y racionalizar el ejercicio de la función administrativa por parte de dichos entes para lo cual estaba habilitado por el artículo transitorio 20.

f) Como "ARGUMENTO FINAL", el apoderado judicial de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- solicita que al proferir sentencia se tengan en cuenta los argumentos expresados por esta Sección al decidir las demandas presentadas contra el Decreto 2124 de 1992, "por el cual se reestructura la Administración Postal Nacional -ADPOSTAL-, pues si se compara su texto con el del decreto cuya constitucionalidad se debate en estos procesos, se encuentran las siguientes similitudes: ambos reorganizan dos establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Comunicaciones y encargados de prestar cada uno de ellos servicios públicos fundamentales para la comunidad (correos y telecomunicaciones); ambos decretos ordenan cambiar la naturaleza jurídica convirtiendo esos establecimientos públicos en empresas industria-

les y comerciales del Estado; ambos decretos plantean y autorizan la posibilidad de que los referidos servicios públicos fundamentales que están llamados a prestar sean satisfechos por conducto de los particulares previa la celebración de los correspondientes contratos; y ambos, como secuela de lo anterior, ordenan reajustes en la planta de personal y preven las consecuentes indemnizaciones.

c.- La actuación surtida

De conformidad con las normas del C.C.A., a los procesos se les dio el trámite allí previsto para los procesos ordinarios, dentro de los cuales merecen destacarse, en cada uno de ellos, las siguientes actuaciones:

Expediente No. 2370

Mediante providencia de 21 de mayo de 1993 se admitió la demanda, se ordenó el trámite correspondiente y se decretó la suspensión provisional del artículo 9o. del Decreto 2123 de 1992, en la expresión: "Dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del presente decreto", decisión esta que, recurrida como fue, se confirmó por auto de 3 de septiembre de 1993 (fls. 40 a 47 y 89 a 95), con salvamento de voto del Consejero Ponente.

Por auto de 1o. de octubre de 1993 se decretó la acumulación a este proceso del radicado bajo el número 2401 (fls. 120 a 124).

Mediante proveído de 21 de enero de 1994 se decretaron y/o denegaron las pruebas solicitadas por la parte actora en el proceso No. 2401 (fls. 140 a 142).

Dentro del término de traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, dentro de los procesos acumulados, tan solo la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- presentó el escrito que obra a folios 144 a 223.

Expediente No. 2401

Por auto de 4 de junio de 1993 se admitió la demanda, se ordenó el trámite de rigor y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado (fls. 69 a 73).

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como quiera que en los procesos acumulados se formulan censuras comunes en contra del decreto cuya declaratoria de nulidad se impetra, ellas se analizarán en primer término así:

1o.- En lo relacionado con el cambio de naturaleza jurídica de TELECOM y con el de creación de una nueva entidad (segundo cargo del proceso No. 2370 y primero y segundo del proceso No. 2401), cabe advertir que esta Sala en sentencias de 15 de

diciembre de 1993, expedientes acumulados Nos. 2391, 2367, 2429 y 2387 y de 12 de mayo de 1994, expedientes acumulados Nos. 2275, 2278, 2281, 2298 y 2327 de los cuales fue ponente el doctor Miguel González Rodríguez, ha dicho:

> "En lo concerniente al cambio de naturaleza jurídica de ADPOSTAL, la Sala advierte que no le asiste razón a los demandantes y por lo tanto habrán de depacharse desfavorablemente los cargos de violación sustentados en este punto. 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 éstos 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 lo 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 o 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".
>
> "Así como es posible variar la composición de los órganos de dirección o administración, ampliar o reducir los objetivos, crear o suprimir dependencias, asignar o reducir funciones, es posible variar la naturaleza jurídica, sin que ello implique crear una nueva entidad.
>
> "Para que pueda hablarse de la creación de una nueva entidad habría, por lo mismo, que producir un cambio total en cada uno de los elementos que confirman la estructura, comenzando por los objetivos, que es uno de los aspectos que justifican la razón de ser de cualquier "entidad".

En consecuencia, la Sala reitera en esta oportunidad los anotados planteamientos como fundamento para denegar la prosperidad de los cargos formulados.

2o.- En lo que concierne a la violación del artículo transitorio 20 de la Carta Política, por no haberse tenido en cuenta para la expedición del decreto acusado las evaluaciones y recomendaciones de la Comisión Asesora (segundo cargo literal b) del proceso No. 2370 y primer cargo del proceso No. 2401), e independientemente de que aquellas sólo fueran formuladas por algunos de sus miembros, la Sala considera que adolece de vocación de prosperidad, pues como lo ha reiterado esta Corporación en diversos pronunciamientos, dichas evaluaciones y recomendaciones "... 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 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" (Sección Primera. Sentencia de 9 de septiembre de 1993. Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente No. 2309).

3o.- En cuanto tiene que ver con los cargos que se formulan a las disposiciones laborales contenidas en el decreto acusado, es decir a sus artículos 5o., 7o., 9o. transitorio y 10o. (quinto del proceso No. 2370 y tercero del proceso No. 2401), se hace notar, en primer término, que esta misma Sección en múltiples pronunciamientos, entre ellos en la citada sentencia de 9 de septiembre de 1993, ha considerado lo siguiente:

"... las atribuciones de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades a que se refiere el aludido precepto transitorio, lleva ínsita la facultad de supresión de cargos o empleos. De tal manera que si la voluntad del Constituyente fue la 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 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 le cause a su titular en aras del interés público".

Además, ha expresado también la Corporación que cuando de la primacía del interés público se trata, no puede hablarse de derecho adquirido a permanecer en un cargo o empleo o a no ser desvinculado del mismo en razón de la inscripción en el escalafón de carrera administrativa.

Así mismo ha dicho la Sala que no es válido predicar la violación del artículo 125 de la Carta Política, puesto que teniendo los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con apoyo de su artículo transitorio 20 la misma fuerza o entidad normativa que la ley, la supresión de cargos o empleos como consecuencia de la reestructuración, fusión o supresión en ellos establecidos, constituye una causal de retiro que difiere a la ley dicha norma constitucional, y que bien podía el Gobierno Nacional consagrar disposiciones diferentes de las previstas en otras normas de igual jerarquía y con incidencia en aspectos regulados en consecuencias colectivas de trabajo, sin perjuicio de los derechos consagrados en ellas en favor de los trabajadores.

4o.- En lo relativo a los cargos que se plantean en contra del artículo 2o. del Decreto 2123 de 1992, con base en que sus mandatos no están en consonancia y desconocen los artículos 75 y 101 inciso cuarto del ordenamiento constitucional puesto que conllevan la privatización de las telecomunicaciones y la violación de la soberanía nacional al consagrarse en ellos que en cumplimiento del objeto, TELECOM puede celebrar diferentes tipos de acuerdos, convenios y contratos con personas o entidades nacionales, internacionales o extranjeras para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, la Sala considera que tampoco tiene vocación de prosperidad, pues, de una parte, sus fundamentos no pasan de ser meras apreciaciones subjetivas

de los demandantes, y, de otra, se hace notar que el artículo 365 de la Carta Política es perfectamente claro en señalar que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, debiendo mantener, en todo caso, la regulación, control y vigilancia de dichos servicios.

Ahora bien, en relación con la censura consistente en que el artículo 9o. del decreto acusado quebranta los artículos 4o. y transitorio 20 de la Carta Política, debido a que el Gobierno Nacional amplió en tres (3) meses el término fijado en la segunda de dichas normas para ejercer las atribuciones conferidas y delegó en la Junta Directiva de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- la facultad de adoptar los estatutos internos y las disposiciones necesarias para la organización y funcionamiento de la entidad (cuarto cargo del proceso No. 2370), la Sala considera que no está llamado a prosperar, pues en reiterados pronunciamientos esta Corporación 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 adopten sus estatutos internos y adecuen la estructura interna y la planta de personal a las decisiones tomadas en virtud de la reestructuración, fusión o supresión de las mismas, no puede considerarse como una prórroga o ampliación de la facultad legislativa excepcional transitoria de la que la Carta Política revistió al Gobierno Nacional en su artículo transitorio 20, ya que dichas funciones son de carácter administrativo que dichos entes tienen en forma permanente (artículos 26 literal 6) 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.

Las precedentes consideraciones llevan a la Sala a que, en la parte resolutiva de esta providencia, se levante la medida de suspensión provisional del artículo 9o. del Decreto 2123 de 1992, en la expresión: "Dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del presente Decreto", la cual se adoptó en el auto admisorio de la demanda que dio origen al proceso radicado bajo el número 2370.

En consecuencia, de acuerdo con todo lo anterior, 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, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DENIEGANSE las súplicas de las demandas promovidas por los ciudadanos Alirio Uribe Muñoz y Carlos Julio Vargas Velandia.

Segundo.- LEVANTASE la suspensión provisional del artículo 9o. del Decreto 2123 de 1992, en la expresión "Dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del presente Decreto", decretada en el auto admisorio de la demanda promovida por el ciudadano Alirio Uribe Muñoz.

Tercero.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso radicado bajo el número 2370 o su remanente.

Cuarto.- En firme esta sentencia comuníquese a los señores Ministros, Director de Departamento Administrativo que, junto con el señor Presidente de la República firmaron el decreto demandado 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 veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial consagrada en las sentencias del 15 de diciembre de 1993, Exps. acumulados 2391 (2367, 2429, 2387), Actora: SANDRA L. BOLAÑOS RAMIREZ; y del 12 de mayo de 1994, Exps. acumulados 2275, 2278, 2281, 2298 y 2327, Actor: LUIS CARLOS SACHICA APONTE Y OTROS, ambos con ponencia del Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, sobre el cambio de naturaleza jurídica de ADPOSTAL y el ISS. La jurisprudencia reiterada establece que el cambio de naturaleza jurídica de entidades estatales está dentro de las atribuciones dadas al Gobierno Nacional en el artículo 20 transitorio de la C.P., sin que ello implique crear una nueva entidad. Por otra parte también se reitera la jurisprudencia de la sentencia del 9 de septiembre de 1993, Exp. 2309, Actor: JUAN MANUEL ARRIETA HERRERA, Ponente: Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, sobre el carácter no obligatorio de las evaluaciones y recomendaciones dadas por la Comisión Asesora al Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 20 transitorio de la C.P. Igualmente menciona dicha sentencia para reiterar la jurisprudencia según la cual las atribuciones de reestructurar, suprimir y fusionar entidades públicas, lleva implícita la facultad de suprimir cargos.

PLANOS ARQUITECTONICOS-Utilización/**LICENCIA DE CONSTRUCCION/HONORARIOS PROFESIONALES/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**-Improcedencia/**ACCION DE REPARACION DIRECTA**

Si lo que pretende el actor al acudir en demanda ante esta jurisdicción es lograr una indemnización de perjuicios por la actuación del Distrito, ello no sería posible plantearlo mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho intentada, sino a través de la acción de reparación directa, consagrada en el artículo 86 del C.C.A., pues frente al Distrito lo cuestionable es dicha actuación y no, en estricto sentido, la expedición misma de los actos acusados.

PROPIEDAD INTELECTUAL-Protección/**JURISDICCION ORDINARIA/COMPETENCIA**

Si bien es cierto que en la Ley 23 de 1989 se consagran las normas protectoras de la propiedad intelectual, no lo es menos que a la Administración Distrital no competía brindar al demandante el amparo que le solicitó respecto de la utilización de los planos arquitectónicos por parte de Interfuturo Ltda. sin su consentimiento y firma, pues, en principio, la competencia para esos efectos, de acuerdo con las previsiones de los capítulos XVII y XVIII de dicho ordenamiento legal está atribuida la Jurisdicción ordinaria, bien en lo penal o en lo civil.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 2846. Actor: Gonzalo Romero Mantilla

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 18 de noviembre de 1993.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano Gonzalo Romero Mantilla, a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la declaratoria de nulidad de la licencia de construcción número 00044641 de 14 de abril de 1989 y de la licencia complementaria de la anterior, número 0006208 de 1o. de septiembre del mismo año, expedidas por la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Especial de Bogotá, División de Control, concedidas a INTERFUTURO LIMITADA en calidad de propietaria del predio de la calle 12 No. 10-04 y carrera 10A No. 12-66 de Bosa, para la construcción de "un centro comercial (comercio tipo B) en altura de semisótano y dos pisos por la carrera 10 y 10A y tres pisos por la carrera 12 para un total de 113 locales, 14 parqueos y equipamento comunal, según documentación arquitectónica". Como consecuencia de dicha declaración y a título de restablecimiento del derecho, el demandante solicitó condenar al Distrito Especial de Bogotá al pago de los perjuicios sufridos por concepto de daño emergente y lucro cesante.

b.- Los hechos de la demanda

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 4 a 12 del Cdno. Ppal.):

1o.- El arquitecto Gonzalo Romero Mantilla elaboró para la compañía constructora Interfuturo Ltda. los planos para la construcción de un centro comercial en el predio de la calle 12 No. 10-04 y carrera 10 A No. 12-66 de Bosa, los cuales, además de no haber sido cancelados en su totalidad a su autor, fueron presentados a la División de Control de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito para su aprobación con la firma de otro arquitecto. En efecto, en el formulario oficial 004144 de solicitud de licencia de construcción del Centro Comercial Bosa, radicado el 6 de septiembre de 1988, aparece la casilla destinada para la firma del arquitecto proyectista firmada por el arquitecto Miguel Ortiz Barriga, en lugar de la del autor del proyecto, arquitecto Gonzalo Romero Mantilla. Además, las tiras o rótulos de créditos de los planos de seis de las siete planchas presentadas para la obtención de la licencia aparecen suscritas por el arquitecto Ortiz Barriga y en el lugar del autor del proyecto figura el nombre del autor -Gonzalo Romero Mantilla- sin su firma. Así mismo, debe resaltarse que en la

comunicación 3007 del 21 de marzo de 1988 dirigida por el Jefe de la Unidad de Desarrollo Urbanístico a la Directora de la División de Control de la Secretaría de Obras Públicas, se da cuenta que a pesar de no estar aprobada la licencia de construcción, no solamente la obra ya había sido iniciada, sino que para ese momento ya estaba concluida la obra negra. Y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8o. del Decreto 751 de 1986 y 39 del Decreto 2443 de 1982, ambos de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, toda obra comenzada sin licencia es ilegal.

2o.- En comunicación del 24 de abril de 1989, dirigida por el demandante a la Directora de la División de Control de la Secretaría de Obras Públicas, se alertó a las autoridades distritales sobre el hecho irregular de la utilización de los planos por él elaborados y suscritos por otro arquitecto, y se solicitó la adopción de las medidas del caso. Así mismo se puso en conocimiento de esa entidad la denuncia presentada por ese motivo ante el Consejo Profesional contra el arquitecto Ortiz Barriga y la compañía constructora Interfuturo.

3o.- Sin embargo, a pesar de haber sido oportunamente alertada con anterioridad a la expedición de las licencias cuya nulidad se solicita sobre la gravísima irregularidad descrita, el 14 de abril de 1989 esa División otorgó a Interfuturo Ltda., en calidad de propietaria del predio de la calle 12 No. 10-04, y carrera 10 "A" No. 12-66 de Bosa, la licencia de construcción No. 0004641 para "un centro comercial (comercio Tipo B) en altura de semisótano y dos pisos por la carrera 10 y 10 "A" y tres pisos por la carrera 12 para un total de 113 locales, 14 parqueos, y equipamento comunal, según documentación arquitectónica", configurando así el daño cuya reparación se pide.

4o.- El 2 de junio de 1989, el demandante, con fundamento en el Decreto 0751 del 27 de febrero de 1989, modificatorio del Decreto 2443 de 1982, ambos de la Alcaldía Mayor de Bogotá, pidió revocatoria directa de la citada licencia de construcción aduciendo que había sido expedida de forma ilegal, pues se tuvieron en cuenta unos planos arquitectónicos de su autoría, pero presentados por otro arquitecto. A dicha petición acompañó copia de la declaración rendida por el arquitecto Ortiz Barriga ante el Consejo Profesional de Ingeniería y Arquitectura de Cundinamarca, en la cual este acepta y reconoce que firmó los planos elaborados por el arquitecto Romero Mantilla, los que le fueron entregados por Interfuturo para la obtención de la licencia, así como también copia de la carta que Interfuturo le dirigió al arquitecto Ortiz Barriga solicitándole la firma de los planos para "agilizar los trámites para la obtención de la licencia".

5o.- El Director de la División de Control de la Secretaría de Obras Públicas mediante Resolución 07 del 17 de julio de 1989 negó la revocatoria solicitada por el demandante y contra la misma se interpuso recurso de reposición.

6o.- El 1o. de septiembre de 1989 la Secretaría de Obras Públicas del Distrito concedio a Interfuturo Ltda. la licencia número 0006208 para el predio de la calle 12 No. 10-04, y carrera 10 "A" No. 12-66 de Bosa. CENTRO COMERCIAL BOSA

(comercio Tipo B) en semisótano y dos pisos por la carrera 10 y 10 "A" y tres pisos por la carrera 12 para un total de 114 locales, 14 parqueos, y equipamento comunal, según planos de alinderamiento y áreas para ser sometido al régimen de propiedad horizontal, complementaria de la licencia número 0004641. Igualmente en esta oportunidad, las cuatro tiras o rótulos de créditos de los planos correspondientes a las plantas y cubierta que se presentaron para la obtención de la licencia de propiedad horizontal, aparecen suscritas por Miguel Ortiz Barriga y en lugar del autor del proyecto figura el nombre del autor de los planos -arquitecto Gonzalo Romero Mantilla-, sin su firma.

7o.- Esta licencia le fue notificada al demandante el 11 de septiembre advirtiéndole que contra la misma no procedía recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa. No obstante, mediante memorial del 18 del mismo mes solicitó su reposición.

8o.- De otra parte, para la época en que se expidió la licencia de construcción número 0004641 -14 de abril de 1989- el arquitecto Fabio Antonio Niño Flechas seguía figurando como constructor responsable, cuando en la declaración por él rendida ante el Consejo Profesional aparece que comunicó a la Gerencia General de Interfuturo su decisión de no continuar en el cargo de director de la construcción a partir del 30 de septiembre de 1989. Esto significa que se omitió notificar a la Secretaría de Obras Públicas el cambio, contrariando claras disposiciones legales sobre el particular.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, expresadas en la demanda, y en el alegato de conclusión (fls. 12 a 14 y 287 a 289 del Cdno. Ppal.):

Primer cargo.- Violación de los artículos 7o., 10 numeral 1 literales c) y g), numeral 4 literal b) y artículo 13 del decreto 0751 de 27 de febrero de 1987, por cuanto las licencias acusadas se expidieron omitiendo el hecho de que el Arquitecto Proyectista era el demandante y se aprobaron a pesar de que los planos no fueron suscritos por este, desconociéndose de esta manera las disposiciones legales citadas, según las cuales ello era un requisito indispensable.

Segundo cargo.- Violación del artículo 11 del Decreto 1548 de 1983 reglamentario de la Ley 64 de 1978, por cuanto se omitió la comunicación sobre el cambio de constructor responsable.

d.- Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda (fls. 128 a 137 del Cdno. Ppal.) el Distrito Especial de Santafé de Bogotá se opuso a las pretensiones de la misma, solicitó la práctica de pruebas y propuso las excepciones que a continuación se sintetizan:

1.- Ineptitud sustantiva de la demanda por indebido agotamiento de la vía gubernativa, por cuanto contra los actos acusados procedían los recursos de reposición

y apelación los cuales no siendo utilizados por el demandante de acuerdo con lo previsto en el artículo 135 del C.C.A., perdió la oportunidad para acudir ante la jurisdicción contenciosa y, en consecuencia, el tribunal carece de competencia para conocer de la acción.

2.- Ineptitud sustantiva de la demanda por falta de competencia, ya que el demandante solicita que como consecuencia de la nulidad de los actos demandados se le indemnicen los perjuicios debido a que los planos presentados para la obtención de las licencias fueron utilizados sin aprobación y sin su firma arrebatándole su derecho de autor, pero, debe tenerse en cuenta que es la justicia ordinaria la competente para conocer de dicha discusión. Además, sobre este aspecto ya se había pronunciado el Juzgado 36 de Instrucción Criminal con ocasión de la denuncia que presentó el demandante contra Ortiz Barriga, la cual concluyó con la providencia de 26 de junio de 1989 donde se decretó la cesación de procedimiento en favor de este último, tipificándose la excepción de cosa juzgada, según lo señalado por el artículo 332 del C.P.C.

3.- Caducidad de la acción respecto de la primera de las licencias de construcción, de 14 de abril de 1989, notificada en la misma fecha, pues la demanda se presentó el 5 de octubre de 1989 y el término de caducidad con respecto a ella, de 4 meses, se venció el 14 de agosto del mismo año.

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 3 de noviembre de 1989 se admitió la demanda y se dispuso darle el trámite correspondiente (fls. 102 y 103).

Mediante providencia de 20 de septiembre de 1991 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron como tales las solicitadas por las partes (fls. 141 y 142).

Por auto de 9 de julio de 1993 (fl. 284) se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso exclusivamente las partes (fls. 287 a 289 y 294 a 300).

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el tribunal de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 314 a 320 del Cdno. Ppal.):

El demandante ejerce la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. contra actos administrativos de carácter particular y concreto que otorgaron a Interfuturo

Ltda. una situación jurídica subjetiva, sin que le asista interés jurídico para impugnarlos, pues esos actos no le lesionan los derechos cuyo restablecimiento pretende. En efecto, el actor promovió el proceso debido a que dicha Sociedad no le canceló la totalidad de los honorarios pactados para la elaboración de los planos del mencionado centro comercial y, sin embargo los presentó ante la Secretaría de Obras Públicas para el trámite de las licencias de construcción. Esto quiere decir que el demandante pretende que en razón de haberse aceptado por parte de la Administración los planos presentados por la aludida sociedad sin que estuviesen firmados por él y, consecuencialmente, de la expedición de las licencias de construcción, el Distrito Especial de Bogotá debe cancelarle los perjuicios causados que, por concepto de daño emergente, según lo indicado en la demanda, estima en la suma de $4.772.000, correspondiente al valor de los planos utilizados sin su consentimiento y que dejó de percibir por no haberle sido cancelada. De lo expuesto resulta claro que mediante el ejercicio de la acción intentada no es posible obtener la satisfacción de una obligación contraída por la sociedad beneficiaria de las licencias de construcción, pues para lograr dicho fin el demandante disponía de unas vías judiciales distintas a las del proceso contencioso administrativo, es decir, los actos acusados no produjeron el incumplimiento de la obligación, pues el mismo sólo procedía de la mencionada sociedad y, por tanto, contra ella debía dirigir la acción judicial correspondiente.

Como quiera que el artículo 65 de la Ley 9a. de 1989 dispone que los actos que resuelven solicitudes de licencias de construcción deben notificarse a los vecinos en la forma prevista en los artículos 44 y 45 del Decreto 01 de 1984, y que contra ellos proceden los recursos de la vía gubernativa, ello permite concluir que los actos administrativos que conceden licencias de construcción sí pueden impugnarse por dichas personas, quienes se encuentran legitimadas para ejercer las acciones contencioso administrativas con la finalidad de defender los derechos que en su condición de vecinos puedan resultar afectados con la construcción proyectada. "Pero en este caso el demandante no ejerce la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en su condición de vecino del predio materia de las licencias de construcción sino, como ya se anotó, en la condición de arquitecto que elaboró los planos de la respectiva construcción y con el objeto de obtener el pago de los honorarios que no obtuvo de la sociedad beneficiaria de la licencia de construcción".

Ahora bien, dado que la acción de restablecimiento del derecho tiene como finalidad esencial la de garantizar los derechos de los asociados que se encuentran amparados por una norma jurídica, es decir, el restablecimiento de los derechos presuntamente vulnerados por el acto administrativo que se solicita anular previamente, en el asunto *sub-júdice* se tiene que, en realidad, el interés jurídico aducido para ejercer dicha acción no se puede satisfacer a través de ella, toda vez que "...el demandante no tiene un interés sustancial que pueda invocar válidamente para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho".

De acuerdo con lo anterior, "esa falta de interés sustancial para obrar conlleva igualmente la falta de legitimación en la causa del demandante, pues el derecho que

invocó al pretender la reparación del daño, consistente en el pago de los honorarios que el beneficiario de las licencias de construcción le adeudaba, no le permite actuar válidamente como sujeto activo de la relación jurídica sustancial. Así mismo se presenta la falta de legitimación por pasiva, pues el Distrito Especial de Bogotá no es el llamado a responder por los honorarios que la Sociedad Interfuturo Ltda. le adeudaba al demandante. Como ya se anotó, dicha sociedad es la llamada a cumplir con esa obligación y para obtener la satisfacción de esta el demandante tenía una vía judicial diferente ante la justicia ordinaria".

Ahora bien, habida cuenta que la falta de legitimación en la causa y de interés sustancial no constituyen una excepción pues, como lo sostienen la doctrina, son defectos de las pretensiones y, por tanto, obstáculo para su prosperidad, la sentencia no debe ser inhibitoria sino de fondo para denegar las pretensiones de la demanda, conclusión esta que se sustenta en lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que transcribe el doctor Hernando Morales Molina en su obra "Curso de Derecho Procesal Civil", página 148.

En dicho sentido se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado, entre otras, en las sentencias de fechas 16 de diciembre de 1989 -expediente No. 5416, 2 de octubre de 1986 -expediente No. 3352 y 5 de agosto de 1988 -expediente No. 4881, y también la Sección Segunda en sentencia de 21 de enero de 1987 -expediente No. 237.

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación y en su alegato de conclusión, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 323 a 326 Cdno. Ppal. y 8 a 14 Cdno. No. 2):

Aduce la sentencia que el demandante pretende que se condene al Distrito Capital "al pago de los honorarios" que la sociedad beneficiaria de las licencias no canceló al demandante por la elaboración de los planos lo cual no es cierto; la pretensión consiste en que se condene al Distrito al resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaron al demandante por la debida utilización de los planos de su autoría.

De otra parte, jamás se ha pretendido en este proceso que el Distrito entre a cancelar los honorarios que Interfuturo Ltda. no canceló al demandante. El daño cuyo resarcimiento se pretende es el que proviene de haberse permitido en forma indebida por las autoridades a pesar de estar advertidas oportunamente, la utilización de planos cuyo autor es mi poderdante contra su consentimiento. "Cosa distinta es que el valor del perjuicio se estime del modo más equilibrado en el valor de los planos. Pero ello no puede interpretarse, como lo hace la sentencia impugnada, en el sentido de que con la acción se pretende que el Distrito asuma el pago de los honorarios que por concepto de los planos, Interfuturo dejó de cancelar a mi poderdante".

Además el artículo 10 numeral 1 del Decreto 0751 de 1987 de la Alcaldía Mayor de Bogotá establece que el formulario de solicitud debe contener entre otras cosas, las firmas del proyectista. Esto significa, que es el proyectista quien debe firmar el proyecto de que es autor y no otra persona. Es entonces evidente el interés del demandante y es claro que en el curso de la tramitación de la licencia se vulneraron sus derechos, concretamente, la propiedad intelectual sobre su proyecto.

En consecuencia, "Es claro que el daño cuyo resarcimiento se reclama se origina en la permisiva actitud del Distrito y proviene de no haber dado al demandante la protección a que tiene derecho la propiedad intelectual...".

Finalmente, es obvio que los actos acusados fueron irregularmente expedidos y que no hay duda del derecho del propietario de los planos a intervenir en el trámite por cuanto en los planos debe constar la firma del mismo; el hecho de que la administración hizo caso omiso de la oportuna advertencia, fue lo que permitió que se utilizaran los planos de propiedad de Gonzalo Romero Mantilla y lo que generó la irregularidad en la expedición de la licencia y los perjuicios que se reclaman en este proceso.

IV.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación considera lo siguiente (fls. 15 a 19 del Cdno. No. 2):

Resulta cuestionable el derecho de autor alegado por el accionante, pero este específico caso fue reglamentado por el artículo 242 de la Ley 23 de 1982 que lo remitio a la justicia ordinaria.

De otro lado, resulta claro que quien firmó los planos y la constructora que los presentó causaron un daño al demandante, quien es su autor, por su utilización indebida. Igualmente, es cierto que la administración debió ceñirse a lo mandado por los ordinales c) y g) del artículo 11 del Decreto 751 de 1987 relacionado con los requisitos exigidos para la expedición de las licencias de construcción. Por estas razones, sería cuestionable la conducta de los funcionarios de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Especial de Bogotá. Pero la responsabilidad de tales funcionarios no implica para el Distrito la obligación de cancelar los honorarios que la constructora debe al actor, para cuya satisfacción, como lo afirma el tribunal, disponía el demandante de vías judiciales distintas a las del proceso contencioso administrativo.

Por lo anterior se solicita confirmar la sentencia del tribunal, al advertir falta de legitimación en la causa del accionante para actuar válidamente como sujeto activo de la relación jurídico sustancial y falta de legitimación pasiva por no ser el Distrito Especial de Bogotá el llamado a cancelar los honorarios que la Sociedad Interfuturo Ltda. le adeuda al actor.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Son dos los cargos en los cuales se sustenta el recurso de apelación, a saber:

a) Mediante la acción ejercida se pretende, a título de restablecimiento del derecho, que se condene al Distrito Especial de Bogotá "... al resarcimiento de los daños y perjuicios que se ocasionaron al demandante por la indebida utilización de los planos de su autoría, tolerada por la administración los cuales se estiman en el valor de los planos..." y, de ninguna manera, que se le condene al pago de los honorarios que, por concepto de los planos, Interfuturo Ltda. dejó de cancelar al actor.

b) No es cierto que al demandante no se le haya vulnerado derecho alguno y que, por tanto, carezca del interés sustancial que se requiere para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho intentada, pues lo cierto es que la propiedad intelectual es el bien jurídico protegido como autor de los planos arquitectónicos y, "es claro que el daño cuyo resarcimiento se reclama se origina en la permisiva actitud del Distrito y proviene de no haber dado al demandante la protección a que tiene derecho la propiedad intelectual".

Ahora bien, en cuanto al primero de los mencionados cargos la Sala considera que carece de vocación de prosperidad, pues de las pretensiones de la demanda, de los hechos en que se fundamentan, de la estimación razonada de su cuantía y de la prueba pericial decretada y practicada en el curso del proceso no cabe la menor duda que el fin esencial perseguido por el demandante es el de que se condene al Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital de Santafé de Bogotá) a pagar al actor la suma de dinero que, según se alega, dejó de percibir de Interfuturo Ltda. por concepto de honorarios profesionales, debido a la utilización que, sin su aprobación y firma, dio a los planos arquitectónicos por él elaborados para la construcción del centro comercial que se indicó al inicio de esta providencia.

En efecto, si bien en el *petitum* de la demanda se solicita, a título de restablecimiento del derecho, condenar al Distrito Especial de Bogotá al resarcimiento de los daños y perjuicios que se ocasionaron al actor por el hecho de habérsele concedido las licencias de construcción a pesar de que quien aparecía firmando los planos y la solicitud no era la persona que los había elaborado, en el mismo *petitum* se pone de presente que tales daños y perjuicios se derivan de la utilización que dio Interfuturo Ltda. a los referidos planos arquitectónicos, cuyo monto, por concepto de daño emergente se estima en la demanda en una suma no inferior a $4.772.000.oo "... **suma correspondiente al valor de los planos utilizados contra su consentimiento y que este dejó de percibir por no habérsele sido cancelada, a lo que tenía pleno derecho**" (fl. 14 Cdno. Ppal.) (subraya la Sala).

Las anteriores constataciones aunadas a la prueba pericial que, decretada y practicada a instancias de la parte actora, obra a folios 259 a 267 del cuaderno principal, reafirman aún más la conclusión a que llegó el tribunal de primera instancia en la

sentencia apelada, y que la Sala comparte en un todo, pues ella tuvo por objeto determinar el valor de los honorarios que el demandante dejó de percibir de Interfuturo Ltda. como consecuencia de la utilización de los planos arquitectónicos por él elaborados para la construcción del referido centro comercial.

Además de lo expuesto, la Sala considera que si lo que pretende el actor al acudir en demanda ante esta jurisdicción es lograr una indemnización de perjuicios por la actuación del Distrito, ello no sería posible plantearlo mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho intentada, sino a través de la acción de reparación directa, consagrada en el artículo 86 del C.C.A., pues frente al Distrito lo cuestionable es dicha actuación y no, en estricto sentido, la expedición misma de los actos acusados.

En lo referente al segundo cargo formulado en contra de la sentencia apelada, la Sala considera que también carece de vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

1o.- Porque si bien es cierto que en la Ley 23 de 1989 se consagran las normas protectoras de la propiedad intelectual, no lo es menos que a la Administración Distrital no competía brindar al demandante el amparo que le solicitó respecto de la utilización de los planos arquitectónicos por parte de Interfuturo Ltda. sin su consentimiento y firma, pues, en principio, la competencia para esos efectos, de acuerdo con las previsiones de los capítulos XVII y XVIII de dicho ordenamiento legal está atribuida a la Jurisdicción ordinaria, bien en lo penal o en lo civil.

2o.- Porque, precisamente, como está demostrado en el acervo probatorio (fls. 133 a 141 Cdno. de Pruebas), en virtud de las citadas disposiciones legales el actor formuló denuncia penal ante el Juzgado Treinta y Seis de Instrucción Criminal de Bogotá por violación de los derechos intelectuales sobre los referidos planos y ese Despacho por auto de 26 de junio de 1989, decretó la cesación de todo procedimiento en favor de los denunciados, con fundamento en las consideraciones principales que se transcriben a continuación:

> "En efecto, las probanzas existentes en folios, fácilmente indican, que la denuncia penal fue incoada como retaliación a una demanda por incumplimiento de contrato que hubo de ejercitar la firma `INTERFUTURO LTDA.´ en contra del quejoso ROMERO MANTILLA el día 25 de noviembre del año próximo pasado, diligencias que correspondieron al Juzgado Veinte Civil del Circuito de esta ciudad, y sustentadas en el hecho reconocido por el propio ROMERO MANTILLA en el numeral sexto de su denuncia, de que el mencionado Arquitecto se sustrajo al cumplimiento de una obligación contractual, como quiera que abandonó sus obligaciones, ya que suspendió la actividad que consistía en el objeto del contrato.

"De igual manera, la prueba documental existente dentro del informativo, y en concreto los comprobantes de pago que en fotocopias auténticas, claramente reafirman los dichos de las sindicadas BERNARDA MERCHAN DE CAICEDO y JEANNETTE CAICEDO MERCHAN, madre e hija, en el sentido de que de la suma de cuatro millones de pesos pactadas como retribución a los servicios profesionales a los que se obligaba el arquitecto ROMERO MANTILLA, se le canceló la suma de un millón cuatrocientos mil pesos, *cuantum dinerario* entregado como contraprestación a la elaboración del anteproyecto por parte del denunciante, y en el evento de existir inconformidades relativas al contrato celebrado, la *litis* se encuentra trabada en el Juzgado Veinte Civil del Circuito y es ante la Jurisdicción del Derecho Privado donde debe dirimirse el conflicto, deslindándose del campo del Derecho Penal un problema eminentemente contractual, y que jamás se ubica dentro de la conducta descrita por el legislador como punible.

"Ahora bien, las pruebas reclutadas en el proceso, y en concreto las que tienen que ver con las versiones (ilegible) vertidas por los sindicados, claramente nos indican, que en momento alguno se ha negado, y menos aún desconocido, la autoría intelectual y real del anteproyecto al arquitecto GONZALO ROMERO MANTILLA, infiriéndose claramente, que mal pueden adecuarse los hechos denunciados a la conducta descrita o plasmada en el numeral cuatro del artículo 232 de la Ley 23 de 1982 relativa a la protección de la propiedad intelectual.

"A más de lo anterior, es (sic) los planos presentados para la aprobación ante la Secretaría de Obras Públicas, claramente se encuentra establecido en el rótulo correspondiente a proyecto y diseño, que el mismo corresponde a los arquitectos GONZALO ROMERO MANTILLA y JUAN CARLOS ROMERO, motivo por el cual no es dable señalar como lo hace el denunciante, que les fueron desconocidos sus derechos como autor del anteproyecto".

3o.- Porque de los hechos de la demanda y de las alegaciones del actor cabe inferir que si bien en el trámite de la solicitud de las referidas licencias de construcción podría verse comprometida la responsabilidad de los funcionarios que en él intervinieron, por la actitud que adoptaron frente a las reclamaciones hecha por el actor durante dicho trámite o, aún, la responsabilidad patrimonial de la Administración, no es menos cierto que dichas situaciones podrían dar lugar a la comisión de alguna falta disciplinaria en relación con los funcionarios o a una acción de reparación directa frente a la administración, pero de ninguna manera, como quedó expresado en el análisis del cargo precedente, al ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho intentada en relación con los actos jurídicos expedidos por la administración y acusados en este proceso.

Finalmente, la Sala considera conveniente hacer notar que las apreciaciones de la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación en su concepto de fondo, en el sentido de que quien firmó los planos y la constructora que los presentó a

la Administración para solicitar las licencias de construcción causaron un daño al demandante por su utilización indebida, se encuentran fuera de contexto en este debate judicial, pues en este proceso no se discute dicho asunto.

Como consecuencia de la no prosperidad de los cargos planteados por el recurrente, ha de procederse a confirmar la sentencia apelada.

En mérito de las consideraciones que anteceden, 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.- CONFIRMASE la sentencia recurrida en apelación, proferida el 18 de noviembre de 1993 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera.

Segundo.- No hay lugar a condena en costas de la segunda instancia, por no haberse causado.

Tercero.- 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 veintisiete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO-Efectos/**VIA GUBERNATIVA**-Agotamiento/**ACTO ADMINISTRATIVO/CONTROL JURISDICCIONAL/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ INDIVIDUALIZACION DEL ACTO**-Inexistencia/**DEMANDA**-Ineptitud

Cuando la ley le atribuye afectos al silencio administrativo negativo, no sólo le está reconociendo la virtualidad de agotar la vía gubernativa cuando opera en relación con los recursos interpuestos, requisito este de procedibilidad para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino dando la connotación de contener una manifestación de voluntad presunta de la Administración en cumplimiento de una función administrativa, al calificarlo expresamente como un acto administrativo denominado presunto en el artículo 136 del Decreto Ley 01 de 1984, lo cual hace susceptible de enjuiciamiento ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Al no haberse demandado por la actora los actos fictos o presuntos que confirmaron las resoluciones demandadas, se evidencia una inepta demanda que impide hacer un pronunciamiento de fondo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2717. Recursos de apelación contra la sentencia de 30 de agosto de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actora: URBANIZADORA LAS SIERRAS DEL CHICO.

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del Distrito Capital de Santafé de Bogotá y de la actora contra la sentencia de la referencia, por la cual la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada; decretó la nulidad de los avalúos contenidos en las Resoluciones Nos. 40266 y 40613 de 23 y 29 de diciembre de 1983, respectivamente, y 40267 y 40613A de 23 y 29 de diciembre de 1983, respectivamente, expedidas por el Director Administrativo de Catastro Distrital; y declaró la vigencia del avalúo vigente para 1983-1984 antes de la notificación de las Resoluciones anuladas.

I-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para decidir en la forma antes indicada, consideró el*a-quo,* en síntesis, lo siguiente:

1-. El demandante pide la nulidad de los avalúos catastrales contenidos en las Resoluciones Nos. 40266 y 40613 de 23 y 29 de diciembre de 1983, respectivamente, por cuanto al expedirlas se violaron disposiciones de la Ley 14 de 1983, del Decreto 3496 de 1983, del Acuerdo No. 1 de 1981 y del Acuerdo No. 7 de 1979, y además por desviación de poder.

El apoderado del Distrito propone la excepción de inepta demanda por no comprender la totalidad de los actos de formación de la voluntad administrativa, como el caso de la decisión ficta o presunta de carácter negativo que operó respecto de los recursos contra los actos administrativos acusados.

Para desestimar esta excepción, la Sala acoge el criterio del señor Procurador Tercero delegado ante la Corporación, en el sentido de que habiendo aportado la actora las pruebas que demuestran la interposición de los recursos en tiempo oportuno, el 10 de junio de 1984 (folios 33-44 del expediente), y no habiéndose pronunciado la Administración sobre ellos, se presentó el fenómeno del silencio administrativo negativo, agotándose de este modo la vía gubernativa.

2-. Se propone la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa en relación con la segunda petición consistente en que a título de restablecimiento del derecho se declare la vigencia para todos los efectos legales del avalúo vigente para 1983-84, porque respecto de ella no se ha surtido trámite administrativo alguno, pues no le ha sido formulada a la Administración Distrital, sino que la primera vez que se reclama es en la demanda.

También en cuanto a esta excepción se refiere la Sala está de acuerdo con el colaborador fiscal en el sentido de que el impugnante sí agotó la vía gubernativa. En efecto, en el escrito de interposición de los recursos expresó que se "revoque y fije el avalúo que legalmente nos corresponde, para que continúen los registros catastrales que se encontraban vigentes..." (folio 38 cuaderno principal).

Lo anterior contradice lo afirmado por la excepcionante y además, en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho el Juez puede, de acuerdo con el artículo 170

del C.C.A., atendiendo las peticiones de los demandantes, estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar y reformar estas.

3-. En cuanto a la excepción de inepta demanda por no aportar la Resolución No. 444 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y por estar incompleta la Escritura Pública No. 5330 de 3 de noviembre de 1978 al no contener el plano que se protocolizó, cabe advertir que siendo el Instituto un establecimiento público del orden nacional, la Resolución 444 expedida por él tiene el carácter de nacional y no local, por lo cual el no aportarla al proceso por quien demanda no infringe el artículo 141 del C.C.A.

Por otra parte, el no allegar los planos protocolizados en la Escritura tiene que ver con la apreciación de la prueba por el fallador pero no afecta los presupuestos de presentación del libelo demandatorio.

4-. El actor aduce la violación de los artículos 1o. y 6o. de la Ley 14 de 1983, en concordancia con el artículo 29 *ibídem;* 15, 16 y 17 del Decreto 3496 de 1983 y 91 del Acuerdo No. 1 de 1981.

De los medios probatorios allegados al proceso se tiene que:

a): El Departamento Administrativo de Catastro, por Resolución No. 40266 (folio 25 cuaderno principal), retiró las cédulas catastrales 80-18E-88; 80-18E55 y 80-18E-89 por englobe en la 80-18E-95 del predio con nomenclatura actual de Avenida Carrera 7a. No. 94-70, con un área de 181.341 metros cuadrados, indicando como fuente la Escritura Pública No. 5330 de 3 de noviembre de 1978 de la Notaría 6a. de Bogotá.

Según la actora el predio en mención tenía antes de la expedición de los actos acusados dos registros catastrales: uno para la parte baja que linda con la carrera 7a., el No. 80-18E-86; y otro que constituye la parte alta sobre la cota 2.700, distinguido con el No. 80-18E-87. El primero con área de 113.043.90 metros cuadrados y el segundo con 68.297.10 metros cuadrados (folio 58 del cuaderno principal).

b): La Escritura Pública No. 5330 de 3 de noviembre de 1978, involucra las cédulas catastrales 80-18E-55, para la carrera 7a. No. 94-90; 80-18E-86, para la carrera 7a. No. 96-60 y 80-18E-87 para la carrera 7a. No. 96-60 interior 1.

Estos registros y direcciones hacían parte de la cédula catastral 80-18E-86, antes 5611 de Usaquén (folios 268, 278 y 296*ibídem*). Se puede colegir que el terreno materia del reavalúo estaba integrado por la citada cédula catastral, con aporte de la cédula 80-18E-87 que tenía como direcciones: avenida 7a. No. 96-60 interior 1, antes avenida 7a. No. 96-90, avenida 7a. No. 96-60 y avenida 7a. No. 100-02, haciendo distinción en un globo de terreno de mayor extensión, entre áreas urbana y rural, aspectos estos que llevan a dar consistencia a lo afirmado en la demanda de que el predio tenía antes de la expedición de los actos acusados dos registros catastrales diferenciados en cuanto al predio reavaluado (folios 58 y 59 *ibídem*).

c): Aclarado lo anterior, se observa que el Director del Departamento Administrativo de Catastro Distrital, con base en lo dispuesto por el Acuerdo No. 1 de 1981 y la

Ley 14 de 1983, resolvió efectuar las mutaciones referidas en las Resoluciones Nos. 40266 y 40613, consistentes en retirar las cédulas 80-18E-88, 80-18E-55 y 80-18E89, por la 80-18E-95, y determinar al predio, sin distinción alguna, un avalúo de $2.538.744.000, producto de fijar el precio del metro cuadrado a razón de $14.000.oo.

5-. Con base en lo dispuesto en los artículos 1o. y 6o. de la Ley 14 de 1983; 15, 16 y 18 del Decreto 3496 de 1983 y en el Acuerdo No. 1 de 1981 del Concejo de Bogotá, norma esta que concuerda con el artículo 14 de la citada ley, puede concluirse que las autoridades catastrales estaban facultades para actualizar los avalúos catastrales con el incremento y límites previstos en el artículo 1o. de la referida ley, salvo para predios ubicados en el Distrito Especial, cuyo avalúo hubiese sido registrado conforme a lo normado en el Acuerdo No. 1 de 1981, o para actualizar los mismos con sujeción a la metodología prevista por los artículos 6o. de la Ley 14 de 1983 y 15 y 16 del Decreto 3496 de 1983.

También tenían las autoridades administrativas facultades para formar y conservar el catastro, cumpliendo los presupuestos de los artículos 4o. y 5o. de la Ley 14 de 1983 y 8o. y 9o. del Decreto 3496 del mismo año.

6-. Del plenario se establece que el predio antes de su englobe en la cédula catastral 80-18E-95, contaba con dos cédulas con avalúos diferentes: el de la No. 80-18E-86, con un valor de $36.729.093.oo y el identificado con el No. 80-18E-87, con un avalúo de $5.229.934.oo.

El No. 80-18E-86, para 1983, tenía un avalúo de $36.729.093 y en el año de 1979, de $32.794.035.oo, existiendo una diferencia de $3.935.058 equivalente al 12% de este último, incremento que corresponde al porcentaje contenido en el artículo 91 del Acuerdo No. 1 de 1981 para avalúos existentes en el año de 1979, por lo cual no le era aplicable el artículo 1o. de la Ley 14 de 1983, al tenor del artículo 29 ibídem.

Con relación al No. 80-18E-87, el último avalúo vigente (folio 59), es de $5.229.934.oo, correspondiente a la vigencia de 1982, no siendo posible, de los documentos obrantes en el expediente, determinar si le fue aplicado el Acuerdo No. 1 de 1981 para fijarle el avalúo catastral, pues no se encuentra el correspondiente a 1979, pudiendo la Administración en caso de no haber hecho dicho reajuste de conformidad con el estatuto citado, efectuarlo con fundamento en el artículo 1o. de la Ley 14 de 1983.

7-. En lo que atañe a los reajustes entre los actos de formación o actualización del Catastro previstos por los artículos 6o. de la Ley 14 de 1983 y 15 y 16 del Decreto 3496 del mismo año, es claro que para su ejecución deben cumplirse los requisitos previstos en estas normas, entre los cuales están: consultar el índice de precios por unidad de área para cada categoría de terreno y construcciones que correspondan a una investigación estadística del mercado inmobiliario cuya metodología aprueba el DANE e interviene el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público fijando el ajuste para cada año.

8-. El informe pericial dejó en claro que en los predios objeto de la *litis* no se produjeron variaciones de uso o de productividad, ni de obras públicas, con respecto a las condiciones del mercado inmobiliario.

No se deduce de los documentos allegados al expediente que el Director del Departamento Administrativo de Catastro Distrital haya tenido en cuenta las previsiones para la actualización o la formación del Catastro, al dictar las resoluciones acusadas, concluyéndose entonces que efectivamente se contravinieron las disposiciones antes mencionadas y en consecuencia habrán de anularse las providencias contentivas de tales avalúos.

9-. Como los puntos tratados anteriormente para el proceso No. 4789 tienen los mismos fundamentos de hecho y de derecho que se impetran en el proceso No. 5015 frente a las Resoluciones Nos. 40267 de 23 de diciembre y 40613-A de 29 de diciembre de 1983, están llamadas también a prosperar las súplicas de tal demanda por violación de los artículos 1o. y 6o. de la Ley 14 de 1983 y 15 y 16 del Decreto 3496 del mismo año.

II-. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

II.1-. El apoderado del Distrito Capital de Santafé de Bogotá finca su inconformidad en síntesis, así:

Hay ineptitud sustantiva de la demanda por no comprender la totalidad de los actos de formación de la voluntad administrativa. En efecto, la petición primera de la demanda se refiere a las declaraciones de nulidad de los avalúos catastrales contenidos en las Resoluciones Nos. 40266 y 40613, proferidas por el Director del Departamento Administrativo de Catastro Distrital. Contra estas decisiones procedían los recursos de reposición y apelación. Estos recursos fueron interpuestos y la Administración no se pronunció, como no lo ha hecho aún.

Es claro entonces que la decisión última de la Administración no es la contenida en la Resolución No. 40266 ni en la No. 40613, pues las mismas por sí solas no son acusables ante el Contencioso Administrativo, sino en la ficta o presunta de carácter negativo que operó ante el silencio de las autoridades administrativas respecto de los recursos interpuestos. Esta decisión ha debido demandarse, de lo contrario la demanda es inepta porque aún lográndose la finalidad perseguida por el accionante, no se restablece el derecho ya que el acto último se mantiene incólume.

Tanto la Doctrina como la Jurisprudencia del Consejo de Estado aceptan que la acción contenciosa procede contra actos administrativos presuntos.

II.2-. El apoderado de la actora, al apelar adhesivamente, fundamenta su inconformidad únicamente en relación con el punto 6o. de la parte resolutiva de la sentencia para que se declare que el avalúo anterior vigente corresponde al año de 1982 y no al de 1983-84, como allí se expresa, pues en los hechos 4o. y 5o. de la demanda No. 5015 quedaron claramente expuestas las circunstancias en que Catastro incurrió

en error respecto de la cédula catastral No. 80-18E-88 del lote 98-90 de la carrera 7a. (parte baja) de propiedad de Chicó Oriental No. 2 Ltda.

El avalúo para 1982 fue de $19.577.000.oo. Para modificar este avalúo no se expidió durante los años 1983 y 1984 ningún acto administrativo. Sin embargo en los listados de sistematización aparecen estimativos de $166.179.000.oo y de $181.401.000 que carecen de todo respaldo jurídico. Habida cuenta que el último avalúo en regla es de 1982, es a él al que debe retrotraerse la sentencia.

III-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En relación con el recurso de apelación del apoderado del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 138 del Decreto Ley 01 de 1984, vigente cuando se presentaron las demandas que posteriormente fueron acumuladas para ser decididas en una misma sentencia, prescribía:

> "Individualización de las pretensiones.
>
> Cuando se demande la nulidad de un acto se individualizará este con toda precisión pudiéndose indicar también los actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa..."

Del contenido de esta disposición se infiere, según lo ha precisado esta Corporación en reiterados pronunciamientos, entre ellos en sentencia de 20 de marzo de 1992, expediente No. 1333, actora: Flora Francisca Ayala, con ponencia del Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, que lo que era potestativo demandar era el acto que fue modificado o confirmado en la vía gubernativa, esto es, el inicial o principal, siendo obligatorio impugnar el acto por el cual se resolvió el recurso interpuesto contra éste.

La Sala Plena de esta Corporación en sentencia de 12 de diciembre de 1988, expediente No. S-047, con ponencia del Consejero doctor Jorge Penen Deltieure, al respecto expresó:

> "... Por ello bien puede afirmarse, que basta con demandar la nulidad de los actos que confirman el principal para que este quede cobijado con la demanda, lo que no ocurre en los desarrollos de la jurisprudencia que por ésta se modifica (se refiere a la jurisprudencia contenida en la sentencia de 28 de julio de 1980, expediente No. 3170) porque el acto principal cuya demanda única se acepta, no

puede abarcar también los actos posteriores que son independientes y sobre todo posteriores y, por tanto ni siquiera pueden estar mencionados en él.

3) Como nuestra justicia es rogada, al demandar solamente la nulidad del acto principal, la sentencia no puede decidir la nulidad del acto que lo confirma, que es un acto independiente, posterior y válido mientras no sea anulado, porque esto significa un fallo *extra-petita* no aceptado por nuestra legislación..."

"...Al no poder declararse su nulidad por no haber sido pedida, el acto confirmatorio queda vigente íntegramente y no deja de ser una ilusión jurídica pensar que queda sin piso con la anulación del principal como lo afirma la jurisprudencia modificada...".

En los procesos que se decidieron por la sentencia apelada se lee en el texto de los libelos demandatorios lo siguiente:

Proceso No. 4789 (folio 2 cuaderno principal):

"PETICIONES

Primero: Que se declare la nulidad de los avalúos catastrales contenidos en las Resoluciones números 40266 de diciembre 23 de 1983 y 40613 de diciembre 29 de 1983, expedidos por el Director Administrativo de Catastro Distrital.

Segundo: Que a título de restablecimiento del derecho se declare la vigencia para todos los efectos legales del avalúo vigente para 1983-84".

Proceso No. 5015 (folio 2 cuaderno No. 2).

"PETICIONES

"Primero: Que se declare la nulidad de los avalúos catastrales contenidos en las Resoluciones números 40267 de 23 de diciembre de 1983 y 40613 A de 29 de diciembre de 1983, expedidos por el Director Administrativo de Catastro Distrital.

Segundo: Que a título de restablecimiento del derecho se declare la vigencia para todos los efectos legales del avalúo vigente en 1982".

Igualmente, en el hecho sexto de la demanda radicada bajo el expediente No. 4789 (folio 3 cuaderno principal), la actora se refiere a "...Las Resoluciones 40266 y 40613 de 1983 que se impugnan en esta demanda...", y en el hecho sexto de la demanda radicada bajo el No. 5015 (folio 3 cuaderno No. 2), la actora se refiere a "...Las Resoluciones 40267 y 40613-A expedidas por el Director del Departamento Administrativo de Catastro Distrital, las cuales se impugnan en esta demanda...".

En los hechos octavo de cada una de las demandas, la actora hace mención de "...las dos resoluciones impugnadas en esta demanda..." (folios 5 del cuaderno principal y 4 del cuaderno No. 2).

De lo anterior resulta que, sin lugar a dudas, la actora no demandó los actos fictos o presuntos con efectos negativos que operaron frente a los recursos de reposición y subsidiario de apelación interpuestos en escritos de fecha 10 de junio de 1984, visibles a folios 33 a 44 del cuaderno principal, y 38 a 48 del cuaderno No. 2, contra las Resoluciones Nos. 40266, 40613, 40267 y 40613A, que según el texto de las citadas Resoluciones procedían contra ellas.

Sobra advertir que cuando la ley le atribuye efectos al silencio administrativo negativo no sólo le está reconociendo la virtualidad de agotar la vía gubernativa cuando opera en relación con los recursos interpuestos, requisito este de procedibilidad para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino dando la connotación de contener una manifestación de voluntad presunta de la Administración en cumplimiento de una función administrativa, al calificarlo expresamente como acto administrativo denominado presunto en el artículo 136 del Decreto Ley 01 de 1984, lo cual lo hace susceptible de enjuiciamiento ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Al no haberse demandado por la actora los actos fictos o presuntos que confirmaron las Resoluciones demandadas, se evidencia una inepta demanda que impide hacer un pronunciamiento de fondo, razón por la cual habrá de revocarse la sentencia apelada. Esta circunstancia releva a la Sala de hacer referencia alguna frente al recurso de apelación formulado por el apoderado de la actora.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia de 30 de agosto de 1993, proferida por la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y, en su lugar, se dispone: INHIBESE para hacer un pronunciamiento de fondo por inepta demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 28 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

puede abarcar también los actos posteriores que son independientes y sobre todo posteriores y, por tanto ni siquiera pueden estar mencionados en él.

3) Como nuestra justicia es rogada, al demandar solamente la nulidad del acto principal, la sentencia no puede decidir la nulidad del acto que lo confirma, que es un acto independiente, posterior y válido mientras no sea anulado, porque esto significa un fallo *extra-petita* no aceptado por nuestra legislación..."

"...Al no poder declararse su nulidad por no haber sido pedida, el acto confirmatorio queda vigente íntegramente y no deja de ser una ilusión jurídica pensar que queda sin piso con la anulación del principal como lo afirma la jurisprudencia modificada...".

En los procesos que se decidieron por la sentencia apelada se lee en el texto de los libelos demandatorios lo siguiente:

Proceso No. 4789 (folio 2 cuaderno principal):

"PETICIONES

Primero: Que se declare la nulidad de los avalúos catastrales contenidos en las Resoluciones números 40266 de diciembre 23 de 1983 y 40613 de diciembre 29 de 1983, expedidos por el Director Administrativo de Catastro Distrital.

Segundo: Que a título de restablecimiento del derecho se declare la vigencia para todos los efectos legales del avalúo vigente para 1983-84".

Proceso No. 5015 (folio 2 cuaderno No. 2).

"PETICIONES

"Primero: Que se declare la nulidad de los avalúos catastrales contenidos en las Resoluciones números 40267 de 23 de diciembre de 1983 y 40613 A de 29 de diciembre de 1983, expedidos por el Director Administrativo de Catastro Distrital.

Segundo: Que a título de restablecimiento del derecho se declare la vigencia para todos los efectos legales del avalúo vigente en 1982".

Igualmente, en el hecho sexto de la demanda radicada bajo el expediente No. 4789 (folio 3 cuaderno principal), la actora se refiere a "...Las Resoluciones 40266 y 40613 de 1983 que se impugnan en esta demanda...", y en el hecho sexto de la demanda radicada bajo el No. 5015 (folio 3 cuaderno No. 2), la actora se refiere a "...Las Resoluciones 40267 y 40613-A expedidas por el Director del Departamento Administrativo de Catastro Distrital, las cuales se impugnan en esta demanda...".

En los hechos octavo de cada una de las demandas, la actora hace mención de "...las dos resoluciones impugnadas en esta demanda..." (folios 5 del cuaderno principal y 4 del cuaderno No. 2).

De lo anterior resulta que, sin lugar a dudas, la actora no demandó los actos fictos o presuntos con efectos negativos que operaron frente a los recursos de reposición y subsidiario de apelación interpuestos en escritos de fecha 10 de junio de 1984, visibles a folios 33 a 44 del cuaderno principal, y 38 a 48 del cuaderno No. 2, contra las Resoluciones Nos. 40266, 40613, 40267 y 40613A, que según el texto de las citadas Resoluciones procedían contra ellas.

Sobra advertir que cuando la ley le atribuye efectos al silencio administrativo negativo no sólo le está reconociendo la virtualidad de agotar la vía gubernativa cuando opera en relación con los recursos interpuestos, requisito este de procedibilidad para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino dando la connotación de contener una manifestación de voluntad presunta de la Administración en cumplimiento de una función administrativa, al calificarlo expresamente como acto administrativo denominado presunto en el artículo 136 del Decreto Ley 01 de 1984, lo cual lo hace susceptible de enjuiciamiento ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Al no haberse demandado por la actora los actos fictos o presuntos que confirmaron las Resoluciones demandadas, se evidencia una inepta demanda que impide hacer un pronunciamiento de fondo, razón por la cual habrá de revocarse la sentencia apelada. Esta circunstancia releva a la Sala de hacer referencia alguna frente al recurso de apelación formulado por el apoderado de la actora.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia de 30 de agosto de 1993, proferida por la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y, en su lugar, se dispone: INHIBESE para hacer un pronunciamiento de fondo por inepta demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 28 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial sobre la individualización del acto administrativo en las sentencias de 20 de marzo de 1992, Exp. 1333, Ponente: Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, Actora: FLORA FRANCISCA AYALA, y sentencia de 12 de diciembre de 1988, Exp. S-047, Ponente: Dr. JORGE PENEN DELTIEURE.

CONSULTAS POPULARES/ALCALDE-Facultades/**GOBERNADOR**-Facultades/**INSUBSISTENCIA DE LA LEY/LEGISLACION PREEXISTENTE**-Derogatoria/**TRANSITO CONSTITUCIONAL/PARTICIPACION CIUDADANA**-Mecanismos

Al comparar el artículo 3o. de la Ley 42 de 1989 que daba competencia a los Concejos Municipales para convocar la consulta popular con el artículo 105 de la actual Carta Política, se observa no solamente que dicha competencia en virtud del nuevo ordenamiento constitucional fue otorgada a los Alcaldes en el ámbito municipal sino que el precepto legal preexistente contradice al constitucional posterior. En consecuencia, la norma legal debe entenderse modificada por la actual Constitución sin necesidad de declaración jurisdiccional alguna, en virtud del principio expresamente consagrado en el artículo 9o. de la Ley 153 de 1887, según el cual "la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente" y que, "toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se declarará como insubsistente". La Ley 134 de 31 de mayo de 1994 "Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana", el tratar de la consulta popular en sus artículos 8o. y 51 le otorga al Alcalde la competencia para convocar consultas populares en los asuntos municipales.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Ref.: Expediente No. 2851. Autoridades Municipales. Actor: Concejo de Girardota.

Llega a la Corporación el expediente de la referencia en virtud del recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por los señores Gustavo Bohórquez y Pedro Pablo Arboleda contra la providencia de 14 de diciembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante la cual decide "Abstenerse de hacer algún pronunciamiento respecto del acto administrativo de 26 de noviembre de 1993, dictado por el Concejo Municipal de Girardota - Antioquia.

ANTECEDENTES

El 18 de noviembre de 1993, un número plural de ciudadanos de Girardota (Antioquia), solicitaron al Concejo Municipal del precitado municipio convocar una consulta popular para el primer domingo de abril de 1994, en la cual la ciudadanía de la localidad, respondería a la siguiente pregunta: APRUEBA USTED EL QUE SE CONSTRUYA POR EL SISTEMA DE VALORIZACION Y POR LAS EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN, EL ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DEL MUNICIPIO DE GIRARDOTA?

El Concejo Municipal mediante Resolución No. 192 de noviembre 26 de 1993, resolvió negar la solicitud de convocatoria de consulta popular y enviar la mencionada resolución al Tribunal Administrativo de Antioquia para lo de ley.

Para negar la solicitud de convocatoria, el Concejo Municipal adujo los motivos que a continuación se sintetizan:

El Municipio de Girardota, viene desarrollando el Proyecto de Acueducto y Alcantarillado, por contrato celebrado con Empresas Públicas de Medellín.

La solicitud de convocatoria no se sujetó al porcentaje del 10% del censo electoral que exige la Constitución Nacional y tampoco se puede celebrar el primer domingo de abril, por mandato legal, artículo 13 de la Ley 42 de 1989.

Los peticionarios no se rigieron por las pautas o procedimientos que debía fijar el órgano de control electoral, ni solicitaron a la Registraduría la confrontación de firmas.

LA PROVIDENCIA APELADA

Para abstenerse de hacer pronunciamientos sobre el acto acusado, el Tribunal estimó en síntesis que de conformidad con lo establecido en el artículo 105 de la Constitución Nacional, ahora es el Alcalde el funcionario competente para convocar la consulta popular en el orden municipal.

Para llegar a tal conclusión el *a-quo* apoyado en jurisprudencia de la Corte Suprema (sentencia de 18 de julio de 1991, expediente 2280) y en el principio de que la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente,

considera derogado el artículo 3o. de la Ley 42 de 1989 que le daba competencia al respectivo Concejo Municipal o Distrital para convocar la consulta popular.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En orden a fundamentar la apelación aducen los recurrentes que cuando la Constitución dice que "Los Gobernadores y Alcaldes según el caso, **podrán realizar consultas populares** para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio", quiere significar que los mecanismos jurídicos anteriores a la Constitución de 1991, se mantienen y que los Constituyentes ante la imposibilidad de ignorar el instrumento legal contenido en la Ley 42 de 1989, quisieron ampliar la facultad de convocatoria para los Gobernadores y los Alcaldes.

Afirman los impugnantes que en la apreciación anterior hay "gran lógica jurídica" si en cuenta se tiene que en los Concejos Municipales se encuentra deliberación y decisión, en tanto que los Alcaldes simplemente ejecutan.

Se dice también en el recurso que "El Concejo Municipal de Girardota al dictar el acto administrativo que tenía obligación de examinar ese Tribunal en cuanto a su legalidad, en parte alguna se apoya en la equivocada razón en la que fundamenta su `fallo´".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Sobre consultas populares el artículo 6o. del Acto Legislativo número 1 de 1986, expresa:

> "Previo cumplimiento de los requisitos y finalidades que la ley señale, y en los casos que esta determine, podrán realizarse consultas populares para decidir sobre asuntos que interesen a los habitantes del respectivo distrito municipal".

La Ley 42 de 1989, por la cual se desarrolla el artículo 6o. del Acto Legislativo número 1 de 1986 sobre consultas populares, en su artículo 3o. dispuso:

> "INICIATIVA Y CONVOCATORIA. Corresponde al respectivo Concejo Municipal o Distrital convocar consultas populares a petición de:
>
> "a) .....
>
> "b).....
>
> "c) Un número plural de ciudadanos equivalente al 5% del censo electoral del respectivo Municipio o Distrito. En este evento el Concejo no podrá negar la convocatoria, salvo por causales de ilegalidad o inconstitucionalidad.
>
> "d) .....".

Por su parte el artículo 105 de la Constitución Nacional, dispone:

"Previo cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale el estatuto general de la organización territorial y en los casos que este determine, los Gobernadores y Alcaldes según el caso, podrán realizar consultas populares para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio".

Al comparar el artículo 3o. de la Ley 42 de 1989 que daba competencia a los Concejos Municipales para convocar la consulta popular con el artículo 105 de la actual Carta Política, se observa no solamente que dicha competencia en virtud del nuevo ordenamiento constitucional fue otorgada a los Alcaldes en el ámbito municipal sino que el precepto legal preexistente contradice al constitucional posterior. En consecuencia, la norma legal debe entenderse modificada por la actual Constitución sin necesidad de declaración jurisdiccional alguna, en virtud del principio expresamente consagrado en el artículo 9o. de la Ley 153 de 1887, según el cual "la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente" y que, "toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente".

La apreciación anterior, encuentra pleno respaldo en la jurisprudencia sentada por esta Corporación en sentencia que se transcribe parcialmente a continuación:

"2. La Constitución y la legislación preexistente. Es verdad inconcusa del Derecho Constitucional Colombiano, que se deduce del texto mismo de la Carta (artículos 214 y 215) y que fue consagrada expresa e inequívocamente por la ley (Artículo 9o. de la Ley 153 de 1887) que "la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente" y que, en consecuencia, "toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente". Este principio no sólo comprende a la ley, entendida orgánica y formalmente sino también a todos los actos que materialmente se asimilan a ella (artículo 214 de la Constitución) y, a *fortiori,* a los que le son de inferior jerarquía, como los decretos reglamentarios y ejecutivos, las ordenanzas, los reglamentos de los gobernadores, los acuerdos municipales o los reglamentos de los alcaldes: ello así se deduce no sólo de las normas indicadas, sino también de todas las que consagran la jerarquía normativa (Artículos 214 y 215 de la Constitución, 12 de la Ley 153 de 1887, 240 del C. de R.P.M. y 62 a 65 del C.C.A.), que desarrollan el principio del centralismo político según el cual, respecto del tema de que se trata, las entidades administrativas descentralizadas, como los Departamentos, siempre están subordinadas a la prevaleciente vigencia de la Constitución del país.

"`La contraposición entre las normas constitucionales y las de inferior jerarquía puede ocurrir con precedencia de aquellas sobre estas o, viceversa, de estas sobre aquellas. En el primer caso se confronta el examen, por vía de acción o de excepción, de los preceptos subordinados en relación con los de la Constitución que siempre deben prevalecer. En el segundo, las normas subordinadas quedan subrogadas o modificadas, *ipso jure,* al entrar en vigencia las nuevas disposi-

ciones constitucionales que les sean contrarias. El primero es un problema de hermenéutica mientras que el segundo es de tránsito de legislación´ (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, **sentencia de 27 de julio de 1973, Consejero Ponente: doctor Humberto Mora Osejo, actor: Carlos César Puyana Mutis, expediente No. 1595. Anales del Consejo de Estado, Tomo LXXXV, números 439 y 440, segundo semestre de 1973, págs. 329 a 335).**

"En consecuencia, lo que cabe predicarse, en casos como el planteado por el demandante, es que si una autoridad se enfrenta a la posible necesidad de dar aplicación a normas legales que, habiendo sido expedidas bajo el régimen constitucional anterior, contrarían lo dispuesto por la actual Constitución Política, deberá abstenerse de hacerlo, acudiendo en sustento de ello, bien a la norma del artículo 9o. de la Ley 153 de 1887, o a la figura de la excepción de inconstitucionalidad que consagraba la antigua Carta Política en su artículo 215 y que se mantiene en el nuevo ordenamiento de la misma naturaleza en su artículo 4o. En este mismo orden de ideas, si el funcionario, no obstante lo atrás expresado, da aplicación a una norma legal reformada o derogada por el posterior ordenamiento constitucional, el particular agraviado con dicho acto podrá ejercer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la correspondiente acción contra el acto de aplicación irregular de aquella norma". **(Consejero Ponente, doctor Libardo Rodríguez Rodríguez. Actor: Juan de Jesús Alvarez Acero. Exp. No. 1936).**

Así mismo, quiere hacer notar la Sala que la Ley 134 de 31 de mayo de 1994 "Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana", al tratar de la consulta popular en sus artículos 8o. y 51 le otorga al Alcalde la competencia para convocar consultas populares en los asuntos municipales.

Dicen así las precitadas normas:

"ARTICULO 8o. **Consulta Popular.** La consulta popular es la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometido por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que este se pronuncie formalmente al respecto.

"ARTICULO 51. **Consulta popular a nivel departamental, distrital, municipal y local.** Sin perjuicio de los requisitos y formalidades adicionales que señale el Estatuto General de la Organización Territorial y de los casos que este determine, los gobernadores y alcaldes podrán convocar consultas para que el pueblo decida sobre asuntos departamentales, municipales, distritales o locales".

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia apelada de fecha 14 de diciembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y EN FIRME, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 27 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la providencia de 27 de julio de 1973, Consejero Ponente: Dr. HUMBERTO MORA OSEJO, Exp. 1595, Anales Tomo LXXXV, segundo semestre de 1973, Págs. 329 a 335 y la providencia de la Sección Primera radicada bajo el número 1936, Ponente: Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Actor: Juan de Jesús Alvarez Acero.

VEEDURIA DEL TESORO-Funciones/**INSPECCION Y VIGILANCIA/TESORO PUBLICO-**Recursos/**RECURSOS PROVENIENTES DEL EXTERIOR/ CAMPAÑAS ELECTORALES**

Desde su creación (art. 34 transitorio de la Constitución Nacional) la Veeduría del Tesoro tiene como función, impedir de oficio, o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del Tesoro Público, o del exterior, en las campañas electorales. Consecuente con lo anterior, el Decreto 2093 de 1991 en su artículo 4o. donde se establecen las funciones del Veedor, para efectos de la inspección y vigilancia por parte de la Veeduría, se refiere a los recursos del Tesoro Nacional, departamental, municipal, distrital, territorial, lo mismo que los de las entidades públicas descentralizadas de todos los órdenes; a las asociaciones, corporaciones o fundaciones financiadas en todo o en parte con recursos originalmente provenientes del Tesoro; a los recursos provenientes del exterior para la Nación, los departamentos, los municipios, el Distrito Capital o cualquier otro ente territorial que establezca la ley y a los fondos provenientes del exterior para las asociaciones, corporaciones y fundaciones legalmente constituidas. Pero, también es cierto que el mismo artículo 4o. del Decreto 2093 en su numeral 5 consagra como función de la Veeduría impedir que las personas naturales y las sociedades cualquiera que sea su naturaleza, utilicen bienes o recursos provenientes del exterior o de operaciones de comercio exterior, con destino a la financiación de campañas electorales y dar traslado a la Procuraduría; y que el mismo ordenamiento constitucional citado le da a la Veeduría el derecho a pedir y a obtener

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

la colaboración de todas las entidades públicas que ejerzan atribuciones de control y vigilancia, siendo una de ellas las Superintendencias Bancarias y de Sociedades.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Ref.: Expediente No. 2978. Autoridades Nacionales. Actora: Silvia Isabel Reyes Cepeda.

La abogada Silvia Isabel Reyes Cepeda, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita de la Corporación la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, de la resolución No. 000392 de 3 de junio de 1994, expedida por el señor Veedor del Tesoro "Por la cual se impide que los recursos del Tesoro se desvíen hacia fines electorales".

ADMISION DE LA DEMANDA

Como quiera que la demanda reúne los requisitos de ley, la Sala debe aceptarla y disponer su trámite tal como se ordenará en la parte resolutiva de esta providencia.

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En la petición de la medida cautelar, dice la actora que la resolución acusada viola en forma directa y clara lo dispuesto en los artículos 6o. en concordancia con el 122, 29, 58 inciso 1o. y 338 incisos 1 y 3 de la Constitución Nacional, y 266 del Código de Comercio y 13 de la Ley 58 de 1985.

Los cargos formulados contra el acto acusado los resume así la Sala:

Primer cargo. Cuando el acto acusado en su artículo 1o. dispone que la Superintendencia Bancaria y de Sociedades exija a las personas jurídicas sujetas a su control y que hayan efectuado donaciones a favor de partidos o movimientos políticos que apoyen o hayan apoyado a candidatos a la Presidencia de la República o a las Corporaciones Públicas, el envío a la Veeduría de actas, escrituras públicas y certificaciones del Revisor Fiscal sobre donaciones que excedan de cincuenta salarios mínimos, vulnera los artículos 6o. y 122 de la Constitución Nacional y los artículos 4o. y 6o. del Decreto 2093 de 1991, pues de una parte, dicha función no está dentro de las señaladas para la Veeduría en el Decreto 2093 de 1991, y de otra, las facultades de inspección y vigilancia del Veedor del Tesoro se ejercen respecto de entidades que manejen o reciban recursos públicos, mas no de sociedades privadas sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y Bancaria.

Segundo cargo. Al ordenarse el envío a la Veeduría del Tesoro de la copia de la escritura mediante la cual el respectivo notario autorizó la donación que exceda de cincuenta salarios mínimos legales en favor de movimientos o partidos políticos que apoyen candidatos a la Presidencia de la República o a las Corporaciones Públicas, además de violarse los artículos 6o. y 122 de la Carta, se transgrede por extralimitación, la facultad conferida al Veedor en el numeral 5o. del artículo 4o. del Decreto 2093 de 1991, segun el cual, es atribución de dicho funcionario "Impedir que las personas naturales y las sociedades cualquiera que sea su naturaleza, utilicen bienes o recursos provenientes del exterior o de operaciones de comercio exterior, con destino a la financiación de campañas electorales".

Tercer cargo. Los artículos 3o., 4o., 5o., 6o. y 7o. de la resolución 000392, violan en forma directa y además por falta de competencia, los artículos 338 incisos 1o. y 3o., 29 y 58 inciso 1o. de la Constitución Nacional y el artículo 13 de la Ley 58 de 1985 porque de las normas acusadas se desprende la aplicación inmediata de disposiciones tributarias y, en forma retroactiva, para 1993 y para 1994, desconociéndose la competencia en materia tributaria asignada al Congreso, a las Asambleas y a los Concejos y se desconoce, igualmente, el carácter de donaciones con todos sus efectos tributarios concedidos por ley vigente a los aportes a campañas políticas y presume ilícita una conducta ajustada a la ley para derivar en una sanción para cuya fijación no tiene competencia legal alguna.

Cuarto cargo. La resolución No. 000392 viola en forma ostensible los fines asignados a la Veeduría del Tesoro mediante el artículo 34 transitorio de la Constitución, cuales son los de "impedir de oficio, o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del tesoro público o del exterior, en las campañas electorales que se efectúen en el término indicado, exceptuando la financiación de las campañas electorales conforme a la Constitución o a la ley".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Los cargos primero, segundo y cuarto consisten en la violación de los artículos 6o., 122 y 34 transitorio de la Carta Política por parte de la resolución acusada, especialmente en sus artículos 1o. y 2o. que dicen:

> "**Artículo 1o.** Solicitar a las Superintendencias Bancaria y de Sociedades que exijan a las personas jurídicas que estén sujetas a control y que hayan efectuado donaciones a favor de partidos o movimientos políticos que apoyen o hayan apoyado a candidatos a la Presidencia de la República o a las corporaciones públicas, el envío con destino a la Veeduría del Tesoro de los siguientes documentos:
>
> "a- Copia de la parte pertinente del acta o actas de las reuniones de los miembros de la Junta Directiva o de la Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios, según el caso, en donde se hubiere autorizado la donación en referencia, o de los

estatutos sociales cuando estos autoricen directamente al representante legal de la compañía para hacer dichas donaciones.

"b- Copia de la escritura pública mediante la cual el respectivo Notario autorizó cada una de aquellas donaciones que excedan de cincuenta (50) salarios mínimos, conforme a lo previsto en el artículo 1o. del Decreto 1712 de 1989.

"c- Certificación del Revisor Fiscal, o en su defecto del Contador de la sociedad respectiva, sobre si las donaciones efectuadas se ajustan a las prescripciones de los estatutos y a las decisiones de la Asamblea General de Socios o de la Junta Directiva.

"**Artículo 2o.** Las personas naturales que efectúen o hayan efectuado donaciones en dinero o en especie, que excedan de cincuenta (50) salarios mínimos legales en favor de movimientos o partidos políticos que apoyen candidatos a la Presidencia de la República, o a las corporaciones públicas, deberán enviar a la Veeduría del Tesoro, copia de la escritura mediante la cual el respectivo Notario autorizó cada una de aquellas donaciones, conforme a lo previsto en el artículo 1o. del Decreto 1712 de 1989".

Es cierto que desde su creación (art. 34 transitorio de la Constitución Nacional) la Veeduría del Tesoro tiene como función, impedir de oficio, o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del Tesoro Público, o del exterior, en las campañas electorales.

Consecuente con lo anterior, el Decreto 2093 de 1991 en su artículo 4o. donde se establecen las funciones del Veedor, para efectos de la inspección y vigilancia por parte de la Veeduría, se refiere a los recursos del Tesoro Nacional, departamental, municipal, distrital, territorial, lo mismo que los de las entidades públicas descentralizadas de todos los órdenes; a las asociaciones, corporaciones o fundaciones financiadas en todo o en parte con recursos originalmente provenientes del Tesoro; a los recursos provenientes del exterior para la Nación, los departamentos, los municipios, el distrito capital o cualquier otro ente territorial que establezca la ley y a los fondos provenientes del exterior para las asociaciones, corporaciones y fundaciones legalmente constituidas.

Pero, también es cierto que el mismo artículo 4o. del Decreto 2093 en su numeral 5 consagra como función de la Veeduría, impedir que las personas naturales y las sociedades cualquiera que sea su naturaleza, utilicen bienes o recursos provenientes del exterior o de operaciones de comercio exterior, con destino a la financiación de campañas electorales y dar traslado a la Procuraduría; y que el mismo ordenamiento constitucional citado le da a la Veeduría el derecho a pedir y a obtener la colaboración de todas las entidades públicas que ejerzan atribuciones de control y vigilancia, siendo una de ellas las Superintendencias Bancaria y de Sociedades.

De otra parte, no hay claridad suficiente de que la resolución acusada se esté refiriendo a la inspección y vigilancia de sociedades de naturaleza privada o a recursos

de origen diferente al establecido en los artículos 34 transitorio de la Constitución y 4o. del Decreto 2093 de 1991.

Por estas razones no aparece manifiesta ni ostensible la violación de los artículos 6o. y 122 de la Carta Política, y 6o. del Decreto 2093 de 1991, por parte de los artículos 1o. y 2o. de la resolución acusada. Este último, además, al disponer que las personas naturales que efectúen o hayan efectuado donaciones en dinero o en especie, que excedan de cincuenta salarios mínimos legales en favor de movimientos o partidos políticos, deben enviar a la Veeduría copia de la escritura por la que el respectivo Notario autorizó la donación, en principio, se halla en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto 1712 de agosto 1o. de 1989, según el cual "Corresponde al Notario autorizar mediante escritura pública, las donaciones cuyo valor exceda la suma de 50 salarios mínimos mensuales, siempre que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal".

Ahora, para concluir en la extralimitación de las funciones del Veedor, se hace necesario hacer, en la oportunidad procesal de dictar sentencia un estudio a fondo sobre el alcance de las facultades de inspección y vigilancia que a este funcionario le otorga el citado artículo 4o. del Decreto 2093 de 1991.

El tercer cargo se formula contra los artículos 3o., 4o., 5o., 6o. y 7o. de la resolución 000392, que en su orden disponen:

"**Artículo 3o.** La información solicitada en la presente resolución se refiere a los períodos gravables de los años 1993 y 1994.

"**Artículo 4o.** La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se abstendrá de otorgar el beneficio de la exención o rebaja de impuesto de que trata la presente resolución a las personas jurídicas que incumplan las determinaciones aquí contempladas.

"**Artículo 5o.** Las donaciones, contribuciones o aportes efectuados de derecho civil, de que trata la presente resolución, no se podrán deducir de las declaraciones de renta y complementarios, de la renta de ningún año gravable, por cuanto ello equivale a desviar recursos públicos hacia fines electorales y políticos.

"**Artículo 6o.** Notificar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y entregar copia de la presente resolución".

"**Artículo 7o.** La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición".

Se dice en el libelo que las anteriores disposiciones violan en forma directa y, además, por falta de competencia, lo dispuesto en los artículos 338 incisos 1o. y 3o., 29 y 58 inciso 1o. de la Constitución Nacional, y el artículo 13 de la Ley 58 de 1985.

Respecto de la supuesta contradicción de los artículos 6o. y 7o. del acto acusado, no expresa la solicitante concepto de violación alguno ni cita concretamente las disposiciones legales o constitucionales que pudieren resultar transgredidas por ellos,

circunstancia que releva a la Sala de pronunciarse sobre este aspecto de la controversia.

El artículo 3o. acusado se limita a solicitar la información de que trata la resolución, respecto de los períodos gravables de 1993 y 1994, sin que ello signifique a primera vista señalamiento de término alguno o aplicación inmediata o retroactiva de alguna medida referente a los impuestos.

No puede decirse lo mismo en relación con lo dispuesto en los artículos 4o. y 5o. de la resolución acusada por cuanto allí se priva a las personas jurídicas de la rebaja de los impuestos, que significa el considerar las contribuciones en dinero o en especie que se hagan en favor de partidos o agrupaciones o en especie que se hagan en favor de partidos o agrupaciones debidamente registrados y que no excedan los límites fijados en la ley, según lo consagra el artículo 13 de la Ley 58 de 1985. Con esta medida, no hay duda alguna que la Veeduría está fijando los sujetos pasivos, los hechos, las bases gravables y las tarifas de los impuestos, arrogándose una competencia que la Constitución Nacional en su artículo 338 le otorga a la ley, a las ordenanzas y a los acuerdos según el caso.

Así las cosas, la Sala encuentra que los artículos 4o. y 5o. de la resolución 000392 del 3 de junio de 1994 sí violan de manera flagrante el artículo 338 de la Constitución Nacional y el 13 de la Ley 58 de 1985 por lo que deben ser suspendidos provisionalmente en la parte resolutiva de este auto.

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

RESUELVE:

1o. ADMITIR la demanda de nulidad instaurada por la Dra. Silvia Isabel Reyes Cepeda contra la resolución No. 000392 de 3 de junio de 1994 expedida por la Veeduría del Tesoro. Para su trámite se dispone:

a) Notificar al señor Veedor del Tesoro en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A. Entréguesele copia de la demanda y sus anexos.

b) Notificar personalmente al señor Procurador Delegado ante esta Corporación.

c) La 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 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 los artículos 4o. y 5o. de la Resolución No. 000392 del 3 de junio de 1994.

3o. DENEGAR la suspensión provisional de las demás normas acusadas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el 28 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: En sentencia de 13 de marzo de 1995, se anularon los arts. 4 y 5 de la resolución 000392 del 3 de junio de 1994.

TASA RETRIBUTIVA/SERVICIO DE ELIMINACION/INDERENA-Funciones/**USO DE AGUAS/CONTROL DE LAS CONSECUENCIAS NOCIVAS**-Demostración

La utilización de las aguas para introducir o arrojar desechos o desperdicios mineros o industriales, vapores o sustancias nocivas que sean resultado de actividades lucrativas, "podrá sujetarse al pago de tasas retributivas del servicio de eliminación o control de las consecuencias de las actividades nocivas expresadas". Está comprobado en el proceso que Acerías Paz del Río hizo utilización de las aguas para los fines ya descritos. Está igualmente definido en el proceso que "el control de las consecuencias" nocivas por la utilización de las aguas conlleva el pago de tasas retributivas. Pero no está debidamente demostrado en el proceso que el control se hubiera llevado a cabo por parte de la entidad que lo debía efectuar, esto es, el INDERENA. El resultado lógico del anterior silogismo es que no hay lugar a la contraprestación exigida puesto que la prestación no se demostró. DECLARA LA NULIDAD de los artículos 2o. de la resolución 0191 del 30 de agosto de 1991 y 1o. de la resolución 026 del 21 de febrero de 1992, expedidas por el Director del INDERENA Regional Boyacá-Casanare.

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

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Ref.: Expediente No. 2792. Autoridades Nacionales. Actora: Sociedad Acerías Paz del Río S.A.

Se entra a decidir el recurso de apelación interpuesto por Acerías Paz del Río, actora en el proceso de la referencia, contra la sentencia del 7 de diciembre de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

A) La acción

Es la de nulidad y restablecimiento del derecho incoada contra los siguientes actos expedidos por el Director del Inderena, Regional Boyacá-Casanare: El artículo 2o. de la resolución No. 0191 del 30 de agosto de 1991, por medio de la cual se efectúa el cobro de la tasa retributiva y 1o. de la resolución No. 026 del 21 de febrero de 1992, por medio de la cual se desata un recurso de reposición interpuesto contra la resolución anteriormente citada.

Como fundamentación fáctica de la acción, se anota:

Dentro de su proceso industrial, Acerías Paz del Río S.A. hace uso de aguas que toma de la Laguna de Tota, en desarrollo de concesión que le fuere otorgada. Luego de utilizar las aguas y de realizar a las mismas un tratamiento, son vertidas al río Chicamocha.

Por exigencia del INDERENA, la empresa presentó un estudio de Caracterización Físico-química de los vertimientos de Aguas Residuales, Industriales y Sanitarias correspondiente al segundo semestre de 1990 el cual fue elaborado por el Instituto Nacional de Investigaciones Geológico Mineras (INGEOMINAS) y en él se indican las sustancias que presentan los vertimientos incluyendo las de interés sanitario como otras que no lo son. El estudio demuestra que los vertimientos no producen efectos contaminantes, que su calidad es superior a la exigida para el consumo humano, agrícola y pecuario; es más, superior a la que tenía antes de los vertimientos.

Hecha la evaluación del estudio, el INDERENA expidió la resolución 0191 del 30 de agosto de 1991 mediante la cual decidió, entre otras cosas, "aceptar la información presentada por ACERIAS PAZ DEL RIO S.A., mediante oficio DDC-063 del 6 de febrero de 1991, sobre caracterización de los vertimientos industriales y sanitarios correspondientes al segundo semestre de 1990" y ordenó a Acerías Paz del Río, S.A., "cancelar al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Inderena, la suma de cuarenta y un millones trescientos siete mil seiscientos tres pesos ($41.307.603) moneda corriente, por concepto de tasa retributiva, que corresponde al segundo semestre de 1990". El INDERENA, al imponer esta tasa retributiva, no tuvo en cuenta que no existía ni existe un programa destinado a eliminar las consecuencias

nocivas que se pudieren producir en el ambiente, entre otras razones porque no existían ni existen consecuencias nocivas que se deban eliminar, en la zona en que Acerías Paz del Río hace sus vertimientos.

No existió un acto previo del Gobierno que calculara los costos de prevención, corrección o eliminación de los efectos nocivos al ambiente, como lo exige el artículo 19 del Decreto Ley 2811 de 1974. Además, las tasas no le fueron impuestas a todas las personas que hacen sus vertimientos en la misma zona, no se tuvo en cuenta que parte de la carga de elementos aportados por Acerías Paz del Río proviene de las aguas tomadas de la laguna de Tota ni que las disposiciones legales pertinentes consideran que para dicha liquidación no se deben incluir los elementos cromo y zinc.

Contra la resolución mencionada se interpuso el recurso de reposición el cual fue resuelto mediante la resolución 026 de febrero 21 de 1992, expedida por el Director Regional del Inderena Boyacá-Casanare, confirmando la decisión allí tomada.

Cita el actor como fundamentos de derecho y normas violadas los artículos 8o. 18 y 19 del Decreto Ley 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente) así como el 20, 74, 138, 142 y 147 del Decreto 1594 de 1984.

B) El fallo apelado

Mediante sentencia del 7 de diciembre de 1993, el Tribunal Administrativo de Boyacá falló el proceso negando las pretensiones de la demanda exponiendo para decisión, entre otros, los siguientes motivos:

> "Uno de los aspectos que ataca la demanda, es el de que se incluyó en la liquidación el cromo al calificarlo como sustancia de interés sanitario, violándose de esta manera los artículos 20 y 74 del Decreto 1594 de 1984.
>
> "Al respecto anota la Sala, que no es cierta la aseveración hecha en la demanda, puesto que tanto el artículo 20 como el 74 del Decreto 1594 de 1984, relaciona el cromo como elemento sanitario (sic). El artículo 20 lo relaciona en sexto lugar y el 74 en quinto lugar. Entonces por este aspecto no se han violado los artículos referidos.
>
> "...La sustancia de la demanda radica en que se trata de una tasa y entonces esta requiere la prestación de un servicio, como compensación a ella. Para reforzar su tesis, la demanda cita una jurisprudencia del honorable Consejo de Estado. En esa apreciación asiste razón al demandante, pues efectivamente la característica de la taza (sic), es que a cambio de un pago se presta un servicio. En lo anterior no se puede presentar discusión de ninguna especie (...) Acerías Paz de Río utiliza, hace uso, se aprovecha de las aguas que toma de la laguna de Tota. Y si hace uso, si utiliza esas aguas, en esto consiste precisamente la compensación. Entonces, sí se le presta un servicio a la Empresa Paz de Río, pues como ella

misma lo reconoce (sic), utiliza las aguas de la laguna de Tota (sic), para las labores de la empresa".

Se transcriben en el fallo los artículos 18 del Decreto 2811 de 1974 y 142 del Decreto 1954 de 1984 para concluir que "Existe pues una legislación que autoriza el cobro de esas tasas semestralmente. Tanto el Decreto 2811 del 74 (sic) como el 1594 del 84 (sic), están en plena vigencia, de tal suerte que como esas disposiciones fueron la base para fijar la cuota de que se viene hablando, se ha obrado de conformidad con la legislación correspondiente y por ende, las pretensiones de la demanda, habrán de negarse".

LA APELACION

El señor apoderado especial de la sociedad ACERIAS PAZ DEL RIO S.A. sustentó ante esta Corporación el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, *ut supra* reseñado, a fin de que sea revocado y en su lugar se acceda a las peticiones de la demanda.

Comienza el apelante por transcribir los artículos 18 del Decreto 2811 de 1974 y 142 del Decreto 1594 de 1984 para hacer observar que dichas normas corresponden a títulos y capítulos que tienen por epígrafe "TASAS RETRIBUTIVAS DE SERVICIOS AMBIENTALES" y "DE LAS TASAS RETRIBUTIVAS", respectivamente, y que en consecuencia ello remite al criterio tenido en cuenta por el legislador para la determinación y fijación del aporte fiscal de que se trata.

Con fundamento en la doctrina y jurisprudencia de esta Corporación así como en definiciones semánticas, sostiene, sobre el primer punto de la impugnación:

"El pago de una **"tasa retributiva"** consiste en la acción de recompensar a alguien por un servicio o beneficio recibido. Si la aludida expresión en la norma se complementa con la descripción del tipo de servicios por retribuir queda estructurada la hipótesis normativa completa en cuanto fija la carga fiscal y el hecho generador, así como los diferentes condicionamientos de procedibilidad a que lo quiera someter cuando, como en el caso que nos ocupa, la misma disposición puntualiza los supuestos de cuya ocurrencia depende la posibilidad de hacer efectivo el cobro de la tasa retributiva.

"Aplicada, entonces, dicha acepción al concepto fiscal de tasa, ha de entenderse que se trata de una contraprestación de carácter retributivo, esto es que su causación debe suceder cuando ha habido un servicio o beneficio directo, individualizado y definido previamente por el legislador. De no ser así rondaría los linderos del impuesto cuyos elementos fundamentales son bien distintos a los señalados y sobre los cuales evidentemente no es del caso profundizar en esta oportunidad.

"Tal aserto es corroborado por la disposición contenida en el artículo 147 del Decreto 1595 de 1984 en la que se prevé que las EMAR (Entidad Encargada

del Manejo y Administración del Recurso) que son los organismos que tienen asignadas esas funciones por la ley, o por delegación como el INDERENA, la CAR, el HIMAT, la DIMAR, etc.

"...recaudarán el producto de las tasas retributivas cuando lleven a cabo el servicio de eliminación o control de las consecuencias de las actividades nocivas a que se refiere el artículo 142 de este Decreto...".

"La expresión normativa destacada por nosotros es indicativa de procedibilidad condicional. Se trata de una perfecta modalidad condicional traída por la ley, en la cual se exige que suceda una circunstancia o hecho, para el caso, la prestación específica e inconfundible del servicio de eliminación o control de las consecuencias de las actividades nocivas, lo cual quiere decir que únicamente y en tanto tal servicio sea efectivamente prestado, habrá lugar al recaudo, por parte de la EMAR, de la correspondiente tasa retributiva autorizada por la ley".

Otras explicaciones expone el recurrente sobre el concepto de tasa retributiva para cuya liquidación y cobro, según su conclusión se requiere el cumplimiento de las condiciones que la propia ley establece, las que en este caso han sido pretermitidas, ignoradas por la administración.

Pasa luego a formular la impugnación desde la perspectiva de las falencias de carácter técnico en que se incurrió con la expedición de las resoluciones demandadas, y particularmente en lo que respecta a la consideración de los elementos químicos zinc y cromo para los efectos de la liquidación de la improcedente tasa retributiva, cuya dilucidación resulta fácilmente solucionable, acudiendo a la simple comparación de los textos normativos y a los informes aceptados por la propia administración". Sobre estas consideraciones y, en general, sobre todas las expuestas por el apelante, en su detallado memorial se hará mención en cuanto fuere pertinente en la parte motiva de esta providencia.

Concluye el memorialista su exposición afirmando que "La concurrencia de todas las violaciones anotadas a las disposiciones señaladas comprometen a la administración y a sus funcionarios en la evidente incursión en las causales de anulación de los actos administrativos consistentes en la extralimitación de funciones, abuso del poder, desviación de poder y falsa motivación en la adopción de las decisiones a que se refieren los artículos segundo y primero de las resoluciones 0191 de 1991 y 026 de 1992, respectivamente, expedidas por el Director del INDERENA Regional Boyacá-Casanare".

INTERVENCION FINAL DE LAS PARTES

En auto del 22 de abril de 1994 se corrió traslado a las partes y a la señora Procuradora Delegada ante esta Corporación para los efectos de alegar en conclusión. El señor apoderado de la firma actora se hizo nuevamente presente para hacer valer

sus argumentos manifestando que "en síntesis, el recurso se fundamenta en la concepción de TASA RETRIBUTIVA, la cual implica una contraprestación, y la ausencia del servicio de eliminación y control en este caso, impide el cobro de la tasa" y que, "Por no existir ningún servicio de eliminación o control y pretender el cobro de la tasa retributiva correspondiente se violaron los artículos 18 del Decreto 2811 de 1974, 142 y 147 del Decreto 1594 de 1984".

Ni la entidad demandada ni la señora Procuradora Delegada se hicieron presentes en esta parte del proceso.

LA SALA CONSIDERA Y DECIDE:

Se dispone la Sala a examinar si los actos acusados son violatorios de las normas superiores señaladas por el accionante, esto es, los artículos 8o., 18 y 19 del Decreto Ley 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente) y 20, 74, 138, 142 y 147 del Decreto 1594 de 1984 según concreta cita hecha en la demanda (folio 24) y si, según los términos de la apelación, el fallador de primera instancia desconoció en su totalidad el texto de la norma aplicable, ignoró la existencia de las pruebas, sentenció sobre la base de una norma no aplicable por extensión y, en fin, si pretermitió el análisis de las pruebas solicitadas y aportadas oportunamente en la instancia inicial.

Los actos cuya nulidad se solicitan son:

a) El artículo 2o. de la resolución 0191 del 30 de agosto de 1991 que reza:

> "Acerías Paz del Río S.A., deberá cancelar al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, INDERENA, la suma de CUARENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL SEISCIENTOS TRES PESOS ($41.307.603) m/cte., por concepto de tasa retributiva, que corresponde al segundo semestre de 1990".

b) El artículo 1o. de la resolución 026 del 1o. de febrero de 1992 que reza:

> "Confirmar en todas sus partes la Resolución 0191 del 30 de agosto de 1991, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia".

Ambas resoluciones fueron expedidas por el Director del INDERENA Regional Boyacá-Casanare.

Deberá entonces estudiarse, como es lógico, si la cancelación ordenada en las disposiciones transcritas tiene una fundamentación legal. Para tal efecto procede el examen de las normas pertinentes siguiendo el mismo orden tomado por el apelante en su memorial sustentatorio (folio 10).

Dispone el artículo 18 del Decreto 2811 de 1974:

> "La utilización directa o indirecta de la atmósfera, de los ríos, arroyos, lagos y aguas subterráneas, y de la tierra y el suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de

cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades lucrativas, podrá sujetarse al pago de tasas retributivas del servicio de eliminación o control de las consecuencias de las actividades nocivas expresadas.

"También podrán fijarse tasas para compensar los gastos de mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales renovables".

Por su parte el artículo 142 del Decreto 1594 de 1984 precisó, al reglamentar la anterior disposición, que:

"De acuerdo con el artículo 18 del Decreto 2811 de 1974, la utilización directa o indirecta de los ríos, arroyos, lagos y aguas subterráneas para introducir o arrojar en ellos desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen y sustancias nocivas que sea resultado de actividades lucrativas, se sujetará al pago de tasas retributivas del servicio de eliminación o control de las consecuencias de las actividades nocivas expresadas. Dichas tasas serán pagadas semestralmente en los términos del presente decreto".

Asiste la razón al apelante cuando hace énfasis en la pertenencia de las normas transcritas a los epígrafes "TASAS RETRIBUTIVAS DE SERVICIOS AMBIENTALES" y "DE LAS TASAS RETRIBUTIVAS" remitiéndose para su amplia explicación al criterio tenido en cuenta por el legislador para la determinación y fijación de ese aporte y a los criterios al respecto contenidos en la doctrina y jurisprudencia del Consejo de Estado. Las bien traídas citas de esta Corporación, pueden compendiarse, en orden a la brevedad, al extracto de la sentencia del 4 de agosto de 1987, expediente número 496, Sección Primera, con ponencia del Consejero Samuel Buitrago Hurtado, donde se reafirma:

"El elemento esencial que caracteriza la tasa es la noción de contraprestación, de voluntariedad; la persona entrega dinero a la administración pública y en cambio recibe una contraprestación concreta, un servicio determinado, pero no se puede decir que si la administración por las condiciones ventajosas en que se encuentra con respecto a los particulares, exige una remuneración exorbitante por los servicios que presta, está estableciendo un impuesto paralelo a la tasa. Es preciso para la determinación de la tasa, para descubrirla y graduarla exigir en cada caso particular una confrontación de contraprestaciones...".

Estando pues tan definido el criterio de esta Sección y, en general de la Corporación, sobre la concepción jurídica de las expresiones "tasa" y "tasa retributiva", no es necesario hacer más elucubraciones al respecto, siendo suficiente manifestar el acuerdo de esta Sala con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia traída a relación por el apelante, en cuanto que el Estado, en ejercicio de la facultad impositiva, establece el pago obligatorio de ciertas sumas de dinero -que grava únicamente a las personas que ponen en acción el aparato público- al ser beneficiarias del servicio, de la actuación estatal con el fin de recuperar los costos que el Estado presta al individuo

y que la Constitución permite que las autoridades "fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen, pero el sistema y el método para definir tales costos o beneficios, y la forma de hacer su reparto deben ser fijados por la ley, las ordenanzas, y los acuerdos (C.P. art. 338)"... "la tarifa de la tasa está dominada por la idea del costo que para el Estado significa el servicio demandado por el individuo". (Sentencia C-144, abril 20 de 1993, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

No hay desacuerdo entre las partes en que el sistema y el método para definir los costos y hacer el reparto de las tasas y contribuciones están fijados por la ley, en este caso concreto el Decreto-Ley 2811 de 1974 y el Decreto Reglamentario 1594 de 1984, en los artículos por ellas citados y analizados.

En los alegatos de conclusión de la primera instancia, manifiesta la señora apoderada del INDERENA lo siguiente:

> "Acerías Paz del Río S.A. utiliza el río Chicamocha para introducir o arrojar en él desechos industriales, resultado de sus actividades lucrativas independiente a que sean nocivas o no; el Estado a través del INDERENA ejerce un control de las actividades de la empresa, evalúa el cumplimiento de las obras y medidas de mitigación, realiza muestreos esporádicos a fin de determinar la calidad de los recursos naturales renovables, exige caracterizaciones, brinda asesoría en el manejo y control ambiental, etc.; el INDERENA y su Regional en general realiza actividades tendientes a ejercer un control de la contaminación y protección de los recursos naturales renovables de la zona. Es así como en cumplimiento de dichas actividades, la Regional Boyacá-Casanare, participa en proyectos de la Subgerencia del Medio Ambiente, como el de seguimiento y evaluación de Impacto Ambiental entre otros; el Gobierno Nacional a través del Inderena si se observa el D. 501 de 1989, está orientado a la defensa, control, administración de los Recursos Naturales Renovables en este caso "El Agua", se asigna un presupuesto para ello a través de todos sus proyectos, todo esto orientado al mismo fin "Control";" (folio 91).

No obstante la clara enunciación de las actividades que constituyen el control a que está obligado el INDERENA, hechas por la señora apoderada en el párrafo anterior y en otras partes de su luengo memorial, no hace desembocar su exposición en la explicación, ya sobre el caso concreto que se analiza, de si se hizo el control y de qué manera a los vertimientos de Paz del Río que ocasionaron la tasa cuestionada ni en la demostración, sobre las pruebas por ella aportadas y solicitadas, de la evaluación del cumplimiento de las obras y medidas de mitigación, de los muestreos esporádicos que se realizaron a fin de determinar la calidad de los recursos naturales renovables, la asesoría en el manejo y control ambiental, etc.

En el cuaderno número 3, denominado "pruebas de la parte demandada", se observan (folios 230 a 263) los documentos que pruebas las actividades desarrolladas

por INGEOMINAS sobre los vertimientos hechos en aguas de la Nación. Dichos documentos se inician con el oficio 0126 del 24 de mayo de 1991, mediante el cual se le informa al Director de Desarrollo de Personal y Control Ambiental de Acerías Paz del Río de "los resultados de la caracterización físico-química de los afluentes líquidos industriales que la Empresa Paz del Río vierte al río Chicamocha, correspondiente al cuarto muestreo". Los análisis, según el informe, se hicieron sobre muestras compuestas respecto al caudal y los resultados son valores ponderados.

Anota la Sala que, si bien los informes se fundamentan en parámetros eminentemente técnicos, no dejan duda alguna de que son el resultado de una investigación seria sobre las consecuencias de las actividades nocivas representadas en la utilización de las aguas para introducir o arrojar en ellas desechos o desperdicios mineros o industriales, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades lucrativas, según la terminología del artículo 18 del Decreto Ley 2811 de 1974.

Es decir, siguiendo el hilo del discurso expuesto por la señora apoderada del INDERENA, *ut supra* transcrito, bien podría pensarse que es un estudio más o menos similar, más profundo y detallado seguramente, el que ha debido ejecutar el INDERENA dentro de la labor de "control" a ella asignado por las normas que la profesional trae a relación, muy en particular el Decreto 501 de 1989 en el que se le encarga de **"Controlar y reglamentar los vertimientos en las corrientes y depósitos de aguas de uso público"** (las subrayas son de la apoderada; folio 63). Pero no; no existe la más mínima prueba de que el INDERENA hubiese realizado estudio o control alguno en el desempeño de sus obligaciones, a no ser que la respondiente tenga por tales las fotocopias denominadas "Formulación y evaluación de estudios ecológico y ambiental" en los que tangencialmente se menciona a Acerías Paz del Río (folio 10, cuaderno dos, "pruebas de la parte actora").

No se puede pretender que son pruebas para demostrar la actividad de control las copias que en el capítulo de pruebas hizo allegar la señora procuradora de los intereses jurídicos del INDERENA, tanto del decreto 501 de 1989 como de las resoluciones por medio de las cuales se delegan a esa entidad funciones en materia de vertimientos. Sería tanto como querer probar que un determinado funcionario público ha cumplido con su deber, transcribiendo las funciones que se le asignan en el decreto que crea el cargo. La ingenuidad de la propuesta pone de relieve la carencia de sustento de lo que se afirma.

Tampoco logran ser prueba alguna los informes de actividades durante el año de 1990 de la Unidad Ambiental Regional, otro de los medios probatorios que quiso hacer valer la apoderada de la empresa demandada pues, paradójicamente, en dichos folios (14, 15, 16, 17 y 18, *ibídem*) no se hace mención alguna de Acerías Paz del Río y ni siquiera se atribuye a ninguna entidad la realización de las actividades que allí escuetamente se mencionan.

Debe colegirse entonces que debiendo la empresa demandante pagar unas tasas por el servicio de eliminación o control de los resultados negativos de sus vertimientos, no puede el INDERENA exigirle dicho pago si no demuestra que prestó el servicio de

eliminación o que hizo el control precisado en la ley. No basta la elocuencia desplegada por la respondiente para rebatir la pretensión del accionante sino que, como es usual en derecho, hay que comprobar con hechos lo afirmado, lo que corresponde al clásico adagio romano "da mihi facti, ego tibi iud".

Concluyendo tenemos en el caso planteado los siguientes presupuestos:

a) "Dentro de su proceso industrial, Acerías Paz del Río S.A., hace uso de aguas que toma de la laguna de Tota, en desarrollo de concesión que le fuera otorgada. Una vez utilizadas las aguas, y luego de realizar tratamientos a las mismas, Acerías Paz del Río, S.A., las vierte en el río Chicamocha". (Hechos 1 y 2 de la demanda; folios 20 y 21, cuaderno principal).

b) La utilización de las aguas para introducir o arrojar desechos o desperdicios mineros o industriales, vapores o sustancias nocivas que sean resultado de actividades lucrativas, "podrá sujetarse al pago de tasas retributivas del servicio de eliminación **o control de las consecuencias de las actividades nocivas expresadas"** (Decreto-Ley 2811 de 1974, subraya la Sala).

c) Está comprobado en el proceso que Acerías Paz del Río hizo utilización de las aguas para los fines ya descritos. Está igualmente definido en el proceso que "el control de las consecuencias" nocivas por la utilización de las aguas conlleva el pago de tasas retributivas. Pero no está debidamente demostrado en el proceso que el control se hubiera llevado a cabo por parte de la entidad que lo debía efectuar, esto es, el INDERENA.

El resultado lógico del anterior silogismo es que no hay lugar a la contraprestación exigida puesto que la prestación no se demostró.

Siendo el INDERENA una de las Entidades Encargadas del Manejo y Administración del Recurso (EMAR), se deriva que con el acto demandado violó en forma ostensible el artículo 147 del Decreto 1594 de 1984 que prescribe:

> "Las EMAR recaudarán el producto de las tasas retributivas cuando lleven a cabo el servicio de eliminación o control de las consecuencias de las actividades nocivas a que se refiere el artículo 142 de este decreto. Cuando se adelanten por parte del Ministerio de Salud o sus entidades delegadas, con su participación, así como por cualesquiera otras entidades, deberá previamente convenirse entre ellas el porcentaje de participación que a cada una corresponde".

Símile modo, se ven también desobedecidos por la resolución 0191 de 1991, demandada, los artículos 147 del mismo decreto y el 18 del Decreto 2811 de 1974 en los que se exige el control de las consecuencias de las actividades nocivas derivadas del uso de las aguas como razón del pago de las tasas retributivas que en ellos se establecen. Se impone, en consecuencia, la declaración de nulidad de dicho acto administrativo así como la de aquel que niega su reposición.

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:

REVOCASE el fallo proferido en el proceso de la referencia el siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), por el Tribunal Administrativo de Boyacá y en su lugar, DECLARASE LA NULIDAD de los artículos 2o. de la resolución 0191 del 30 de agosto de 1991 y 1o. de la resolución 026 del 21 de febrero de 1992, expedidas por el Director del INDERENA Regional Boyacá-Casanare, por medio de los cuales se determinó que "la empresa ACERIAS PAZ DEL RIO S.A., deberá cancelar al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Inderena, la suma de cuarenta y un millones trescientos siete mil seiscientos tres pesos ($41.307.603) moneda corriente, por concepto de tasa retributiva correspondiente al segundo semestre de 1990", y se confirma la anterior decisión.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el 28 de julio de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de la sentencia C-144 de la Corte Constitucional de abril 20 de 1993, Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; a la vez que reitera la jurisprudencia de 4 de agosto de 1987, Exp. 496, Sección Primera, con ponencia del Dr. SAMUEL BUITRAGO HURTADO.

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL-Personería Jurídica/**CONTRALORIAS**-Facultad para contratar/**ENTIDADES PUBLICAS**-Facultades/**CONTRALORIA DEPARTAMENTAL**-Facultades/**AUTONOMIA ADMINISTRATIVA/AUTONOMIA PRESUPUESTAL/AUTONOMIA CONTRACTUAL**

A raíz de lo dispuesto en algunas disposiciones de la Ley 80 de 1993, "por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública", no puede decirse con propiedad que las Contralorías departamentales y municipales carezcan de facultad para contratar. La Ley 80 de 1993 constituye un cuerpo normativo de reglas y principios generales, que rigen la contratación de las entidades estatales en todos los órdenes y niveles de la administración. Su objeto, según lo expresa el artículo 1o. es el de "disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales", entre las cuales, en su artículo 2o. literal b) señala a la Contraloría General de la República y a las Contralorías departamentales, distritales y municipales. Además, en el artículo 11, numeral 3, literal b), entre los servidores públicos que tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva, a nivel territorial, señala a los contralores departamentales, distritales y municipales. La capacidad para contratar que le otorgó la Ley 80 de 1993 a las entidades estatales es independiente de que tengan o no personería jurídica, ya que el estatuto respecto a la competencia para celebrar contratos, no se refiere a personas sino a entidades estatales, sin que sean identificadas a la noción de persona jurídica. Tanto la Ley 80 de 1993 como la Ley 42 de ese mismo año, en el artículo

66, preceptúan que "En desarrollo del artículo 272 de la Constitución Nacional, las Asambleas y los Concejos distritales y municipales deberán dotar a las contralorías de la jurisdicción de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, de tal manera que les permita cumplir con sus funciones como entidades técnicas".

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL/PRESUPUESTO DE GASTOS/ CUPO DE ENDEUDAMIENTO/GOBERNADOR-Iniciativa/**ASAMBLEA DEPARTAMENTAL**-Funciones

Así como se requiere la iniciativa del Gobernador para que la Asamblea, de conformidad con el numeral 5 y el último inciso del artículo 300 de la Constitución Nacional expida las normas orgánicas del presupuesto departamental y el presupuesto anual de rentas y gastos y las que creen servicios a cargo del Departamento o los traspasen a él, de la misma manera se requiere tal iniciativa para expedir las medidas que afecten dicho presupuesto en el que deben estar incluidos, entre otros, los organismos de la administración pública en su nivel central y la Contraloría Departamental.

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

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Ref.: Expediente No. 2859. Autoridades Departamentales. Actor: Aquiles Torres Bretón.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Departamento de Santander contra la providencia de 25 de enero de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de ese Departamento, mediante la cual declara la nulidad de la Ordenanza 040 de 4 de diciembre de 1992.

ANTECEDENTES

En acción pública el señor Aquiles Torres Bretón solicitó la nulidad de la Ordenanza No. 040 de diciembre 4 de 1992,**emanada de la Asamblea Departamental de Santander** "Por la cual se fija el cupo de endeudamiento para la Contraloría Departamental y se dictan otras disposiciones".

Señaló el actor en esa oportunidad como normas violadas los artículos 300 numerales 9 y 11 de la Constitución Nacional y 245 del Decreto 1222 de 1986.

Partiendo de la base de que la Ordenanza fue presentada a iniciativa del Contralor, adujo que la Asamblea no está facultada para entregarle a este funcionario las funciones que le otorga la Constitución Nacional; que de conformidad con el último inciso del artículo 300 de la C.N., las ordenanzas a que se refieren los numerales 3, 5 y 7 de este artículo, las que decreten inversiones, participaciones o concesiones de

rentas y bienes departamentales, sólo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobernador "y como podemos ver de la copia de la certificación de la Asamblea, fue presentada, a iniciativa del señor Contralor que no tenía esa facultad".

Se aduce también en la demanda en relación con el artículo 245 del Código de Régimen Departamental que con la Ordenanza impugnada se reajustó el presupuesto de la Contraloría sin observar lo consagrado en la ley.

La defensa por su parte argumenta en síntesis que la Ordenanza acusada no infringe normas de superior jerarquía porque el Contralor del Departamento posee las facultades necesarias para tomar iniciativas referentes al Presupuesto de la Contraloría Departamental, ya que del artículo 268 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 272 *ibídem* se deduce que el Contralor Departamental tiene las mismas facultades que tiene el Contralor General de la Nación las cuales ejerce con total autonomía administrativa y presupuestal, entre las cuales figura la de presentar proyectos de ley, relacionados con el Régimen de Control Fiscal y con la organización y funcionamiento de la Contraloría General, ya que como responsable de la gestión fiscal tiene el deber de tomar todas las medidas indispensables para el correcto manejo de la dependencia a su cargo.

LA PROVIDENCIA APELADA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación:

A nivel departamental corresponde a la Asamblea expedir anualmente el Presupuesto de Gastos y Rentas del Departamento, y de conformidad con el artículo 245 del Decreto 1222 de 1986, destinar hasta el 2% de los ingresos propios de dicho ente territorial para el funcionamiento de la Contraloría.

Al autorizarse un cupo de endeudamiento para que la Contraloría sufrague los gastos relacionados con vacaciones, indemnizaciones de vacaciones, prima, gastos generales y sueldos de sus funcionarios, necesariamente se está afectando el presupuesto anual de rentas y gastos del departamento. Estos cupos de endeudamiento tienen que ser manejados por la autoridad competente para disponer del presupuesto general, esto es, por la Asamblea General a iniciativa del Gobernador (art. 300 num. 5 C.N.).

Por mandato del inciso final del artículo 300 de la Constitución Nacional, los actos referidos a los numerales 3, 4 y 5, son actos administrativos complejos, porque para su conformación debe obrar en forma ineludible la iniciativa del mandatario seccional.

La Asamblea Departamental no podía otorgar al Contralor autorización para contratar empréstitos, acto que implica la adquisición de obligaciones y derechos a cargo del Departamento que no puede asumir la Contraloría por no tener personería jurídica.

El concepto de autonomía administrativa y presupuestal de los entes fiscalizadores se limita únicamente al ámbito de su propia organización como lo estatuye el inciso 4o. del artículo 267 de la C.N., pues de otra manera se estaría violando el principio de la no intervención de la Contraloría en las actividades de la administración, y distorsionando la finalidad de este ente.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En su escrito de apelación el recurrente considera, en síntesis, lo siguiente:

La Constitución Nacional en su artículo 268 le confiere plenas facultades al Contralor General de la República para ejercer sus funciones con total autonomía administrativa y presupuestal. Mediante la Ordenanza 040 de 1992 no se le confirieron al Contralor las funciones que para el Gobernador señalan los numerales 3, 5, 7 y 11 del artículo 300 de la Carta Política.

El artículo 66 de la Ley 42 de enero de 1993, le otorgó a las Asambleas y Concejos Distritales y Municipales la prerrogativa de dotar a los Contralores de autonomía presupuestal, administrativa y contractual de tal forma que pudieran cumplir sus funciones como entidades técnicas.

El Decreto 253 del 30 de septiembre de 1992, por el cual se modifica el control fiscal en Santander, en el literal f), artículo 422 autoriza al Contralor General del Departamento para celebrar los contratos necesarios para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría siempre que haya apropiación suficiente.

Según el artículo 272 de la Constitución Nacional, los Contralores Departamentales ejercen dentro del ámbito de su jurisdicción las mismas atribuciones conferidas al Contralor General de la República de donde se concluye que al Contralor Departamental, le asiste autoridad para presentar proyectos de Ordenanza, que traten sobre el funcionamiento de la Contraloría y del control fiscal que dicha entidad debe ejercer.

La autonomía administrativa, presupuestal y contractual de las Contralorías Departamentales, hacen que éstas sean un órgano público, autónomo e independiente, en el que el Contralor lleva la representación legal de los asuntos que versan sobre el control fiscal, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Nacional y la ley.

La Ley 42 de 1993, le asignó a las Asambleas Departamentales la obligación de dotar a las Contralorías de los mecanismos necesarios para desarrollar en forma autónoma la función administrativa de celebrar contratos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Mientras que el Tribunal de primera instancia, apoyándose en el artículo 300, numerales 5 y 11 de la Carta concluye que la iniciativa para presentar proyectos como el que dio origen al acto demandado es una facultad expresamente atribuída a los

Gobernadores, el recurrente, con fundamento en los artículos 268 numeral 9 y 272 de la Constitución considera que al Contralor Departamental le asiste facultad para presentar proyectos de Ordenanza que traten sobre el funcionamiento de la Contraloría y el control fiscal.

Para mejor comprensión del problema planteado resulta útil transcribir las partes pertinentes de las normas aludidas tanto por el *a-quo* como por la parte demandada.

Artículo 268 de la Constitución Nacional:

"El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

"9. Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General".

Artículo 272, en lo pertinente:

"...Los Contralores departamentales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268...".

"Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas:

".....

"5. Expedir las normas orgánicas del presupuesto departamental y el presupuesto anual de rentas y gastos.

".....

"Las ordenanzas a que se refieren los numerales 3, 5 y 7 de este artículo, las que decreten inversiones, participaciones o cesiones de rentas y bienes departamentales y las que creen servicios a cargo del departamento o los traspasen a él, sólo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobernador".

Por su parte el artículo 1o. del acto acusado preceptúa:

"Autorízase como cupo de endeudamiento a que debe sujetarse la Contraloría Departamental, la suma de CIENTO SETENTA MILLONES DE PESOS ($170.000.000.oo) m/cte., sin incluir el servicio de la deuda pública, destinados a sufragar gastos relacionados con vacaciones, indemnizaciones de vacaciones, primas, gastos generales y sueldo de diciembre de los funcionarios de la Contraloría Departamental".

Y, el segundo artículo dispone:

"El Contralor General queda facultado para gestionar, contratar y firmar con entidades bancarias, los empréstitos correspondientes, pignorar bienes y rentas,

dar garantías necesarias y efectuar las operaciones presupuestales para tales efectos".

Entiende la Sala, tal como lo entendió el Tribunal de primera instancia que cuando, mediante el acto acusado se autoriza el endeudamiento para "sufragar gastos relacionados con vacaciones, indemnizaciones de vacaciones, prima, gastos generales y sueldo de diciembre de los funcionarios de la Contraloría Departamental", se está afectando el presupuesto anual de rentas y gastos del Departamento, el que desde luego, incluye tanto la estimación de los ingresos corrientes, los recursos de capital y los ingresos, como los gastos de la administración central, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales, incluida la Contraloría misma.

En este orden de ideas, así como se requiere la iniciativa del Gobernador para que la Asamblea, de conformidad con el numeral 5 y el último inciso del artículo 300 de la Constitución Nacional, expida las normas orgánicas del presupuesto departamental y el presupuesto anual de rentas y gastos y las que creen servicios a cargo del Departamento o los traspasen a él, de la misma manera se requiere tal iniciativa para expedir las medidas que afecten dicho presupuesto en el que deben estar incluidos, entre otros, los organismos de la administración pública en su nivel central y la Contraloría Departamental.

Respecto a la autonomía administrativa y presupuestal del Contralor del Departamento en la que se fundamenta el recurso, esta Sala, en fallo de 10 de junio del año en curso dictado dentro del expediente No. 2420, con ponencia del Consejero Dr. Libardo Rodríguez, expresó:

> "De todo lo anterior, la Sala concluye que la autonomía administrativa y presupuestal que la Constitución Política, en sus artículos 267 y 272, atribuye a la Contraloría General de la República y por extensión a las contralorías departamentales, distritales y municipales, no es absoluta y sus límites se precisan a través de las leyes que sobre el particular se encuentren vigentes, y que, en todo caso, dicha autonomía no puede llegar hasta desconocer la facultad expresa que el inciso final del artículo 300 de la Carta otorga al Gobernador del departamento para presentar el proyecto de ordenanza por la cual se adopta el presupuesto de rentas y gastos del departamento, incluyendo en él los presupuestos de las diversas entidades departamentales, como la Contraloría.
>
> "Lo anterior quiere decir que la facultad de las Contralorías de presentar proyectos relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de las mismas está necesariamente limitada por los casos en que la misma Constitución consagra la iniciativa exclusiva del ejecutivo para presentar el respectivo proyecto sobre una materia determinada, como ocurre precisamente con los proyectos de presupuesto anual de rentas y gastos".

Las anteriores razones son el sustento para concluir en la nulidad del acto acusado y en consecuencia, confirmar la providencia apelada. Sin embargo la Sala considera

conveniente referirse al otro punto aducido en el recurso, esto es, a la facultad de las Contralorías para celebrar contratos afirmada y defendida por la parte demandada, pero negada tanto por la parte actora como por el Tribunal de primera instancia.

En este aspecto, de conformidad con jurisprudencia sentada al respecto se viene sosteniendo que las Contralorías no tienen personería jurídica y que por tal circunstancia no pueden celebrar contratos directamente.

Empero, hoy por hoy, y a raíz de lo dispuesto en algunas disposiciones de la Ley 80 de 1993, "por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública", no puede decirse con propiedad que las Contralorías departamentales y municipales carezcan de facultad para contratar.

La Ley 80 de 1993 constituye un cuerpo normativo de reglas y principios generales, que rigen la contratación de las entidades estatales en todos los órdenes y niveles de la administración. Su objeto, según lo expresa el artículo 1o. es el de "disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales", entre las cuales, en su artículo 2o. literal b) señala a la Contraloría General de la República y a las Contralorías departamentales, distritales y municipales. Además, en el artículo 11, numeral 3, literal b), entre los servidores públicos que tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva, a nivel territorial, señala a los contralores departamentales, distritales y municipales.

La capacidad para contratar que le otorgó la Ley 80 de 1993 a las entidades estatales es independiente de que tengan o no personería jurídica, ya que el estatuto respecto a la competencia para celebrar contratos, no se refiere a personas sino a entidades estatales, sin que sean identificadas a la noción de persona jurídica.

Por lo anterior es por lo que respecto a la competencia, y por tanto, a los sujetos del contrato no se "hable solamente de personas como ocurría en el pasado, sino por lo que hace al sector oficial de la contratación, a la parte pública del contrato, al extremo público del contrato hablamos de entidades públicas y al hablar de entidades públicas no es necesario que ellas tengan personería jurídica" (Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Seminario sobre el futuro régimen de la contratación pública. Cámara de Comercio. Cali julio 3 de 1992, citado en la exposición de motivos).

De otra parte, tanto la Ley 80 de 1993 como la Ley 42 de ese mismo año, en el artículo 66, preceptúan que "En desarrollo del artículo 272 de la Constitución Nacional, las Asambleas y los Concejos distritales y municipales deberán dotar a las contralorías de la jurisdicción de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, de tal manera que les permita cumplir con sus funciones como entidades técnicas".

Como corolario de lo expuesto, puede decirse que si bien las Contralorías Departamentales no tienen personería jurídica, la Ley 80 de 1993 autoriza a su titular para celebrar contratos.

En la obra "Los Contratos Estatales" de William René Parra Gutiérrez, página 71, se dice que "...cuando un organismo oficial carezca de personería jurídica, la ley puede autorizar al jefe de dicha entidad para que celebre contratos estatales, supliendo en esta forma su incapacidad legal".

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:

CONFIRMASE la sentencia apelada de fecha 25 de enero de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

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 4 de agosto de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

VEEDOR DEL TESORO-Funciones/**CAMPAÑAS POLITICAS**-Adelantamiento/**PERIODO PREELECTORAL**

Para la Sala tampoco resulta válido el argumento de la defensa según el cual el ejercicio de la función del Veedor se circunscribía a los períodos preelectorales o a aquellos en que se adelantaran campañas políticas, puesto que, dada la claridad del mandato constitucional no le es permitido al juez desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (art. 27 Código Civil) y, adicionalmente, por cuanto ni el artículo transitorio 34 de la Constitución Política ni otro del mismo rango determinan que las campañas electorales sólo se adelantarán o podrán adelantarse durante los tres (3) meses anteriores a cada elección.

VEEDOR DEL TESORO-Funciones/**TESORO PUBLICO**-Vigilancia/**FINANCIACION DE CAMPAÑAS POLITICAS/POTESTAD REGLAMENTARIA**-Extralimitación/**VEEDOR DEL TESORO**-Período

Independientemente de la eventual similitud o diferencia que se pudiere establecer entre las expresiones "campaña electoral" y "campaña política", lo único cierto e irrebatible es que al establecerse en el acto acusado un límite temporal al ejercicio de la función asignada al Veedor del Tesoro, consistente en "...impedir de oficio, o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del tesoro público, o del exterior, en las campañas electorales que se efectúen en el término indicado", el Presidente de la República incurrió en un claro desbordamiento de la facultad de reglamentación a él atribuida por el mismo acto acusado, ya que el artículo transitorio 34 de la Carta Política consagra que el término para el ejercicio de dicha función era el de tres

(3) años que ella misma estableció como el de duración del cargo público de Veedor.

VEEDOR DEL TESORO-Facultades/**AUTONOMIA**

Si la norma constitucional transitoria previó que para cumplir con su función el Veedor "...tendrá derecho a pedir y obtener la colaboración de la Procuraduría General de la Nación, de la Contraloría General de la República, de todas las entidades que ejerzan actividades de control y vigilancia y de los organismos que ejerzan funciones de Policía Judicial", ello sólo significa que era potestativo de dicho funcionario pedir colaboración de los mencionados organismos y que, en caso de hacerlo, estos estaban en la obligación de brindar la cooperación solicitada, pero, de ninguna manera, que en virtud de ella la validez de las decisiones que adoptara el Veedor del Tesoro estuvieran supeditadas a lograr el consenso de la Procuraduría General de la Nación, en particular, o de cualquier otro de los citados organismos a quienes les solicitara ayuda o de todos en su conjunto, ya que ello no solamente desnaturalizaría sino que haría nugatorio el ejercicio de la función autónoma e independiente que le fue atribuída por el constituyente.

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

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2555. Actor: Antonio José Navarro Wolff.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda interpuesta por el ciudadano Antonio José Navarro Wolff en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad de la expresión "... durante los tres (3) meses anteriores a cada elección...", contenida en el inciso primero, y los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Decreto No. 2093 de 6 de septiembre de 1991, "por el cual se desarrolla el artículo 34 transitorio de la Constitución Política", contentivo, en términos generales, de la reglamentación de las funciones del Veedor del Tesoro, expedido por el Señor Presidente de la República, con las firmas del señor Ministro de Relaciones Exteriores, encargado de las funciones del Despacho del señor Ministro de Gobierno y del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

I.- ANTECEDENTES

a.- Los hechos de la demanda

En ellos se plantea que debido a la práctica de algunos políticos en la utilización de dineros públicos para financiar la elección de sus miembros a las corporaciones públicas

y a los cargos de elección popular y al clamor por parte de todos los sectores de la sociedad colombiana, la Asamblea Nacional Constituyente, como garantía de que los dineros públicos no se utilizarían en campañas electorales, estableció "...un cargo transitorio en el artículo 34 transitorio de la Constitución Política: el Veedor del Tesoro". Este artículo estableció como función del Veedor, quien tendrá un período de tres años, la de impedir de oficio o a petición de parte el uso de recursos provenientes del tesoro público o del exterior en campañas electorales que se efectúen en dicho término. La misma norma confirió al Presidente de la República la facultad de reglamentarla, en ejercicio de la cual, se expidió el Decreto 2093 de 1991, que constituye el acto acusado.

b.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que el acto acusado incurre en violación de las siguientes normas, por las razones que, expresadas en la demanda y en el alegato de conclusión, se resumen a continuación bajo la forma de cargos (fls. 7 a 12 y 141 a 143):

Primer cargo.- Violación del artículo 34 transitorio de la Constitución, por parte de la expresión cuya nulidad se solicita, toda vez que si esta disposición establece como función del Veedor del Tesoro, designado para un período de tres años, la de "... impedir de oficio, o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del tesoro público, o del exterior, en las campañas electorales que se efectúen en el término indicado...", el Gobierno no podía restringir a solo tres meses el ejercicio de esa función, que le corresponde cumplir durante la totalidad del término de su mandato.

Si de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española "impedir" significa estorbar, imposibilitar la ejecución de una cosa y, conforme al Diccionario Español de Sinónimos y Antónimos, dicho término es sinónimo de precaver, interrumpir, frenar, contener, paralizar, parar, desbaratar, empantanar, atascar, entrabar, ello implica "...que la función del Veedor no se limita a inspeccionar y vigilar los recursos del Tesoro ni a denunciar ante otras autoridades el uso que se haga de los recursos del Tesoro con fines electorales".

Adicionalmente, "Con la limitación a la posibilidad del Veedor de aplicar medidas precautelativas en cualquier momento durante los tres años de su mandato, el decreto gubernamental incurre en un vicio grave de inconstitucionalidad, pues sólo permite el cumplimiento de la atribución de `impedir´ la utilización de los dineros del Tesoro durante una parte de su mandato; y lo coloca, en contraposición con la Carta, en una situación de exceso en el ejercicio de sus funciones cuando impide la mala utilización de los dineros públicos en otro momento no coincidente con los tres meses previos a la respectiva elección".

Segundo cargo.- Violación del artículo 34 transitorio de la Carta, por parte de los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Decreto 2093 de 1991, pues "... al disponer que el Veedor deberá notificar a la Procuraduría de manera inmediata la suspensión en la ejecución de una partida, la cual se debe pronunciar dentro de los diez (10) días siguientes sobre la validez de los motivos expuestos, convierte al Veedor en un simple

sustanciador o tramitador ante la Procuraduría", el Gobierno olvida que dicha norma constitucional creó el cargo de Veedor como un funcionario autónomo.

"Pero no se detuvo ahí el Decreto en la *capitis diminutio* de la condición del Veedor, sino que estableció que si la Procuraduría General acoge la decisión de la Veeduría, las partidas no podrán ejecutarse; pero en caso contrario, o sea, si la Procuraduría no está de acuerdo con la decisión de la Veeduría, se podrán continuar los trámites administrativos correspondientes".

Si el artículo 34 transitorio de la Carta dispone que el Veedor tendrá derecho a pedir y a obtener la colaboración de la Procuraduría General de la Nación, de la Contraloría General de la República, de todas las entidades públicas que ejerzan atribuciones de control y vigilancia de los organismos que cumplan funciones de Policía Judicial, en este sentido su rango puede ser igual o superior al del Procurador o al del Contralor, pero de ninguna manera, como lo pretenden los incisos cuya nulidad se pide, situar al Veedor en un rango inferior al de cualquiera de ellos.

Aun cuando el artículo 34 transitorio de la Carta no ubica al Veedor dentro de las ramas del poder público (art. 113) ni dentro de los órganos de control (art. 117) ni dentro de la organización electoral (art. 120), sus funciones lo caracterizan como órgano de control autónomo. Esta fue la razón que tuvo la Comisión Codificadora de la Asamblea Nacional Constituyente para situar la referida norma dentro del Capítulo 4 de las disposiciones transitorias, el cual se refiere a la organización electoral. Por ello, el Veedor no puede considerarse como subalterno del Procurador, ni como funcionario de la rama jurisdiccional, regulados en el Capítulo 3 de las disposiciones transitorias.

En consecuencia, "al trasladar las funciones del Veedor al Procurador, el decreto cuestionado no sólo violó el texto de la norma constitucional, o sea, el artículo 34 transitorio, sino que ignoró el sentido mismo que la Asamblea Nacional Constituyente quiso dar a la figura del Veedor, desconociendo además el pacto político que le dio origen".

Tercer cargo.-Los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Decreto 2093 de 1991, al conferir una nueva función al Procurador, "...sin tener autorización de la Asamblea Nacional Constituyente para ello, el Gobierno no sólo excedió las facultades conferidas por el artículo 34 transitorio de la Constitución, sino que también desconoció el mandato del artículo 277 numeral 10 de la Constitución que dispone que la ley puede otorgar otras funciones al Procurador, además de las contenidas en la norma".

Por la anotada razón, el decreto mencionado desconoció el artículo 150, numerales 1 y 23 de la Carta, que asignan como funciones del Congreso las de hacer las leyes y expedir aquellas que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

Finalmente, "...al arrogarse el Gobierno la función legislativa con la expedición del artículo 11 cuestionado, violó la separación de las funciones entre los órganos del Estado, en contraposición con el artículo 113 de la Constitución".

c.- Las razones de la defensa

En los escritos de contestación de la demanda (fls. 89 a 107 y 108 a 115) y en los alegatos de conclusión (fls. 151 a 158), la parte demandada (Nación - Ministerios de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público), expresa los argumentos que se resumen a continuación:

En relación con el primer cargo.- El apoderado de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifiesta que en cuanto a las funciones y período del Veedor debe observarse que la citada norma constitucional condiciona el ejercicio de estas funciones al período en el cual se realizan campañas electorales, por lo cual no se puede sostener sin lugar a equívoco, que en todo momento el país se encuentre en período preelectoral. Para llegar a tal conclusión se requeriría realizar una confrontación con otra norma jurídica u otros principios de derecho. La realidad política del país permite percibir que los ciclos preelectorales se diferencian claramente de aquellos en los cuales esa situación no se presenta.

A pesar de que el favorecimiento con dineros públicos se puede producir en períodos que no correspondan a campañas políticas, debe aclararse que la constitución ha asignado competencia a otras autoridades para investigar y sancionar esos ilícitos. Además, "... otros artículos no impugnados del texto reglamentario establecen numerosas funciones adicionales que permiten al Veedor establecer su cometido durante la totalidad del período trienal".

Una interpretación exegética podría dar para pensar que la función principal del Veedor se suspende durante el período en que no se presentan campañas electorales, lo cual parece más razonable en virtud del aforismo según el cual las excepciones deben interpretarse de manera estrecha.

La apoderada de la Nación - Ministerio de Gobierno, luego de hacer un análisis sobre el significado de las "campañas electorales", en donde llega a la conclusión de que "... es el período en que una o más personas dedican sus esfuerzos con miras a las elecciones" es decir, son aquellas que se adelantan en época preelectoral, manifiesta que no comparte la interpretación dada por el demandante respecto del artículo 11 del Decreto 2093 de 1991, pues su verdadero espíritu corresponde a lo que el legislador quiso plasmar y que en ningún momento es contrario a lo preceptuado constitucionalmente, sino que es el desarrollo de los lineamientos contemplados en nuestra Carta Política para la reglamentación de la figura del Veedor del Tesoro.

El artículo 11 contempla un término de tres meses durante el cual el Veedor puede tomar medidas precautelativas, pero dicho término no es único dentro de los tres años de sus funciones, si se tiene en cuenta que durante ese período se pueden presentar distintas campañas electorales y, es para cada una de estas que el Veedor dispondrá de tres meses anteriores para impedir la desviación de dineros públicos, pero se aclara que la supervisión es respecto de las **"campañas electorales que se efectúen en el término indicado..."** (subrayas de la defensa).

No se deben confundir conceptos que a primera vista parecen similares, pues una cosa es campaña electoral, y otra muy distinta es la campaña política, o denominada comúnmente como "proselitismo político". Esta diferenciación, manifiesta la defensa, no es caprichosa, sino que así lo contempla la Ley 58 de 1985 "por la cual se dicta el Estatuto básico de los partidos políticos y se provee a la financiación parcial de las campañas electorales", de la siguiente manera:

> "**Artículo 16.** Los partidos, las agrupaciones políticas y los candidatos a cargos de elección popular podrán hacer propaganda por todos los medios de comunicación con las limitaciones que establezca la ley.
>
> "**Artículo 17.** De conformidad con la reglamentación que para el efecto expida la Corte Electoral, los partidos o agrupaciones registrados podrán disponer gratuitamente de espacios en los medios de comunicación del Estado para difundir sus principios y programas, sus realizaciones y sus opiniones sobre temas de interés nacional.
>
> "**Artículo 19.** Sólo durante los **noventa (90) días anteriores a la fecha del correspondiente debate,** podrá difundirse publicidad política electoral por la radio y por la prensa. Las estaciones de radio y los periódicos que acepten propaganda política deberán prestar sus servicios a todos los que los soliciten y cobrar tarifas iguales para los diferentes partidos, movimientos y candidatos (Negrilla subrayada fuera de texto).
>
> "Los concesionarios de las frecuencias de radio durante los **sesenta (60) días anteriores al correspondiente debate electoral,** están en la obligación de pasar publicidad política a una tarifa inferior a la mitad de la comercial que rija en los ...´" (Negrilla subrayada fuera de texto).

Las dos situaciones diferentes son: una que cada partido desarrolla una actividad permanente denominada "publicidad política" y, otra es la que hace cada partido en torno a su candidato y con miras a una elección específica que se ha llamado "publicidad política electoral".

De igual manera, esto se ve contemplado en el Decreto 2738 de 1985, cuando define en su artículo segundo:

> "**Artículo 2o.** Se entiende por **propaganda o publicidad política electoral o simplemente electoral** la que mediante avisos o anuncios realicen por la prensa y por la radio los partidos, agrupaciones o movimientos políticos, los candidatos a cargos de elección popular u otras personas, con el fin de conseguir apoyo electoral para determinados partidos, agrupaciones, movimientos o candidatos.
>
> "Esta clase de propaganda o publicidad únicamente podrá realizarse durante **los noventa (90) días anteriores a la fecha de las elecciones** presidenciales o para corporaciones públicas, según el caso.´" (Negrilla subrayada fuera de texto).

Las disposiciones transcritas colocan términos dentro de los cuales es permisivo o prohibitivo que los candidatos, partidos o movimientos políticos puedan llevar a cabo su "publicidad política electoral". Ese término es necesario en procura de permitir que los idearios políticos se den a conocer y, de otro proteger a los electores. En cambio, el proselitismo político no tiene límites temporales, y es precisamente la situación de política electoral la que reguló el artículo 11 del Decreto 2093 de 1991.

Si bien es cierto que el Veedor es nombrado por un período de tres años, también lo es que las funciones atribuibles a este, las debe ejercer con relación a las situaciones de campaña electoral que se presenten durante el período para el cual fue nombrado, tal y como lo estipula la Carta Política en su artículo 34 transitorio.

Finalmente, comparte lo expresado por el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cuanto a que lo que hizo la norma acusada, fue determinar el espacio anterior a las elecciones, para así configurar lo que se denomina "Campaña Electoral".

En relación con el segundo cargo.- El apoderado de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifiesta que si bien el artículo transitorio de la Carta asigna al Veedor la vigilancia del Tesoro Público durante un período de tres años, ello no implica que las funciones análogas se suspendan o queden subsumidas en este; es decir, que la citada norma constitucional no está haciendo un reconocimiento omnímodo al Veedor, pues alude de manera especial a la participación de las entidades de control y vigilancia, lo que conlleva a que "...el decreto por medio del cual se regulan las funciones del Veedor, pueda hacer referencia a las atribuciones y funciones que están asignadas a la Procuraduría General de la Nación, entre otras, y cuando se estime pertinente su participación en el proceso de vigilancia. Como fundamento de un Estado social de derecho, debe precisarse que es congruente con la distribución de poderes y competencias la existencia de funcionarios que se encarguen de ejercer el control sobre otros para evitar excesos en el ejercicio del poder".

Por su parte, la apoderada de la Nación - Ministerio de Gobierno, expresa que no comparte la afirmación del actor de que el Veedor se convierte en un simple sustanciador o tramitador ante la Procuraduría, pues la Constitución crea en favor de aquel, dada la trascendencia de sus funciones, el derecho a pedir y obtener la colaboración no sólo de la Procuraduría, sino también de la Contraloría y de todas las entidades públicas que ejerzan atribuciones de control y vigilancia.

Luego de hacer un análisis sobre el significado de la palabra colaboración, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la define como la acción de "...trabajar con otra u otras personas...", manifiesta que los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Decreto 2093 de 1991, no contrarían el artículo 34 transitorio y menos aún el artículo 113 de la Carta, por cuanto la norma plasma esa "co-laboración", es decir, esa laboración de dos o más personas, en donde se requiere tanto la voluntad del Veedor, como la del Procurador, pero cuya iniciativa nace del primero, pues es a este al que le corresponde la inspección y vigilancia, y si como resultado de sus averiguaciones considera que una partida ha sufrido el desvío hacia campañas electorales, debe

preparar el proyecto, junto con las pruebas que lo fundamentan, para lograr ese consenso con la Procuraduría, lo cual es la única forma de entender el sentido del verbo "colaborar".

Es de anotar que las facultades que la Constitución le asigna al Veedor son en extremo delicadas, a tal punto que un mal uso de las mismas puede acarrear la parálisis del Estado, razón por la cual, y para seguridad jurídica, se hace conveniente que medidas tan drásticas se tomen de común acuerdo entre dos altos funcionarios del Estado, como por ejemplo, en los actos del gobierno nacional, que requieren la firma del Presidente y el Ministro del ramo, lo cual no puede entenderse como la negación del tenor del artículo 34 transitorio, ni menos de su espíritu.

Tampoco es un capricho del Gobierno reglamentar las decisiones conjuntas del Procurador General de la Nación con las del Veedor del Tesoro, pues siendo este último de carácter temporal, en tanto que la Procuraduría es permanente, y atendiendo a las funciones que sobre el particular le otorga la Carta (artículo 277-7), tenemos que le corresponde la "...defensa del patrimonio público...", que para el caso que nos ocupa la ejerce de común acuerdo con el Veedor, de tal manera que el Gobierno no hizo otra cosa que armonizar dos textos de la misma categoría constitucional.

Finalmente, en la lectura del artículo 34 transitorio no se encuentra ninguna expresión que indique que el Veedor actúe con autonomía, sino que esta se la reconoce el Gobierno en el artículo lo. del Decreto 2093 de 1991, razón por la cual no es de recibo el argumento de que se violó la norma constitucional. Pero esa autonomía no es absoluta, la limita el artículo 2o. del mismo precepto que buscó armonizar las disposiciones constitucionales que facultan al Veedor y al Procurador para defender el patrimonio público.

d.- Las alegaciones de la parte coadyuvante

Dentro del término de fijación en lista, el señor Veedor del Tesoro, se hizo parte dentro del proceso y presentó, tanto en escrito de contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión, los argumentos que se resumen a continuación (fls. 116 a 119 y 144 a 150):

Solicita que se acojan en su integridad las pretensiones de la demanda, por estar en un todo de acuerdo con ellas. Agrega, que las normas acusadas no sólo transgreden el artículo 34 transitorio de la Constitución, sino que contradicen otras disposiciones del estatuto que lo reglamenta, pues por ejemplo el artículo 10 del Decreto 2093 dispone que la competencia y la función del Veedor no son limitadas en el tiempo.

Finalmente, manifiesta que las funciones que cumple la Veeduría son un servicio público, y que como tal se debe prestar en forma continua, permanente y eficiente, y que la actividad política es ejercida a través de los movimientos y partidos políticos a diario y en todas las esferas de la administración.

d.- 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 5 de agosto de 1993 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de los efectos de la expresión "...durante los tres (3) meses anteriores a cada elección..." contenida en el inciso primero, y de los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Decreto 2093 de 1991 (fls. 23 a 35), providencia esta que, recurrida por la parte demandada, fue confirmada por auto de 26 de octubre del citado año (fls. 64 a 70).

Mediante proveído de 15 de marzo de 1994 se denegaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 135 a 136).

Por auto de 6 de mayo de 1994 (fl. 139) se dispuso correr traslado a las partes y a la señora Agente del Ministerio Público para que formulasen sus alegatos de conclusión. Las partes, salvo la apoderada de la Nación - Ministerio de Gobierno, y el Ministerio Público hicieron uso de este derecho.

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señóra Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación expresa, en síntesis, lo siguiente (fls. 159 a 163):

De la simple confrontación de las normas contenidas en el artículo 34 transitorio de la Constitución y en el artículo 11 del Decreto 2093 de 1991, se hace evidente el enfrentamiento del reglamento con la norma superior que dice reglamentar, pues la función atribuida al Veedor, para ser ejercida durante el período de su desempeño del cargo, se ve limitada por virtud de la norma acusada a sólo tres meses anteriores a cada elección.

Es apenas lógico que si el Veedor tiene como función "...impedir de oficio o a petición de parte el uso de recursos originalmente provenientes del tesoro público, o del exterior en las campañas electorales que se efectúen en el término indicado, exceptuando la financiación de las campañas electorales conforme a la Constitución y la ley, debe disponer de los mecanismos legales idóneos para el cabal cumplimiento de su cometido constitucional. Y no escapa al más desprevenido lector que el reglamento así concebido restringe las oportunidades de ejercer el control confiado al Veedor y de paso favorecería el surgimiento de sencillas estrategias para escapar a la acción del funcionario, lo que haría nugatorio el propósito del constituyente al crear la novedosa institución".

Las anteriores razones y las expresadas en el auto que dispuso la suspensión provisional de las normas acusadas, son más que suficientes para sustentar ahora su nulidad, expresa por último la señora Agente del Ministerio Público.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como marco de referencia para el correspondiente análisis, a continuación se transcribe el artículo 11 del Decreto 2093 de 1991, cuya declaratoria de nulidad parcial se solicita, y el artículo transitorio 34 de la Constitución Política que se estima quebrantado por parte de aquél:

1o.- Decreto 2093 de 1991:

"**Artículo 11.-** En armonía con el artículo anterior el Veedor del Tesoro podrá durante los tres (3) meses anteriores a cada elección como medida precautelativa, suspender mediante resolución motivada la ejecución de partidas presupuestales destinadas a financiar asociaciones, corporaciones, fundaciones, cuando a su juicio estas tengan por objeto financiar campañas políticas o influir en los resultados electorales. Igualmente podrá suspender la ejecución de partidas presupuestales que, a su juicio, hayan sido dispuestas para influir en los resultados electorales.

"En caso de la suspensión en la ejecución de una partida, el Veedor deberá notificar de manera inmediata a la Procuraduría Geneal de la Nación, la cual se debe pronunciar dentro de los diez (10) días siguientes, sobre la validez de los motivos expuestos en la resolución correspondiente.

"Si la Procuraduría General acoge la decisión de la Veeduría, las partidas no podrán ejecutarse y las entidades correspondientes adelantarán las investigaciones y tomarán las acciones a que haya lugar. En caso contrario se podrán continuar los trámites administrativos correspondientes".

2o.- Constitución Política:

"**Artículo transitorio 34.-** El Presidente de la República en un plazo no mayor de ocho días hábiles contados a partir de la promulgación de esta Constitución, designará, por un período de tres años un ciudadano que tendrá la función de impedir de oficio, o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del tesoro público, o del exterior, en las campañas electorales que se efectúen en el término indicado, exceptuando la financiación de las campañas electorales conforme a la Constitución o la ley. Para este efecto tendrá derecho a pedir y obtener la colaboración de la Procuraduría General de la Nación, de la Contraloría General de la República, de todas las entidades públicas que ejerzan atribuciones de control y vigilancia y de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial.

"El Presidente de la República reglamentará esta norma y le prestará al ciudadano designado todo el apoyo administrativo y financiero que le fuere indispensable".

En relación con el primer cargo.- Las siguientes fueron las consideraciones que, consignadas en el auto admisorio de la demanda, fundamentaron la decisión de decretar la suspensión provisional de la expresión "... durante los tres (3) meses anteriores a cada elección...", contenida en el inciso primero del acto acusado:

> "...una vez efectuada su confrontación con el artículo transitorio 34 de la Constitución Política y analizadas las razones expuestas por el peticionario de la medida, la Sala considera que la expresión acusada resulta clara y ostensiblemente violatoria del mandato contenido en dicha disposición constitucional, toda vez que, a excepción de los aportes que conforme a la Constitución y a la ley se asignen para la financiación de las campañas electorales, a los cuales se refiere el artículo 15 del decreto parcialmente acusado, la función en ella atribuida al Veedor, consistente en `... impedir de oficio, o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del tesoro público, o del exterior, en las campañas electorales...', sólo tiene como límite temporal para su ejercicio el término de 3 años que allí se establece como el de duración de dicha función pública.
>
> "En efecto, la Sala considera que al haberse limitado en la norma acusada el ejercicio de la función constitucional atribuida al Veedor del Tesoro, al término de tres (3) meses anteriores a cada elección, el Presidente de la República, con exceso de la facultad de reglamentación a él atribuida, incurrió en franca y manifiesta transgresión del artículo transitorio 34 de la Carta, razón por la cual en la parte resolutiva de esta providencia se decretará la suspensión provisional de la frase `... durante los tres (3) meses anteriores a cada elección...´ a la cual se contrae este cargo.
>
> "Adicionalmente, y sin perjuicio de lo expuesto, la Sala hace notar que la frase cuya suspensión provisional se decretará, contradice radicalmente lo dispuesto por el artículo 16 del mismo decreto parcialmente acusado, pues, en perfecta armonía con el mandato constitucional, en este último sí se determina que `**las atribuciones del Veedor se ejercerán** de oficio o a petición de parte, para impedir el uso de recursos públicos o del exterior en las campañas electorales que se efectúen **en el término señalado por la Constitución**´ (Subraya la Sala)".

Ahora bien, en cuanto a los argumentos de la parte demandada, la Sala considera que ellos no logran desvirtuar las conclusiones que se transcribieron en el párrafo precedente, pues, independientemente de la eventual similitud o diferencia que se pudiere establecer entre las expresiones "campaña electoral" y "campaña política", lo único cierto e irrebatible es que al establecerse en el acto acusado un límite temporal al ejercicio de la función asignada al Veedor del Tesoro, consistente en "... impedir de oficio, o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del tesoro público, o del exterior, en las campañas electorales que se efectúen en el término indicado", el Presidente de la República incurrió en un claro desbordamiento de la

facultad de reglamentación a él atribuida por el mismo acto acusado, ya que el artículo transitorio 34 de la Carta Política consagra que el término para el ejercicio de dicha función era el de tres (3) años que ella misma estableció como el de duración del cargo público de Veedor.

Concordante con lo expresado, para la Sala tampoco resulta válido el argumento de la defensa según el cual el ejercicio de la función del Veedor se circunscribía a los períodos preelectorales o a aquellos en que se adelantaran campañas políticas, puesto que, dada la claridad del mandato constitucional no le es permitido al juez desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (art. 27 Código Civil) y, adicionalmente, por cuanto ni el artículo transitorio 34 de la Constitución Política ni otro del mismo rango determinan que las campañas electorales sólo se adelantarán o podrán adelantarse durante los tres (3) meses anteriores a cada elección.

De consiguiente, además de lo expuesto, la Sala reitera en esta sentencia los planteamientos expresados en el auto admisorio de la demanda como fundamento para adoptar la decisión de anular la mencionada locución, tal como se declarará en la parte resolutiva de este fallo.

En relación con el segundo cargo.- En el auto admisorio de la demanda y como fundamento para decretar la suspensión provisional de los incisos segundo y tercero del acto enjuiciado, esta sección manifestó lo siguiente:

> "El artículo transitorio 34 de la Constitución atribuye expresa y claramente como función central del Veedor la de `impedir de oficio o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del tesoro público, o del exterior, en las campañas electorales que se efectúen en el término indicado, exceptuando la financiación de las campañas electorales conforme a la Constitución o la ley´, y que para ese efecto tendrá derecho a pedir y obtener la colaboración de todos los organismos públicos que ejerzan funciones de control y vigilancia y de policía judicial, sin que de ninguna parte de su texto pueda inferirse que esa función deba o pueda ser compartida con otra autoridad ni condicionada su efectividad o validez a la voluntad de autoridad diferente.
>
> "Frente a lo anterior, los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Decreto 2093 de 1991, contrariando claramente lo expresado, consagran la participación de la Procuraduría General de la Nación en el ejercicio de la citada función del Veedor, en términos tales que implican, como lo anotó esta Sala en sentencia de 2 de agosto pasado (expediente No. 2006, Actor: Vicente Miranda Melo, Consejero Ponente: Dr. Yesid Rojas Serrano), que de la voluntad de la Procuraduría depende no sólo la validez del acto sino, inclusive, su existencia, pues se trataría de un acto complejo que no nace a la vida jurídica sino por la conjunción de las dos voluntades, lo cual llevó a la Sala en esa oportunidad a inhibirse para hacer un pronunciamiento de fondo en relación con el acto allí demandado, teniendo en cuenta la presunción de legalidad de que gozaba el Decreto 2093 de 1991.

"Es decir, que el decreto demandado, a través de los incisos aquí controvertidos, convirtió una función otorgada por el constituyente en forma exclusiva y excluyente al Veedor, en una atribución compartida con la Procuraduría General de la Nación, sin ningún sustento, entregándole inclusive a esta última el poder decisorio definitivo en el ejercicio de la función y dejando al funcionario competente en virtud de la norma constitucional, solamente un poder condicionado y no definitivo.

"La Sala hace notar, igualmente, que el mismo Decreto 2093, en su artículo 1o., de manera esa sí concordante con la norma constitucional, consagra de manera expresa que las funciones señaladas en el artículo transitorio 34 de la Constitución `serán ejercidas por un Veedor del Tesoro, en todo el territorio nacional, **en forma autónoma e independiente**´ (Subraya la Sala)".

Ahora bien, en cuanto al raciocinio de la parte demandada según el cual los incisos segundo y tercero del acto acusado están conformes con el artículo transitorio 34 de la Carta Política, en virtud de que la colaboración a que en él se alude por parte de la Procuraduría General de la Nación implicaba que las decisiones que se adoptaran para impedir el uso de recursos provenientes del tesoro público o del exterior en las campañas electorales que se efectuaran en el término indicado, debían ser el resultado del acuerdo de voluntades del Veedor y del Procurador General de la Nación, la Sala considera que el mismo no pasa de ser un sofisma de distracción, pues si la norma constitucional transitoria previó que para cumplir con su función el Veedor "... tendrá derecho a pedir y obtener la colaboración de la Procuraduría General de la Nación, de la Contraloría General de la República, de todas las entidades que ejerzan actividades de control y vigilancia y de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial", ello sólo significa que era potestativo de dicho funcionario pedir la colaboración de los mencionados organismos y que, en caso de hacerlo, estos estaban en la obligación de brindar la cooperación solicitada, pero, de ninguna manera, que en virtud de ella la validez de las decisiones que adoptara el Veedor del Tesoro estuvieran supeditadas a lograr el consenso de la Procuraduría General de la Nación, en particular, o de cualquier otro de los citados organismos a quienes les solicitara ayuda o de todos en su conjunto, ya que ello no solamente desnaturalizaría sino que haría nugatorio el ejercicio de la función autónoma e independiente que le fue atribuida por el constituyente.

Como quiera que las precedentes consideraciones, además de las expresadas en el auto admisorio de la demanda en relación con el cargo bajo estudio, que la Sala reitera en esta oportunidad, implican la prosperidad del mismo, no es necesario analizar la tercera censura que se formula en contra del acto enjuiciado.

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.- DECLARASE la nulidad de la expresión "... durante los tres (3) meses anteriores a cada elección...", contenida en el inciso primero, y de los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Decreto 2093 de 1991.

Segundo.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercero.- En firme esta sentencia, con envío de copia, comuníquese a los señores Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público, quienes, junto con el señor Presidente de la República, firmaron el acto parcialmente acusado, y archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cuatro de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: La Sala reitera en esta sentencia los planteamientos expresados en el auto admisorio de la demanda como fundamento para adoptar la decisión de anular la mencionada locución, tal como se declarará en la parte resolutiva de este fallo.

ACCION DE NULIDAD-Improcedencia/**REGISTRO MERCANTIL/ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Dentro de los actos administrativos de contenido particular que la Ley ha enlistado como susceptibles de enjuiciamiento a través de la acción de nulidad, no se encuentran los de registro mercantil que, como los que aquí se impugnan, crean una situación jurídica de carácter individual y concreto que atañen solamente a las personas que suscribieron la Escritura Pública, contentiva de la reforma del contrato social de la sociedad comercial. De tal manera que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

SOCIEDAD COMERCIAL/SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA/CONTRATO SOCIAL-Reforma/**CESION DE CUOTAS/ESCRITURA PUBLICA**-Requisitos/**CONTRATO SOCIAL**-Inoponibilidad/**REGISTRO MERCANTIL**-Inscripción/**NORMA ESPECIAL**-Aplicación/**NORMA GENERAL**-Inaplicación

Constituyendo la cesión de cuotas una reforma del contrato de sociedad, y, debiéndose aplicar preferentemente el artículo 366 del C. de Co., que constituye para la misma y no la norma general que se ha previsto en el capítulo pertinente a la sociedad de responsabilidad limitada, calidad ésta que ostenta la sociedad CONGRAVAS LTDA., sólo a partir de la fecha de inscripción en el registro mercantil de la Escritura Pública por la cual el socio mayoritario cedió parte de sus cuotas a la señora Patricia Navarro de Angel, ésta adquirió la calidad de socia, es decir, a partir del día que se efectuó tal inscripción.

CAMARA DE COMERCIO-Funciones/**ACTO INEFICAZ/REGISTRO MERCANTIL**-Abstención/**INEFICACIA DE PLENO DERECHO**

No admite discusión el hecho de que frente a un acto ineficaz la Cámara de Comercio pueda abstenerse de su registro ya que del contenido del artículo 897 del C. de Co. así se refiere, cuando expresa que un acto que no produce efectos es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de decisión judicial. Luego ante una ineficiencia, no puede accederse al registro para que no obstante ella, en virtud de este, pueda producir efectos que por mandato de la Ley no están mandados a producirse.

SOCIEDAD UNIPERSONAL-Inexistencia/**SOCIEDAD COMERCIAL/JUNTA DE SOCIOS/QUORUM**-Inexistencia/**INEFICACIA**

Si para el 26 de abril de 1988, fecha en que se solemnizaron a través de la Escritura Pública No. 972 las decisiones adoptadas por la Junta de Socios de la sociedad demandante, no había quórum suficiente pues la señora Patricia Navarro de Angel, como ya se dijo, no había adquirido la calidad de socia, y no puede haber quórum con un solo socio, tales decisiones no estaban llamadas a producir efectos, eran ineficaces, o lo que es lo mismo, es como si no se hubieran adoptado.

CAMARA DE COMERCIO/LEGITIMACION POR PASIVA/SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Superior Jerárquico/**NACION**-Representación

Como quiera que las Resoluciones fueron expedidas por la Cámara de Comercio de Bogotá, por tal razón dicha entidad debe comparecer al proceso en calidad de demandada, sin perjuicio obviamente de que también lo haga la Superintendencia de Industria y Comercio que expidió la Resolución que resolvió la apelación que es superior jerárquico de aquella y como tal tiene la representación legal de la Nación, en los términos del artículo 149 citado.

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

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2878. Recursos de apelación contra la sentencia de 16 de diciembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actores: Juan Manuel Arbeláez Bernal y otros.

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de los demandantes y de la Cámara de Comercio de Bogotá contra la sentencia de la referencia, por la cual la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dispuso lo siguiente: a): Declarar no probadas las excepciones propuestas por la

Cámara de Comercio de Bogotá; b): Declarar la nulidad de las Resoluciones Nos. 061 de 22 de noviembre de 1988, por la cual el Presidente Ejecutivo de la Cámara de Comercio de Bogotá; denegó la petición de los actores de registrar la Escritura Pública No. 972 de 26 de abril de 1988, otorgada en la Notaría 12 del Círculo de Bogotá; 002 de 17 de marzo de 1989, expedida por el mismo funcionario, por la cual al resolver el recurso de reposición confirmó la Resolución anterior; y 1781 de 19 de octubre de 1989 confirmatoria del Superintendente de Industria y Comercio, al resolver el recurso de apelación, confirmó las Resoluciones antes citadas; c): Denegar las demás pretensiones de la demanda.

I-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para decidir en la forma antes indicada, consideró el*a quo,* en síntesis, lo siguiente:

1-. El 21 de abril de 1988, los socios de CONGRAVAS LTDA. (Hernando Angel López y Aprecón Ltda.), se constituyeron en Junta de Socios ante el Notario 19 de Bogotá y elevaron a Escritura Pública No. 1054 los siguientes actos:

a): La adquisición del señor Hernando Angel López de 7.500 cuotas que en la sociedad CONGRAVAS LTDA. tenía APRECON LTDA., quedando aquel como único socio.

b): La cesión en venta que Hernando Angel López le hizo a su cónyuge Patricia Navarro de Angel de 3.000 cuotas sociales, por lo cual la sociedad CONGRAVAS quedaría con dos socios en proporción de 12.000 cuotas para aquel y 3.000 cuotas para ésta.

2-. Posteriormente los señores antes citados se costituyeron en Junta de Socios ante el Notario 12 de Bogotá, el día 26 de abril de 1988, y elevaron a Escritura Pública No. 972, los siguientes actos:

a): El aumento de capital de la sociedad en $70.000.000.oo;

b): La admisión como socios a los señores Alfonso Angel López, con 400 cuotas; Víctor Manuel Bolaños, con 3.400 cuotas; Juan Manuel Arbeláez Bernal, con 5.312 cuotas; Antonio Vargas del Valle, con 5.313 cuotas; Daniel Rojas Gama, con 11.900 cuotas; y Guillermo Vargas Ayala, con 42.500 cuotas.

c): La cesión de 3.000 cuotas de Patricia Navarro de Angel en favor de Angel López.

3-. La Escritura Pública No. 1054 de 21 de abril de 1988 fue devuelta por no presentarse el recibo de pago de la retención en la fuente causada por la cesión de cuotas entre cónyuges. La Escritura Pública No. 972 de 26 de abril de 1988 presentada para registro con la anterior fue devuelta.

Una vez registrada la primera Escritura citada, el 20 de mayo de 1988, se presentó la segunda, la cual fue devuelta sin registrar.

4-. Por lo anterior, los demandantes presentaron la petición de registro de la Escritura Pública No. 972 a la Cámara de Comercio de Bogotá y esta entidad no accedió a ello mediante las Resoluciones impugnadas, al considerar que dicha Escritura adolece en su integridad de ineficacia por falta de quórum, en razón a que la señora Patricia Navarro de Angel, a la fecha de su suscripción (26 de abril de 1988), aún no había adquirido la calidad de socia con base en lo dispuesto en el artículo 366 del C. de Co., según el cual la cesión de cuotas sólo produce efectos respecto de terceros y de la sociedad, a partir de la fecha en que la Escritura Pública sea inscrita en el Registro Mercantil, y dicha señora adquirió tal calidad a partir del 20 de mayo de 1988, fecha en la que se inscribió la Escritura Pública No. 1054 de 21 de abril de 1988, en la cual consta la cesión de cuotas por la firma Agrecón. Si en el momento de otorgamiento de la Escritura No. 972 de 26 de abril de 1988, no había adquirido la calidad de socia de CONGRAVAS LTDA., las decisiones de que da cuenta ese instrumento son ineficaces por falta de quórum, pues faltó la comparecencia de Agrecón Ltda., que en esa fecha ostentaba la calidad de socia frente a tercero y ante la sociedad.

5-. El apoderado de la Cámara de Comercio de Bogotá, propuso las siguientes excepciones:

a): Falta de legitimación en la causa por pasiva, porque dicha entidad no puede responder por la decisión adoptada en razón a que los actos acusados son indivisibles y por lo tanto debe tenerse en cuenta que si bien es cierto esa entidad expidió las Resoluciones iniciales, la decisión última y definitiva fue adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio que representa a la Nación, ya que las funciones son delegadas y por ello los actos que se expiden son actos de la Nación.

No prospera esta excepción por cuanto los actos demandados fueron expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá y por la Superintendencia de Industria y Comercio, y por lo tanto pueden ser demandadas tanto la Nación como la entidad privada, conforme al artículo 150 del C.C.A.

b): En cuanto a la excepción de improcedencia de la acción propuesta, porque según el excepcionante la acción que se ha debido ejercer es la de nulidad ya que el artículo 84 del C.C.A. indica que tal acción procede contra los actos de registros, tampoco prospera por cuanto, de un lado, la acción viable es la de nulidad y restablecimiento del derecho que procede contra los actos administrativos de carácter particular, y, de otro lado, además de la acción de nulidad del acto se pretende un restablecimiento del derecho o la reparación de un daño.

6-. En cuanto al asunto de fondo cabe advertir que si bien es cierto como expresan los demandantes en los artículos 35, 159 y 163 del C. de Co. se señalan casos en los cuales las Cámaras de Comercio deben abstenerse de realizar el Registro Mercantil, no es cierto que ellos no son taxativos, pues el artículo 897 ibídem preceptúa que cuando en ese Código se exprese que un acto no produce efectos "se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de decisión judicial". Y como el Código de Comercio señala otros casos en los cuales los actos no producen efectos, es claro que para obrar en consecuencia, las Cámaras de Comercio deben abstenerse de registrarlos.

En el presente caso, sólo del examen de la situación concreta y de las razones aducidas para la no inscripción, se puede llegar a la conclusión sobre si se infringieron las normas señaladas como violadas, para lo cual es procedente tener en cuenta lo expresado por los demandantes en el segundo cargo relativo a la indebida interpretación e incorrecta aplicación de lo dispuesto en los artículos 158 y 366 del C. de Co., en armonía con el 259 ibídem.

Sostienen los actores que del contenido del artículo 158 del C. de Co., que en su inciso 1o. establece que toda reforma del contrato social deberá hacerse por Escritura Pública y en su inciso 2o. dispone que sin los requisitos anteriores la reforma no producirá efectos respecto de terceros, se infiere que produce efectos si entre los asociados, desde cuando acuerden o pacten conforme a los estatutos. Además, que el artículo 366 sanciona con ineficacia la cesión de cuotas única y exclusivamente para el evento de que no se haga por Escritura Pública.

7-. En materia de reforma del contrato de sociedad comercial de responsabilidad limitada, existen dos normas: los artículos 158 y 366 del C. de Co. La primera establece que para que la reforma de estatutos produzca efectos entre terceros se requiere la Escritura Pública registrada en la Cámara de Comercio y que esa reforma produce efectos entre los asociados desde cuando se acuerden o pacten conforme a los estatutos. Pero en el artículo 366, que regula la cesión de cuotas de la sociedad de responsabilidad limitada, se aparta de las reglas generales señaladas anteriormente cuando, de una parte, preceptúa que la cesión debe hacerse por Escritura Pública so pena de ineficacia, y, de otra parte, que no producirá efectos respecto de terceros ni de la sociedad, sino a partir de la fecha de inscripción del instrumento en el Registro Mercantil. Es decir, que para que la cesión de cuotas produzca efectos frente a terceros y la sociedad, debe elevarse a Escritura Pública en todos los casos y, además, inscribirse en el Registro Mercantil pues si no se registra, los efectos sólo se producen entre los contratantes.

Es claro que para el caso concreto, cabe la aplicación del artículo 366 que tiene carácter especial y su aplicación surge de lo dispuesto en el artículo 259 que preceptúa que lo dispuesto en ese título, que contiene disposiciones generales dentro del cual está el artículo 158, es sin perjuicio de lo que se establece en los artículos 294 y siguientes en relación con toda clase de sociedad.

8-. No podía la Cámara de Comercio de Bogotá abstenerse de registrar la Escritura Pública No. 972 con el argumento de que cuando esta fue otorgada -el 26 de abril de 1988-, la Escritura Pública No. 1054 de 21 de abril de 1988 no había sido registrada, en razón a que la señora Patricia Navarro de Angel, que intervino en esos actos, no había adquirido la calidad de socia que derivaba de la cesión que se hizo a su favor según esta última Escritura, pues ello escapa a su competencia, ya que es entrar a definir si los efectos se extienden únicamente hacia el futuro en forma tal que no puede comprender a los actos que se hubiesen emitido en el pasado, lo cual es de la esfera de los jueces.

Además, la Cámara de Comercio y la Superintendencia de Industria y Comercio interpretaron erróneamente los artículos 366 y 897 del C. de Co. En efecto, si después del registro de la Escritura Pública No.1054, el representante legal de la sociedad insistió en el registro de la Escritura No. 972, esa conducta indicaba el querer del socio mayoritario de otorgar efectos a actos adoptados mediante este instrumento y, por consiguiente, la entidad no podía negar la inscripción por cuanto ello implicaba en el fondo la emisión de un juicio y la calificación jurídica sobre el alcance de los efectos del registro de la Escritura, lo cual sólo compete al Juez en el evento de un conflicto promovido para dirimirlo. Así las cosas, se violaron los artículos 20 y 55 de la Constitución Política de 1886 y 366 y 897 del C. de Co.

9-. En cuanto al restablecimiento del derecho se tiene lo siguiente:

a): Los demandantes solicitan la condena solidaria de la Cámara de Comercio de Bogotá y la Superintendencia de Industria y Comercio, a pagar las sumas de $5.312.000.oo en favor de Juan Manuel Arbeláez; $5.313.000.oo en favor de Antonio Vargas del Valle; $11.900.000.oo en favor de Daniel Rojas Gama y $43.675.000.oo en favor de Guillermo Vargas Ayala.

Estas sumas de dinero envuelven en realidad una pretensión de reparación del daño, no de restablecimiento del derecho que corresponde a la petición de que se ordene el registro que la entidad se abstuvo de realizar, la cual, aparte de no haber sido formulada, no hubiera resultado viable en razón a que, como lo expresan los demandantes, con posterioridad al otorgamiento de la Escritura Pública No. 972, la sociedad CONGRAVAS LTDA. efectuó reforma de estatutos y admitió otros socios.

El valor discriminado corresponde a las sumas que según la Escritura Pública No. 972 de 1988, los demandantes entregaron a la mencionada sociedad como aportes relativos al aumento de capital social.

Se concluye que la causa real de los perjuicios no está contenida en las decisiones acusadas. Es la sociedad que recibió tales aportes quien debe reintegrarlos a los demandantes, es decir, no existe relación de causalidad entre las decisiones impugnadas y los perjuicios reclamados.

b): También se solicita en la demanda que se condene por "el valor de los demás perjuicios que se acrediten en el proceso". De los hechos 18 y 34 se deduce que son los derivados de los requerimientos y procesos judiciales a que se han visto avocados los demandantes para obtener el pago de las obligaciones emanadas de unos contratos en los cuales figuran como codeudores de CONGRAVAS LTDA.

Respecto a esta petición caben las consideraciones hechas anteriormente.

Lo expuesto no quiere decir que en un caso como el presente no se admita la posibilidad de que se cause efectivamente un perjuicio, pero este podría ser por ejemplo el ocasionado con la no percepción de utilidades comprobadas por la sociedad, pero ello no fue pedido en la demanda.

II-. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACION

II.1-. El apoderado de la Cámara de Comercio de Bogotá fundamenta su inconformidad, en síntesis, así:

1-. La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva ha debido prosperar porque la función administrativa de llevar el registro mercantil es una función pública, bien por delegación o autorización del Estado (artículo 210 y 211 de la Constitución). De manera que siendo una función dirigida, regulada, inspeccionada y controlada por el Estado por intermedio de la Superintendencia de Industria y Comercio, no hay libertad de las Cámaras de Comercio para la prestación del servicio.

Los actos administrativos expedidos por las Cámaras de Comercio tienen recurso de apelación obligatorio, pudiendo la Superintendencia confirmarlos, revocarlos, modificarlos o adicionarlos. De tal suerte que el acto administrativo es uno solo y como tal indivisible, por lo que mal podría demandarse por el mismo acto a quien lo profirió y al organismo estatal que lo confirmó. La responsabilidad recae en forma exclusiva y excluyente en la Nación.

2-. La excepción de improcedencia de la acción propuesta debe prosperar porque de conformidad con el artículo 84 del C.C.A. contra los actos de registro lo procedente es la acción de nulidad.

3-. Según lo afirmado por el Tribunal en la sentencia se deduce que con la inscripción en el registro mercantil de la Escritura Pública No. 1054 el 20 de mayo de 1988 se sanearon todos los actos anteriores celebrados por la Junta de Socios de CONGRAVAS LTDA., inclusive la ineficiencia de que adolecían las decisiones adoptadas en la Escritura Pública 972. Ello es una interpretación errónea pues el 26 de abril de 1988, fecha en que se constituyeron en Junta de Socios los señores Hernando Angel López y Patricia Navarro de Angel, solemnizaron en la Escritura 972 unas decisiones de la Junta de Socios de CONGRAVAS LTDA. que en estricto sentido fueron adoptadas por un solo socio, ya que al no estar registrada en esa fecha la Escritura 1054, la citada señora no podía ejercer sus derechos de socia, como lo es el del voto, dado que la cesión que se le hizo no producía efectos respecto de terceros ni de la sociedad, como en forma perentoria lo señala el artículo 366 del C. de Co.

Al no estar presente un número plural de socios, no se integró el órgano social, no hubo *quórum* deliberatorio, lo cual conlleva a que la decisión de reformar el contrato social de CONGRAVAS LTDA. fuera ineficaz en la fecha que se hizo (artículo 190 del C. de Co.).

Ocurre que sin el registro de la Escritura Pública de cesión, ni el cedente se desprende legalmente de la titularidad de las cuotas que posee, ni el cesionario puede ejercer los derechos propios de las cuotas que adquiere, a pesar de que la Junta de Socios hubiese aceptado su ingreso como socio.

4-. La ineficiencia no es saneable porque: las decisiones de una Junta de Socios producen todos sus efectos desde el momento en que estas se toman de conformidad con el artículo 188 del C. de Co., en concordancia con el inciso 2o. del artículo 158 y el parágrafo único del artículo 166 ibídem; en la ineficiencia no opera la ratificación o saneamiento como sí ocurre con la nulidad y la inexistencia (artículo 108 y 898 del C. de Co.); la declaración de ineficacia no es competencia de ningún funcionario y opera de pleno derecho (artículo 897 ibídem); y la ineficacia se predica de la decisión de la Junta de Socios y no del registro.

II.2-. El apoderado de los demandantes expresa los siguientes argumentos, los cuales pueden resumirse así:

1-. Para el Tribunal no existe relación de causalidad entre los actos anulados y los perjuicios reclamados, cuanto tales actos son la causa de dichos perjuicios ya que si la Escritura Pública No. 1054 de 21 de abril de 1988, sólo vino a producir efectos a partir del registro el 20 de mayo de 1988, es apenas obvio que la Escritura 972 de 26 de abril de 1988 habría entrado también a producir efectos a partir del momento en que la Cámara de Comercio de Bogotá hubiera cumplido con la obligación legal de inscribirla en el registro mercantil.

Si la Cámara hubiera registrado la mencionada Escritura, los demandantes desde esa misma fecha habrían podido a su vez hacer valer sus derechos ante la sociedad a la cual le entregaron como aportes el ahorro de toda una vida, asumiendo el control directivo de la misma para evitar el descalabro económico a que la llevó el socio Hernando Angel López, o lo que es lo mismo, no se habrían irrogado los perjuicios que ahora se reclaman. Por ello existe relación de causalidad.

Los hechos narrados en los numerales 27 a 33 y 36, demostrados en el plenario, reafirman la relación de causalidad.

2-. No puede olvidarse que el ejercicio de funciones públicas o administrativas, aun por parte de personas privadas como la Cámara de Comercio de Bogotá, comprometen la responsabilidad estatal cuando ellas se ejercen en forma irregular. De aceptarse la tesis del Tribunal se llegaría al absurdo de entronizar la total irresponsabilidad de las Cámaras de Comercio en el ejercicio de la función pública de llevar el registro mercantil.

III-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En relación con los argumentos del apoderado de la Cámara de Comercio de Bogotá, cabe tener en cuenta lo siguiente:

1-. Esta Corporación en sentencia de 20 de agosto de 1993, expediente No. 2320, actora: Sociedad Cingra Dos Ltda., con ponencia del Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, que ahora se reitera, expresó:

> "1-. Conforme al artículo 82 del C.C.A., esta jurisdicción está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas Y DE LAS PRIVADAS QUE DESEMPEÑEN FUNCIONES ADMINISTRATIVAS.
>
> 2-. La Cámara de Comercio de Bogotá, no obstante su naturaleza de entidad privada, desempeña una función administrativa, y en este caso sus actos caen bajo la órbita del control por esta jurisdicción.
>
> 3-. De acuerdo con la preceptiva del artículo 149 del C.C.A. las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas, podrán obrar como demandantes, **demandadas** o intervinientes, por medio de sus representantes legales debidamente acreditados".

Como quiera que las resoluciones fueron expedidas por la Cámara de Comercio de Bogotá, por tal razón dicha entidad debe comparecer al proceso en calidad de demandada, sin perjuicio obviamente de que también lo haga la Superintendencia de Industria y Comercio que expidió la resolución que resolvió la apelación, que es superior jerárquico de aquella y como tal tiene la representación legal de la Nación, en los términos del artículo 149 citado.

Por lo anterior, no está llamada a prosperar la excepción de ilegitimidad en la causa por pasiva.

2-. En lo tocante a la excepción de improcedencia de la acción incoada, estima la Sala que tampoco tiene vocación de prosperidad y por ello asistió razón al *a quo* en desestimarla, ya que dentro de los actos administrativos de contenido particular que la Ley ha enlistado como susceptibles de enjuiciamiento a través de la acción de nulidad, no se encuentran los de registro mercantil que, como los que aquí se impugnan, crean una situación jurídica de carácter individual y concreto que atañen solamente a las personas que suscribieron la Escritura Pública, contentiva de la reforma del contrato social de la sociedad comercial.

De tal manera que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho de la cual hicieron uso los demandantes.

3-. Corresponde ahora analizar el fondo del asunto en orden a determinar si sólo a partir de la inscripción en el registro mercantil los actos objeto del mismo producen o no efectos respecto de los asociados, que es lo que constituye el primer aspecto central de la controversia.

Sobre el particular la Sala advierte lo siguiente:

En el evento *sub lite,* la Cámara de Comercio de Bogotá se abstuvo de inscribir en el registro mercantil la Escritura Pública No. 972 de 1988 al considerar que las decisiones allí adoptadas no lo fueron con el *quórum* necesario, toda vez que la señora Patricia Navarro de Angel, en el momento de su suscripción, no había adquirido la calidad de socia porque la Escritura Pública 1054 de 21 de abril de 1988 se registró sólo hasta el 20 de mayo de dicho año, por lo cual a las voces del artículo 190 del C. de Co. tales decisiones eran ineficaces por contravenir el artículo 186 ibídem que dispone, entre otros aspectos, que las reuniones deben realizarse con el *quórum* establecido en los estatutos.

No cabe duda que el artículo 158 del C. de Co. es una norma general para toda clase de sociedad mercantil.

Dicho precepto dispone la obligatoriedad de elevar a Escritura Pública "toda reforma del contrato de sociedad comercial" y que sin el lleno de dicho requisito "tal reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros". Añade además el precepto que "Las reformas tendrán efectos entre los asociados desde cuando se acuerden o pacten conforme a los estatutos".

Sin embargo, esta disposición general, según el contenido del artículo 259 ibídem, se aplica "SIN PERJUICIO DE LO QUE SE ESTABLECE EN EL ARTICULO 294 Y SIGUIENTES EN RELACION CON CADA CLASE DE SOCIEDAD" (resalta la Sala fuera de texto).

Significa lo anterior que si para determinada clase de sociedad se ha previsto una disposición diferente, es esta la que por su naturaleza especial, tiene prelación, preferencia o prevalencia.

En el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, el artículo 366 del C. de Co. estatuye:

> "La cesión de las cuotas deberá hacerse por escritura pública, so pena de ineficacia, pero no producirá efecto respecto de terceros NI DE LA SOCIEDAD SINO A PARTIR DE LA FECHA EN QUE SEA INSCRITA EN EL REGISTRO MERCANTIL" (resalta la Sala fuera de texto).

De lo anterior se colige que, constituyendo la cesión de cuotas una reforma del contrato de sociedad, y, debiéndose aplicar preferentemente el art. 366 del C. de Co., que constituye la norma especial para la misma y no la norma general que se ha previsto en el capítulo pertinente a la sociedad de responsabilidad limitada, calidad ésta que ostenta la sociedad CONGRAVAS LTDA., sólo a partir de la fecha de inscripción en el registro mercantil de la Escritura Pública, por la cual el socio mayoritario cedió parte de sus cuotas a la señora Patricia Navarro de Angel, ésta adquirió la calidad de socia, es decir, a partir del día en que se efectuó tal inscripción.

De tal suerte que no puede hablarse de interpretación errónea sino adecuada del artículo 366 del C. de Co. por parte de las entidades demandadas.

No admite discusión el hecho de que frente a un acto ineficaz, la Cámara de Comercio pueda abstenerse de su registro ya que del contenido del artículo 897 del C. de Co. así se infiere, cuando expresa que un acto que no produce efectos es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de decisión judicial. Luego ante una ineficacia, no puede accederse al registro para que no obstante ella, en virtud de este, pueda producir efectos que por mandato de la Ley no están llamados a producirse.

Ahora bien, el otro aspecto de la controversia se circunscribe a determinar qué efectos produce la petición de registrar la Escritura Pública No. 972 de 26 de abril de 1988, luego del registro de la Escritura Publica No. 1054 de 26 de abril de 1988, que se produjo el 20 de mayo del mismo año.

Al respecto estima la Sala que si para el 26 de abril de 1988, fecha en que se solemnizaron a través de la Escritura Pública No. 972 las decisiones adoptadas por la Junta de Socios de la sociedad demandante, no había *quórum* suficiente pues la señora Patricia Navarro de Angel, como ya se dijo, no había adquirido la calidad de socia, y no puede haber *quórum* con un solo socio, tales decisiones no estaban llamadas a producir efectos, eran ineficaces, o lo que es lo mismo, **es como si no se hubieran adoptado.** Luego, una vez que se adquirió tal calidad con el registro de la Escritura Pública No. 1054, el 20 de mayo de 1988, lo pertinente y lógico era, de ser é sta la intención de los socios, adoptar nuevamente las decisiones porque, por mandato de la Ley, las contenidas en la Escritura Pública No. 972 se consideran no adoptadas, haciéndolo no ante la Cámara de Comercio de Bogotá sino a través de una nueva Escritura Pública con el lleno de los requisitos previstos en los estatutos.

Las anteriores consideraciones conducen a la revocatoria de la sentencia apelada para disponer, en su lugar, la denegatoria de las súplicas de la demanda.

Esta circunstancia releva a la Sala de hacer pronunciamiento alguno en relación con el recurso de apelación presentado por el apoderado de los demandantes.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone: DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 4 de agosto de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de la sentencia del 20 de agosto de 1993, Expediente 2320, Ponente: Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, Actora: SOCIEDAD CINGRRA DOS LTDA., en la que se establece que conforme al artículo 82 del C.C.A., la Cámara de Comercio de Bogotá, no obstante su naturaleza privada, cumple función administrativa y en este caso sus actos caen bajo la órbita del control de la jurisdicción contencioso administrativa.

NORMA CONSTITUCIONAL TRANSITORIA/GOBIERNO NACIONAL-Facultades/**DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES-**Temporalidad/**MODERNIZACION DEL ESTADO/MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA-**Reestructuración

Las facultades otorgadas al Gobierno Nacional en el Artículo transitorio 20 de la Carta Política, por la materia que regulan, que es la misma que esta le atribuye al Congreso de la República en el artículo 150 numeral 7o., tienen naturaleza legislativa, sólo que por estar imposibilitado el legislador ordinario para ejercerlas, en virtud de la revocatoria de su mandato, le fueron asignadas transitoria y excepcionalmente al Gobierno Nacional.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS NACIONALES/ESTABLECIMIENTO PUBLICO/EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL/JUNTA DIRECTIVA/CONSEJO DIRECTIVO/ESTATUTOS/PLANTA DE PERSONAL/ MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA-Reestructuración/**IAN-**Reestructuración/**MINERALCO-**Reestructuración

Dada la naturaleza legislativa de las facultades, otorgadas al Gobierno Nacional, por el art. 20 transitorio, difieren por lo mismo sustancialmente de las funciones de carácter administrativo que en forma permanente ejercen el Gobierno Nacional, respecto de las entidades pertenecientes a la Administración Central, por mandato expreso del artículo 189 numerales 14 a 16 *ibídem,* y las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado de conformidad con lo normado en los artículos 26 literal b) del Decreto 1050 de 1968 y 40 del Decreto 3130 de 1968. Por esta razón, la indicación del plazo de que tratan los artículos 50 y 65 del Decreto 2119 de 1992 y la modificación de la planta de personal que conforme a las normas anteriores y al artículo 189 de la Constitución Política efectuó

el Gobierno Nacional en el Decreto 1554 de 1993, no puede considerarse como una prórroga o ampliación del término previsto en la norma constitucional transitoria.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.–

Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2734. Acción: Nulidad. Actor: Edgardo Insignares Carroll.

El ciudadano y abogado EDGARDO INSIGNARES CARROLL, 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 de los artículos 50 y 65 del Decreto 2119 de 29 de diciembre 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", expedido por el Gobierno Nacional, y del Decreto 1554 de 9 de agosto de 1993 "Por el cual se modifica la Planta de Personal del Ministerio de Minas y Energía", expedido por el Gobierno Nacional.

I-. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Aduce el actor que los artículos 50 y 65 del Decreto 2119 de 1992, al establecer un término de 12 meses para adoptar las medidas del caso y disponer una nueva planta de personal, así como el Decreto 1554 de 9 de agosto de 1993, vulneran el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, al expedirse fuera del término que este prevé.

II-. ACTUACION

Mediante proveído de 17 de febrero de 1994, se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados.

II.1-. Del auto admisorio se notificó la Nación-Ministerio de Minas y Energía-, quien a través de apoderada contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones, adujo, en síntesis, lo siguiente:

1-. La violación del artículo transitorio 20 de la Carta Política no existió en ningún momento ya que esta norma habilitó al Gobierno Nacional, no sólo para reestructurar las entidades, sino también para esbozar o fijar unos criterios conforme a los cuales se diera cumplimiento a lo ordenado en los Decretos expedidos, todo ello en consideración a que la Administración debía ponerse en consonancia con la nueva Constitución.

2-. Deben distinguirse dos momentos: el legislativo, es decir, al que hace referencia el artículo transitorio 20, que se cumplió cabalmente en el Decreto 2119 de 1992; y el de ejecución o cumplimiento, posterior al primero, para el cual se señaló un plazo de 12 meses. Este plazo tiene como único fin reforzar el deber de la Administración de tomar

en un tiempo preciso las decisiones necesarias, resultado de la reestructuración para dar cumplimiento a los principios constitucionales de eficacia, economía y celeridad.

II.2-. En la etapa de alegatos de conclusión las partes reiteraron los planteamientos expuestos en la demanda y su contestación.

El Ministerio Público no hizo uso del derecho de alegar de conclusión.

III-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Los artículos 50 y 65 del Decreto 2119 de 1992, prevén que la supresión de cargos o empleos como consecuencia de la decisión de reestructurar la entidad a que alude el citado Decreto, se cumplirá de acuerdo con el programa que apruebe la autoridad competente para ejecutar las decisiones adoptadas, dentro del plazo de 12 meses contado a partir de la fecha de publicación de aquel; y que el Gobierno Nacional establecerá la planta de personal del Ministerio de Minas y Energía dentro de los 12 meses siguientes a la fecha de la vigencia del referido Decreto. Cabe advertir que en desarrollo de esta disposición y del artículo 189 de la Constitución Política se dictó el Decreto 1554 de 1993, contentivo de la modificación de la planta de personal del Ministerio de Minas y Energía.

En relación con los cargos que a las disposiciones antes reseñadas les endilga el actor, la Sala reitera lo expuesto en la providencia que denegó la suspensión provisional y en diversos pronunciamientos, en el sentido de que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20 de la Carta Política, por la materia que regulan, que es la misma que esta le atribuye al Congreso de la República en el artículo 150 numeral 7o., tienen naturaleza legislativa, sólo que por estar imposibilitado el legislador ordinario para ejercerlas, en virtud de la revocatoria de su mandato, le fueron asignadas transitoria y excepcionalmente al Gobierno Nacional.

Dada la naturaleza legislativa de las facultades dadas al Gobierno Nacional por el art. 20 transitorio, difieren por lo mismo sustancialmente de las funciones de carácter administrativo que en forma permanente ejercen el Gobierno Nacional, respecto de las entidades pertenecientes a la Administración Central, por mandato expreso del artículo 189 numerales 14 a 16 *ibídem,* y las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado de conformidad con lo normado en los artículos 26 literal b) del Decreto 1050 de 1968 y 40 del Decreto 3130 de 1968.

Por esta razón, la indicación del plazo de que tratan los artículos 50 y 65 del Decreto 2119 de 1992 y la modificación de la planta de personal que conforme a las normas anteriores y al artículo 189 de la Constitución Política efectuó el Gobierno Nacional en el Decreto 1554 de 1993, no puede considerarse como una prórroga o ampliación del

el Gobierno Nacional en el Decreto 1554 de 1993, no puede considerarse como una prórroga o ampliación del término previsto en la norma constitucional transitoria.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.–

Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2734. Acción: Nulidad. Actor: Edgardo Insignares Carroll.

El ciudadano y abogado EDGARDO INSIGNARES CARROLL, 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 de los artículos 50 y 65 del Decreto 2119 de 29 de diciembre 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", expedido por el Gobierno Nacional, y del Decreto 1554 de 9 de agosto de 1993 "Por el cual se modifica la Planta de Personal del Ministerio de Minas y Energía", expedido por el Gobierno Nacional.

I-. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Aduce el actor que los artículos 50 y 65 del Decreto 2119 de 1992, al establecer un término de 12 meses para adoptar las medidas del caso y disponer una nueva planta de personal, así como el Decreto 1554 de 9 de agosto de 1993, vulneran el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, al expedirse fuera del término que este prevé.

II-. ACTUACION

Mediante proveído de 17 de febrero de 1994, se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados.

II.1-. Del auto admisorio se notificó la Nación-Ministerio de Minas y Energía-, quien a través de apoderada contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones, adujo, en síntesis, lo siguiente:

1-. La violación del artículo transitorio 20 de la Carta Política no existió en ningún momento ya que esta norma habilitó al Gobierno Nacional, no sólo para reestructurar las entidades, sino también para esbozar o fijar unos criterios conforme a los cuales se diera cumplimiento a lo ordenado en los Decretos expedidos, todo ello en consideración a que la Administración debía ponerse en consonancia con la nueva Constitución.

2-. Deben distinguirse dos momentos: el legislativo, es decir, al que hace referencia el artículo transitorio 20, que se cumplió cabalmente en el Decreto 2119 de 1992; y el de ejecución o cumplimiento, posterior al primero, para el cual se señaló un plazo de 12 meses. Este plazo tiene como único fin reforzar el deber de la Administración de tomar

en un tiempo preciso las decisiones necesarias, resultado de la reestructuración para dar cumplimiento a los principios constitucionales de eficacia, economía y celeridad.

II.2-. En la etapa de alegatos de conclusión las partes reiteraron los planteamientos expuestos en la demanda y su contestación.

El Ministerio Público no hizo uso del derecho de alegar de conclusión.

III-. LA DECISION

No observándose causal dé nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Los artículos 50 y 65 del Decreto 2119 de 1992, prevén que la supresión de cargos o empleos como consecuencia de la decisión de reestructurar la entidad a que alude el citado Decreto, se cumplirá de acuerdo con el programa que apruebe la autoridad competente para ejecutar las decisiones adoptadas, dentro del plazo de 12 meses contado a partir de la fecha de publicación de aquel; y que el Gobierno Nacional establecerá la planta de personal del Ministerio de Minas y Energía dentro de los 12 meses siguientes a la fecha de la vigencia del referido Decreto. Cabe advertir que en desarrollo de esta disposición y del artículo 189 de la Constitución Política se dictó el Decreto 1554 de 1993, contentivo de la modificación de la planta de personal del Ministerio de Minas y Energía.

En relación con los cargos que a las disposiciones antes reseñadas les endilga el actor, la Sala reitera lo expuesto en la providencia que denegó la suspensión provisional y en diversos pronunciamientos, en el sentido de que las facultades otorgadas al Gobierno Nacional en el artículo transitorio 20 de la Carta Política, por la materia que regulan, que es la misma que esta le atribuye al Congreso de la República en el artículo 150 numeral 7o., tienen naturaleza legislativa, sólo que por estar imposibilitado el legislador ordinario para ejercerlas, en virtud de la revocatoria de su mandato, le fueron asignadas transitoria y excepcionalmente al Gobierno Nacional.

Dada la naturaleza legislativa de las facultades dadas al Gobierno Nacional por el art. 20 transitorio, difieren por lo mismo sustancialmente de las funciones de carácter administrativo que en forma permanente ejercen el Gobierno Nacional, respecto de las entidades pertenecientes a la Administración Central, por mandato expreso del artículo 189 numerales 14 a 16 *ibídem,* y las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado de conformidad con lo normado en los artículos 26 literal b) del Decreto 1050 de 1968 y 40 del Decreto 3130 de 1968.

Por esta razón, la indicación del plazo de que tratan los artículos 50 y 65 del Decreto 2119 de 1992 y la modificación de la planta de personal que conforme a las normas anteriores y al artículo 189 de la Constitución Política efectuó el Gobierno Nacional en el Decreto 1554 de 1993, no puede considerarse como una prórroga o ampliación del

término previsto en la norma constitucional transitoria, por lo cual habrán de denegarse las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Devuélvase al actor la suma de dinero depositada para gastos ordinarios 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 4 de agosto de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

término previsto en la norma constitucional transitoria, por lo cual habrán de denegarse las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Devuélvase al actor la suma de dinero depositada para gastos ordinarios 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 4 de agosto de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

término previsto en la norma constitucional transitoria, por lo cual habrán de denegarse las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Devuélvase al actor la suma de dinero depositada para gastos ordinarios 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 4 de agosto de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

EXPROPIACION/ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR/BIEN INMUEBLE-Enajenación/**BIEN DE UTILIDAD PUBLICA**-Declaración/**BIEN DE INTERES SOCIAL**-Declaración/**ACCION DE NULIDAD**-Improcedencia

De la simple lectura de los Acuerdos demandados, para la Sala no cabe duda que son actos creadores de situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, toda vez que mediante ellos se declararon de utilidad pública e interés social cinco (5) inmuebles urbanos del Municipio de Usiacurí, los cuatro (4) primeros de ellos plenamente identificados por su nomenclatura, ficha catastral y propietario, y el último por sus medidas y linderos, "...sin identificación catastral, sin dueño aparente...". Además, la circunstancia de que la decisión adoptada en dichos actos incluya un inmueble cuyo propietario se desconoce y faculte al Alcalde Municipal para adquirir éste y los cuatro (4) restantes mediante enajenación voluntaria directa y, si es necesario, procediera su expropiación, no muta la mencionada naturaleza jurídica, pues, en cuanto a lo primero, los efectos llamados a producir tal decisión sólo se predican respecto de dicho inmueble y su propietario, y, en cuanto a lo segundo, las facultades conferidas al Alcalde Municipal sólo guardan relación con los bienes objeto de la declaratoria de utilidad pública e interés social.

BIEN INMUEBLE/EXPROPIACION ADMINISTRATIVA/PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/UNICA INSTANCIA/TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA/CONSEJO DE ESTADO-Incompetencia

Como quiera que entre los Acuerdos 34 y 40 de 1990 y las Resoluciones 001 y 004 de 1992, mediante las cuales se ordenó la expropiación de los

mencionados bienes inmuebles, existe una relación de causa y efecto, pues sin la existencia de los primeros no podían haberse producido los segundos, y teniendo en cuenta que el inciso segundo del artículo 22 de la Ley 9a. de 1989 dispone que las acciones contencioso administrativas contra los actos que ordenen una expropiación, se tramitan ante los tribunales administrativos en única instancia, de ello se deriva que esta Corporación carece de competencia para pronunciarse sobre la decisión del tribunal *a quo* de denegar las súplicas de la demanda respecto de los citados actos.

RECURSO DE APELACION-Delimitación

Independientemente de los argumentos aducidos por el tribunal *a-quo* para declararse inhibido para un pronunciamiento de mérito sobre el acuerdo demandado, la Sala considera que tal decisión habrá de confirmarse en la parte resolutiva de esta sentencia, toda vez que en el recurso interpuesto no se manifiesta inconformidad alguna respecto de ella y, por ende, no se cuestiona en esta instancia la legalidad de dicho acto.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., cinco de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2679. Actor: Calixto Herrera Padilla y otros.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico de fecha 28 de julio de 1993.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

Los ciudadanos Calixto Herrera Padilla, Ramiro Padilla Vallejo y Luis Aníbal Pérez Mariño, a través de apoderado y en ejercicio de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, consagradas respectivamente en los artículos 84 y 85 del C.C.A., demandan la nulidad de los Acuerdos Nos. 34 del 9 de junio, 40 del 24 de septiembre y 47 del 5 de diciembre, todos de 1990, expedidos por el Concejo Municipal de Usiacurí, así como las Resoluciones Nos. 001 de enero 31 y 004 de febrero 22, ambas de 1991, expedidas por el Alcalde de la misma municipalidad, para que una vez decretada su nulidad se les restablezca el derecho de dominio sobre los bienes inmuebles objeto de expropiación, oficiando al señor Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Sabanalarga, para que cancele la inscripción de los oficios de adquisición de los inmuebles, que figura en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria.

b.- Los actos acusados

Son los siguientes:

1.- Acuerdo No. 34 del 9 de junio de 1990, "Por medio del cual se declara de utilidad pública unos inmuebles del área urbana de este Municipio y se ordena su compra o expropiación".

2.- Acuerdo No. 40 del 24 de septiembre de 1990, "Por medio del cual se ratifica el Acuerdo No. 34 de fecha junio 9 de 1990 en todo su contenido".

3.- Acuerdo No. 47 de 15 de diciembre de 1990 "Por medio del cual se adopta el plan simplificado de desarrollo y el Estatuto Oficial de Zonificación del Municipio de Usiacurí".

4.- Resolución No. 001 del 31 de enero de 1991, "Por medio de la cual se ordena la expropiación de unos inmuebles urbanos".

5.- Resolución No. 004 del 22 de febrero de 1991, "Por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto contra la Resolución No. 001 de enero 31 de 1991, mediante la cual se ordena la expropiación de unos inmuebles".

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de su violación

Los accionantes consideran que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación (fls. 30 a 35 del Cdno. Ppal.):

Primer cargo.- Con la expedición de los Acuerdos Nos. 34 y 40 del Concejo de Usiacurí, se omitió el cumplimiento de los artículos 33, 34 y 35 del Decreto Ley 1333 de 1986, los cuales fueron modificados respectivamente por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 09 de 1989, "Por la cual se dictan normas sobre Planes de Desarrollo Municipal, Compraventa y Expropiación de Bienes y se dictan otras disposiciones". La violación consiste en que los Acuerdos no tuvieron en cuenta las normas precitadas en lo que hace referencia a que las entidades territoriales que cuentan con una población inferior a 100.000 habitantes deberán expedir un Plan de Desarrollo Simplificado sobre el uso del suelo, así como un Plan Vial, de Servicios Públicos y de Obras Públicas. De igual manera se omitió el deber de los Alcaldes Municipales de presentar -a consideración del Concejo-, dentro de los primeros diez días del mes de noviembre del primer año de sesiones del repectivo concejo, los proyectos de acuerdos sobre el Plan de Desarrollo Simplificado.

Segundo cargo.- Para corregir la anterior omisión, el Concejo Municipal de Usiacurí dictó el Acuerdo No. 47 del 5 de diciembre de 1990, con flagrante violación de las normas precitadas del Código de Régimen Municipal, ya que la expedición de dicho Acuerdo debió ser anterior a la de los Acuerdos 34 y 40, también demandados.

Tercer cargo.- El Acuerdo No. 47 de 1990 no solamente adopta el Plan de Desarrollo Simplificado, sino que adopta el Estatuto Oficial de Zonificación del Municipio de Usiacurí, materias bien disímiles e inconexas, razón por la cual se viola flagrantemente el artículo 107 del C. de R.P.M., que dispone que todo proyecto de acuerdo debe referirse a una misma materia.

Cuarto cargo.- Son nulas las Resoluciones acusadas, por ser desarrollo de los Acuerdos también acusados, ya que fueron dictadas con violación de las normas señaladas como su soporte legal (art. 2 de la Ley 09 de 1989).

d.- Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda la parte demandada expresa que los acuerdos demandados se expidieron por parte del Concejo con fundamento en el Decreto Ley 1333 de 1986 y en los artículos 9, 10, 11, 12 y siguientes de la Ley 09 de 1989. En efecto, el inciso 2o. del artículo 12 de la Ley 09 de 1989 establece:

> "En aquellos lugares donde no exista un Plan de Desarrollo o Plan de Desarrollo Simplificado, corresponderá al Alcalde o al Intendente de San Andrés y Providencia certificar que la adquisición o expropiación se encuentra de conformidad con las políticas del uso del suelo del Municipio, previo concepto de la Oficina de Planeación Departamental o Intendencial".

Fue así como el Alcalde, mediante Resolución No. 007 del 7 de noviembre de 1990, certificó que la adquisición o expropiación ordenada por el Concejo Municipal de Usiacurí en los Acuerdos Nos. 34 y 40 de 1990, se encuentra de conformidad con la política del uso del suelo. Lo anterior se hizo necesario por no tener el Municipio en comento un Plan de Desarrollo o un Plan de Desarrollo Simplificado. Dicha certificación fue avalada por el Departamento Administrativo de Planeación del Departamento del Atlántico, según Resolución No. 024 de 1990, lo cual deja sin piso los cargos primero y segundo.

En lo que respecta al tercer cargo, el apoderado de la entidad demandada afirma que no es cierto que el Plan de Desarrollo Simplificado y el Estatuto de Zonificación del Municipio contemplen materias disímiles e inconexas sino que, por el contrario, comprenden asuntos armónicos y complementarios, toda vez que las zonas recreativas, comerciales, de transporte, residencial, etc., constituyen las diferentes áreas del suelo urbano del Municipio (fls. 85 a 87 del Cdno. Ppal.).

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 del 16 de julio de 1991 se admitió la demanda (fl. 37 del Cdno. Ppal.).

Se surtió la audiencia de conciliación ante la Fiscalía del Tribunal Administrativo del Atlántico, la cual arrojó resultados negativos (fls. 77 a 80 del Cdno. Ppal.).

Mediante proveído del 28 de enero de 1992 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por las partes (fl. 90 del Cdno. Ppal.).

Por auto del 31 de agosto de 1992 (fl. 95 del Cdno. Ppal.) se corrió traslado a las partes y al señor Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso la parte demandante y el Ministerio Público.

Concepto del Ministerio Público

Solicita no se acceda a las pretensiones de la demanda, ya que en tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, esta tiene un término de caducidad de 4 meses contados a partir de la publicación del acto, en nuestro caso de los Acuerdos Nos. 34 y 40 de 1990, razón por la cual la acción caducó.

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia se declaró inhibido para pronunciarse sobre el Acuerdo No. 047 de 1990, emanado del Concejo Municipal de Usiacurí y denegó las demás pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 112 a 121 del Cdno. Ppal.):

Respecto de la excepción de caducidad propuesta por el Agente del Ministerio Público, el *a quo* no la declara próspera, por cuanto los Acuerdos Nos. 34 y 40 de 1990 son actos administrativos de carácter particular y por ende deben ser notificados personalmente a los interesados o a su apoderado y como quiera que no fueron notificados a los hoy demandantes, no puede contarse el término de caducidad a partir de la publicación, ya que este no es el medio idóneo para poner en conocimiento de los interesados las decisiones aludidas. Por lo tanto, la acción no habría caducado respecto de dichos actos.

Sobre la pretendida nulidad del Acuerdo No. 047 de 1990, el Tribunal declara de oficio la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, pues la acción que se instauró contra los demás actos demandados es la de nulidad y restablecimiento del derecho, en tanto que la que corresponde al Acuerdo No. 047 es la de simple nulidad, por tratarse de un acto de contenido general.

En lo concerniente a los Acuerdos Nos. 34 y 40, de 1990 el Tribunal analiza lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 12 de la Ley 09 de 1989, esto es, la facultad que tiene el Alcalde -cuando no existe un Plan de Desarrollo o Plan de Desarrollo Simplificado, de certificar que la adquisición o expropiación se encuentra de conformidad con las políticas del uso del suelo, previo concepto del Departamento de Planeación Departamental, requisito que fue cumplido en el caso en comento, tal y como se puede apreciar a folios 41 a 43 del Cdeno. No. 3, donde obran las resoluciones Nos. 07 y 024 de noviembre 7 y 8 de 1990, expedidas respectivamente por el Alcalde del Municipio de Usiacurí y el Director del Departamento de Planeación del Departamento del Atlántico, razón por la cual la expropiación efectuada a los inmuebles de los accionantes estaba en congruencia con la política del municipio sobre el uso del suelo, que en definitiva es el aspecto de fondo.

Así las cosas, los acuerdos y resoluciones demandados no vulneraron los artículos 33 a 35 del C. de R.M., por cuanto los primeros se refieren a la declaratoria de utilidad pública de unos inmuebles y las segundas a la expropiación de los mismos.

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Ellos son, en suma, los siguientes: (fls. 123 a 127 Cdno. Ppal.):

La decisión de declararse inhibido el Tribunal para pronunciarse sobre el Acuerdo No. 047 de 1990 por tratarse de un acto de contenido general debió abarcar la totalidad de los actos demandados, pues tal decisión es procesalmente antitécnica, viola el principio de economía procesal y contraría toda norma de procedimiento.

A pesar de que la decisión del tribunal se adoptó con fundamento en jurisprudencias del Consejo de Estado, se disiente de las mismas, pues si ellas propugnan por evitar fallos inhibitorios, "... lo cual no se ha hecho, a pesar de admitirse la irregularidad según el mismo Tribunal Administrativo, situación pasada por alto por el mismo fallador al admitir de plano la demanda y de otra parte, si la demanda es inepta y se consideró declararlo así a través de la excepción oficiosa, esta declaración no se hizo y de haberse hecho, debió comprender toda la actuación por ser una sola la demanda...".

De otra parte, los Acuerdos Nos. 034 y 040 de 1990 no son actos de contenido particular, pues si bien en ellos se hace referencia a la expropiación de inmuebles de determinadas personas, "... no es menos cierto que el mismo acuerdo contiene además órdenes o facultades al Alcalde Municipal y el punto f) del artículo 1o. no tiene destinatario o propietario determinado...".

En concordancia con lo anterior, debe tenerse en cuenta que según atestación de la Secretaría General de la Alcaldía de Usiacurí dichos acuerdos fueron publicados y fijados en la cartelera de esa dependencia en cumplimiento del artículo 115 del Código de Régimen Departamental, razón por la cual, a la luz de lo dispuesto por el artículo 116 *ibídem,* "...deben considerarse notificados legalmente y por lo tanto válidos produciendo por lo tanto los efectos legales suficientes para demandar en forma la nulidad de los mismos, pues además la acción incoada no ha caducado al momento de presentarse la demanda.

Finalmente "se insiste en que los Acuerdos 034 y 040/90 emanados del Concejo de Usiacurí no requerían de notificación personal alguna y tampoco es posible recurrirlos, sino acusarlos o demandarlos ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, como se ha hecho a través de este proceso".

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sobre los argumentos del recurso de apelación, se observa lo siguiente:

a) De la simple lectura de los Acuerdos demandados, para la Sala no cabe duda que son actos creadores de situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, toda vez que mediante ellos se declararon de utilidad pública e interés social cinco (5) inmuebles urbanos del Municipio de Usiacurí, los cuatro (4) primeros de ellos plenamente identificados por su nomenclatura, ficha catastral y propietario, y el último por sus medidas y linderos, "... sin identificación catastral, sin dueño aparente...". Además, la circunstancia de que la decisión adoptada en dichos actos incluya un inmueble cuyo propietario se desconoce y faculte al Alcalde Municipal para adquirir éste y los cuatro (4) restantes mediante enajenación voluntaria directa y, si es necesario, procediera su expropiación, no muta la mencionada naturaleza jurídica, pues, en cuanto a lo primero, los efectos llamados a producir tal decisión sólo se predican respecto de dicho inmueble y su propietario, y, en cuanto a lo segundo, las facultades conferidas al Alcalde Municipal sólo guardan relación con los bienes objeto de la declaratoria de utilidad pública e interés social.

b) Como quiera que entre los Acuerdos 34 y 40 de 1990 y las resoluciones 001 y 004 de 1992, mediante las cuales se ordenó la expropiación de los mencionados bienes inmuebles existe una relación de causa a efecto, pues sin la existencia de los primeros no podían haberse producido los segundos, y teniendo en cuenta que el inciso segundo del artículo 22 de la Ley 9a. de 1989 dispone que las acciones contencioso administrativas contra los actos que ordenen una expropiación se tramitan ante los tribunales administrativos **en única instancia,** de ello se deriva que esta Corporación carece de competencia para pronunciarse sobre la decisión del tribunal a quo de denegar las súplicas de la demanda respecto de los citados actos.

c) No asiste razón al apelante cuando sostiene que la declaratoria de inhibición para un pronunciamiento de fondo sobre el Acuerdo 047 de 1990, por tratarse de un acto de carácter general, impersonal y subjetivo, adoptada en la sentencia recurrida, debió haberse extendido a la totalidad de los actos demandados, puesto que, como se analizó en el literal precedente, el tribunal *a quo* era competente para conocer en única instancia de la demanda instaurada en contra de los Acuerdos 34 y 40 de 1990 y de las resoluciones 001 y 004 de 1992, y dicho conocimiento parcial está acorde con la jurisprudencia de la corporación sobre el tema.

Como consecuencia de lo expuesto e independientemente de los argumentos aducidos por el tribunal *a-quo* para declararse inhibido para un pronunciamiento de mérito sobre el Acuerdo demandado, la Sala considera que tal decisión habrá de confirmarse en la parte resolutiva de esta sentencia, toda vez que en el recurso interpuesto no se manifiesta inconformidad alguna respecto de ella y, por ende, no se cuestiona en esta instancia la legalidad de dicho acto.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- CONFIRMASE el ordinal 1o. de la parte dispositiva de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 28 de julio de 1993, en cuanto se declaró inhibido para pronunciarse sobre el Acuerdo No. 047 de 1990, emanado del Concejo Municipal de Usiacurí.

Segundo.- No se hace ningún pronunciamiento sobre las restantes decisiones adoptadas en la sentencia recurrida en apelación, por las razones expuestas en la parte motiva.

Tercero.- En firme este fallo, 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 cuatro de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: En sentido similar puede consultarse la sentencia inhibitoria del 7 de diciembre de 1993, Expediente 2376, Actor: Pedro Simón Vargas Sáenz, Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.

ICFES-Facultades/**ACTUACION ADMINISTRATIVA/PRUEBAS-**Práctica/ **ACTUACION PRELIMINAR/TESTIMONIO-**Valor Probatorio

Al consagrarse en el artículo 34 del C.C.A. que durante la actuación administrativa se pueden "...pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos adicionales, de oficio o a petición del interesado", con ello se está significando, que en el trámite de la actuación preliminar es posible solicitar y decretar pruebas, y como necesaria consecuencia, que los funcionarios a quienes corresponda su adelantamiento pueden practicar aquellas que se dispusieron para el esclarecimiento de los hechos, todo ello sin que las formalidades y rigorismos consagrados en las normas procedimentales para las actuaciones judiciales, sean esenciales en esa etapa, más aún si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 57 *ibídem,* en concordancia con el artículo 175 del C. de P.C., y frente al asunto *sub-exámine,* todos los medios de prueba señalados en dicha codificación, uno de los cuales es el testimonio de terceros, son admisibles en las actuaciones administrativas.

ACTUACION ADMINISTRATIVA/ADOPCION DE DECISIONES/PLIEGO DE CARGOS/TRASLADO-Término/**DERECHO DE DEFENSA**

La "oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones", a que se refiere el artículo 35 del C.C.A., no es otra que aquella que se les brindó a los actores durante el término de traslado del pliego de cargos, en el cual se les indicó el derecho a conocer y controvertir las pruebas existentes y a solicitar las que considerasen necesarias para su defensa.

De igual manera, una vez que la administración adoptó la decisión sancionatoria, los demandantes expresaron sus opiniones en el recurso de reposición interpuesto contra dicho acto.

FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN/INSTITUCION DE EDUCACION SUPERIOR-Régimen Legal/**PAGOS POR SERVICIOS OPCIONALES**-Obligatoriedad/**SANCION/RECTOR**-Suspensión en el ejercicio de sus funciones

La sanción impuesta a los demandantes se fundamentó en el literal b) del artículo 184 del Decreto 80 de 1980, según el cual el incumplimiento de las disposiciones legales sobre educación superior por parte de la institución da lugar a la imposición de "multas sucesivas hasta veinte veces el salario mínimo legal mensual vigente en el país", aplicable a las personas naturales en virtud de lo previsto en el inciso segundo de dicho mandato, y no en las causales previstas en la norma que se reputa como violada, cuya aplicación sólo tiene operancia respecto de la medida de suspender en el ejercicio de sus funciones a los representantes legales y/o a los integrantes de los Consejos Superiores y Directivos de las instituciones de educación superior y, en ningún caso, a la adoptada mediante los actos cuya declaratoria de nulidad se impetra.

VALORACION DE LA PRUEBA

Las decisiones contenidas en los actos acusados se adoptaron luego de haberse procedido a la apreciación y valoración en conjunto de los medios de prueba allegados al proceso investigativo y de haberse llegado razonadamente al convencimiento de que los actores, en su condición de miembros del plenum de la citada Institución Universitaria, "...se sustrajeron al deber de velar porque la marcha de la Institución esté de acorde con el régimen legal", como se lee en los considerandos de dichos actos.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., doce de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2722. Actor: Mariano Alvear Sofán y otros

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandantes, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, de fecha 9 de septiembre de 1993.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

Los ciudadanos Mariano Alvear Sofán, Gloria Orozco de Alvear y Antonio Cuero Cuero, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento

del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandaron ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de los Acuerdos Nos. 216 del 15 de diciembre de 1989 y 047 del 10 de mayo de 1990, emanados del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior ICFES. De igual manera solicitaron se condene a la Nación -ICFES- a pagarle a cada uno de ellos la cantidad de pesos colombianos que a título de indemnización de perjuicios materiales y morales se evalúe por peritos.

b.- Los actos acusados

El Acuerdo No. 216 del 15 de diciembre de 1989, sanciona con multa a cada uno de los demandantes, entre otros, en cuantía de $3.255.960.oo, en su condición de integrantes del *plénum* de la Fundación Universitaria San Martín.

El Acuerdo No. 047 del 10 de mayo de 1990, resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el primero de los citados, confirmando la sanción impuesta a los actores.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de su violación

Primer cargo: El artículo 9o. numeral 15 del Decreto 2743 señala que sólo el Director del ICFES tiene facultad para recibir testimonios. Por tanto los funcionarios que practicaron dichas pruebas violaron el precitado artículo, así como los artículos 34 y 57 del C.C.A., por cuanto el primero establece que los funcionarios administrativos pueden practicar pruebas pero en actuaciones referentes al ejercicio del derecho de petición y no en las investigaciones disciplinarias y el segundo por cuanto a pesar de contemplar la admisibilidad de todos los medios de prueba señalados en el C. de P.C. (declaración de parte, juramento, testimonio de terceros, dictamen pericial, inspección judicial, documentos, indicios y cualquiera otros medios que sean útiles para el convencimiento del juez), no les da valor.

Segundo cargo.- Se violó el artículo 3o. del C.C.A., ya que los testimonios recepcionados se practicaron sin citación de la Fundación, por lo que apenas constituyen prueba sumaria no controvertida, afectándose así el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución de 1886.

Tercer cargo.- Los testimonios recibidos no son contestes por cuanto algunos afirman que hubo obligatoriedad respecto de los hechos que fueron materia de sanción (permitir que el pago del seguro médico se tornase obligatorio, así como también el tomar los cursos de inglés en la misma Institución y por último, el obligar al estudiantado a adquirir el instrumental y material odontológico en la Fundación), sin que se hubiesen precisado en dichos testimonios las circunstancias de tiempo modo y lugar, incurriéndose por tanto en la violación del artículo 228 del C. de P.C.

Cuarto cargo.- La prueba documental consistente en un plegable donde se explica en qué consiste el servicio médico y el valor de las primas, no indica que es

obligatorio el tomar por parte de los estudiantes el seguro médico y contra accidentes, razón por la que el ICFES le dio un alcance que no tiene, incurriendo en falsa motivación con violación del artículo 84 del C.C.A. Además no está demostrada la autoría del plegable, razón por la cual no podía la entidad sancionar a los demandantes. Tratándose de los mismos hechos, la autoría no puede ser unas veces institucional y otras personal.

Quinto cargo.- No se tuvo en cuenta el certificado expedido por el Revisor Fiscal de la Fundación, el cual constituye prueba matemática y contundente, toda vez que es obvio que para que pueda configurarse la obligatoriedad, se requiere una igualdad entre la cantidad total de alumnos matriculados y la cantidad que adquirieron el instrumental y los servicios, no existiendo dicha igualdad tal y como se puede observar en la certificación. Por lo anterior quedan sin mérito probatorio las presunciones o sospechas de hombre y no legales, sobre las cuales el ICFES fundamentó la sanción, siendo por tanto violado el artículo 174 del C. de P.C. que consagra que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

Sexto cargo.- Se transgredió el artículo 3o., literales d) y e) del Decreto 1227 de 1989, ya que éste autoriza al ICFES para intervenir las instituciones vigiladas cuando persistan en violar sus estatutos o las disposiciones legales y/o en el manejo de la institución en forma no autorizada. La norma exige forzosamente la persistencia de esas conductas para la intervención de la entidad, al igual que la exige para imponer la sanción de multa. No se configura el factor persistencia por cuanto la primera multa impuesta en 1987 fue institucional y la impuesta en los actos acusados fue personal, por lo que no es lícito configurar la persistencia, acumulando dichas sanciones.

Los hechos imputados carecen de verdad, esto es, que no es cierto que haya sido obligatorio el pago de cursos de inglés, de seguro médico y de adquisición de instrumental y materiales odontológicos. No se dio por tanto la persistencia requerida por la ley para aplicar las sanciones de intervención y multa, razón por la cual los Acuerdos están viciados de falsa motivación y desviación de poder.

d.- Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión, la parte demandada expresa que de acuerdo con la ley y los reglamentos, la Subdirección Jurídica y la División de Evaluación Jurídica, tienen competencia para adelantar investigaciones como la efectuada a la Fundación San Martín, al igual que la tiene el ICFES para imponer, si es el caso, la sanción respectiva (Decreto-Ley 80 de 1980, Decreto Ley 81 de 1980, Decreto 2724 de 1980, Decreto 1647 de 1983).

En cuanto a la violación del derecho de defensa, el demandado advierte que al momento de correrse traslado de cargos a los inculpados, se les dio igualmente traslado de las pruebas hasta entonces recaudadas, para que si lo consideraban del caso las controvirtieran. Los demandantes no hicieron uso de tal derecho al no controvertir los testimonios, por lo que en manera alguna pueden afirmar que el debido proceso les fue desconocido.

Respecto de la violación del artículo 228 del C. de P.C., la entidad demandada señala que los testimonios deponen sobre el hecho de que por la forma como se presentó el cobro de los bienes y servicios de que trata la demanda, da la impresión de que éstos eran obligatorios. Añade que dichos testimonios son reiterativos en el carácter obligatorio de por lo menos algunos de los bienes y servicios, así como de las trabas establecidas por la Universidad para la revisión del instrumental no adquirido en ella y la forma arbitraria como se establecía si el estudiante tenía o no el nivel de inglés exigido.

Sobre la prueba del plegable, el ICFES se remite a lo consignado en el informe de las visitadoras donde se dice:

> "Durante el recorrido que se hizo por las instalaciones de la Institución no se observó ningún aviso o cartelera que anunciara la voluntariedad de dichos pagos, por el contrario, se fijaron unos carteles, como se indicará más adelante, en los cuales se establecía como requisito indispensable para matricularse, al presentar el carné de seguro médico".

El contenido del mencionado cartel o plegable, según lo pudieron observar las funcionarias que rindieron el informe, era el siguiente:

"ATENCION

> **"Como requisito indispensable el día de matrícula** (subrayas fuera del texto) se debe presentar el carné del seguro médico y traer una foto de 3 x 3 cms., para la expedición de los nuevos carnés del Seguro. Además deberán anexar certificaciones de RH.
>
> "La foto tendrá que estar marcada al respaldo".

Aparece sello de Bienestar Universitario.

El haber colocado los avisos mencionados sobre la exigibilidad del carné del seguro, prueba que el *Plénum* no adoptó medida alguna tendiente a demostrar la voluntariedad de dicho servicio.

En lo que toca con la certificación del revisor Fiscal, el hecho de que de un total de 994 alumnos, sólo 519 hubiesen adquirido el instrumental, no es prueba de que todos debían adquirirlo, pues se olvida que ya muchos lo habían obtenido en semestres precedentes y que los estudiantes de I a IV semestre no necesitaban adquirir materiales clínicos.

Con relación a la persistencia el ente demandado señala que una de las sanciones imponibles es la multa y para su aplicación no se exige reiteración en la falta que da lugar a ella, toda vez que la persistencia a que se alude en la demanda no se relaciona con la imposición de una sanción, sino de una medida de policía administrativa, como lo es la suspensión de funciones, que no fue aplicada a los demandantes.

Por último afirma la demandada que el cargo de desviación de poder no fue desarrollado, razón por la cual no entra a considerarlo a más de que en la expedición de los actos acusados no aparece la intención de afectar a los inculpados por razones ajenas al buen servicio público.

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 del 11 de octubre de 1990 se admitió la demanda (fl. 71 del Cdno. Ppal.).

Mediante proveído del 29 de abril de 1991 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por las partes que cumplían los requisitos legales exigidos (fl. 94 del Cdno. Ppal.).

Por auto del 16 de septiembre de 1991 (fl. 135 del Cdno. Ppal.) se corrió traslado a las partes y al señor Agente del Ministerio para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso la parte demandada (fl. 136 del Cdno. Ppal.), la parte demandante (fl. 141 del Cdno. Ppal.) y el Agente del Ministerio Público (fl. 233 del Cdno. Ppal.).

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante la sentencia recurrida, el tribunal de origen denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 248 a 275 Cdno. Ppal.):

En cuanto al cargo consistente en que el acto inicial y su confirmación se fundaron en pruebas testimoniales producidas sin competencia de quien las recepcionaron, en el cual se resume la violación del debido proceso, no sólo por tal circunstancia sino en virtud de que dichas pruebas se llevaron a cabo sin citar a la parte demandada, se precisa, en primer término, que la competencia de los funcionarios del ICFES para adelantar actuaciones administrativas que conlleven instrucción de las mismas, es decir, que requieran investigaciones, se adscribió a la División de Evaluación Jurídica de esa Institución de conformidad con el artículo 28 literales a) y b) del Decreto 925 de 1985, desarrollado en la resolución 401 de 1986, normas estas según las cuales la tarea asignada al Jefe de la mencionada División no se reduce a comprobar mediante investigación el cumplimiento de las disposiciones legales sobre educación superior ni a programar, coordinar o practicar las visitas de investigación de las instituciones de educación superior conforme lo disponga la respectiva resolución y adelantar los trámites y procedimientos legales que correspondan, sino, por el contrario, "... según lo prevé el artículo 21 del Decreto 1647 de 1983, en cumplimiento de las mismas podrá pedir los informes y documentos que considere necesarios; siendo efectuada la labor de investigación y desarrollo de las visitas por los profesionales de la División de Evaluación Jurídica, quienes dentro de la fase instructiva del proceso disciplinario institucional están facultados para practicar pruebas de conformidad con lo indicado por

el art. 34 del C.C.A., norma aplicable a este tipo de actuaciones administrativas según se desprende del art. 1o. *ibídem*".

De otra parte, tampoco se viola el principio del debido proceso, pues la práctica de pruebas en las actuaciones administradoras no está revestida de las formalidades y requisitos previstos para las de carácter jurisdiccional, toda vez que las normas reguladoras de la actividad de inspección y vigilancia y aquellas que regulan casos de indagación administrativa, permiten que antes de formular cargos, la administración recaude pruebas tendientes a establecer si hay o no lugar para formular la acusación, sin que tal formulación constituya una sanción, pues, por el contrario, con la formulación de cargos se pretende garantizar al presunto infractor el respeto a las normas del debido proceso, ya que antes de someterlo al mismo la administración se asegura preliminarmente de que hay algún mérito para hacerlo.

En consecuencia, en el trámite disciplinario no se vulneró el derecho de defensa, por cuanto la administración apreció las pruebas en su conjunto, las que mostraron infracción al régimen legal de la educación superior por parte de la Fundación Universitaria San Martín, al exigirle a los alumnos el pago obligatorio de servicios que no tienen tal carácter.

Carece de fundamento la afirmación de la parte demandante, respecto a que los actos acusados fueron falsamente motivados, toda vez que la situación de hecho, esto es la infracción al régimen legal de la educación superior, efectivamente se dio y no fue desvirtuada por la infractora, tanto en vía gubernativa como en sede jurisdiccional. Además, el ente demandado tuvo en cuenta el principio de legalidad que exige la preexistencia de la norma a la comisión del hecho señalado como sancionable, situación presente en la expedición del Acuerdo 216 de 1989, pues previa a este, se encontraba consagrada tanto la falta como la sanción.

De otra parte, la valoración realizada por la administración fue integral y con ella se comprobó la existencia del hecho que determinó la sanción. Los testimonios recibidos fueron suficientes para adquirir la certeza necesaria al resolver. Los hechos fueron percibidos directamente por los testigos y si bien no se les puede exigir la misma uniformidad en el texto narrado, sí se les puede exigir la concordancia que efectivamente se encontró.

En lo relativo al cargo de violación del artículo 3o. literales d) y e) del Decreto 1227 de 1989, el tribunal *a-quo* hace notar que la sanción impuesta mediante los actos acusados fue la multa, para cuya imposición no se requiere de conducta reiterada y, por ello, no puede sostenerse "que la imputación y la sanción ... (...) ... se derivan de que la Fundación hubiera sido precedentemente sancionada, ni porque en diciembre de 1989 se ordenó la intervención en la Fundación San Martín; toda vez que el elemento persistencia es requisito para imponer la suspensión de funciones -medida no aplicada al caso *sub-júdice*- ... (...) ... además que la intervención no es en sí misma una sanción".

La persistencia es predicable para la institución y sus representantes, siendo estos últimos responsables por los perjuicios que se causen ya sea a la misma institución, a los estudiantes e incluso a terceros, como ocurre en el caso en estudio.

En cuanto al cargo de desviación de poder, y aun cuando este no fue desarrollado por los actores, en la demanda se hace énfasis en la carencia de veracidad de los hechos imputados, surgida de una incorrecta valoración de la prueba. Frente a ello el tribunal de origen reitera que la prueba recaudada por la entidad es válida de conformidad con los ordenamientos legales, se recaudó por funcionarios competentes y su valoración se realizó dentro de los parámetros de la sana crítica. Además, la parte actora no demostró que con la expedición de los actos acusados la administración persiguió un fin diferente al que legalmente se le ha asignado.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que bajo la forma de cargos, se sintetizan a continuación (fls. 276 a 278 del Cdno. Ppal.):

Primer cargo.- Los actos acusados desconocieron el artículo 34 del C.C.A., pues si bien esta norma indica que durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, ello no habilitaba a los funcionarios del ICFES para recepcionar testimonios. Además dichos actos se expidieron sin dar oportunidad a los actores para expresar sus opiniones (art. 35 *ibídem*), por lo cual se desconoció su derecho de defensa.

Segundo cargo.- Para que fuese viable imponer la sanción de multa a los actores, se requería persistencia, referida a conductas, no a sanciones anteriores, y ello no se dio en el incremento alegado del número de matrículas ni el invocado pago obligatorio de los cursos de inglés, del seguro médico y de la adquisición de instrumental y material odontológico.

Tercer cargo.- La sentencia se apoya en la facultad del ICFES para sancionar, pero una cosa es tener competencia para ello y otra es que para ejercerla la entidad debía cumplir con los requisitos legales procedimentales, los que ya no fueron satisfechos. Por ello, los actos demandados están viciados de nulidad por falsa motivación.

Cuarto cargo.- La sentencia no consideró los hechos ni la ausencia de prueba de los inculpados y, sin embargo, denegó las súplicas de la demanda.

IV.- LA IMPUGNACION DEL RECURSO

A su vez la parte demandada, en su alegato de conclusión en esta segunda instancia, se opone a las pretensiones del recurrente con base en las razones que se resumen a continuación (fls. 14 a 73 del Cdno. No. 2):

Se reiteran los puntos de vista expuestos en la contestación de la demanda y en los alegatos surtidos en la primera instancia y se insiste especialmente en que la sanción de multa por infracción a las normas sobre educación superior, corresponde a la Junta Directiva del ICFES, la cual fue impuesta y confirmada a la Fundación Universitaria San Martín, sin que pueda dudarse de su ponderación y prudencia. A la multa impuesta por los actos acusados no puede exigírsele la persistencia o reiteración para su aplicación, como equivocadamente lo arguyen los actores.

Según resolución No. 001987 de 1986, en la visita que se practique a las entidades universitarias sujetas a inspección y vigilancia del ICFES, se dejará constancia en un acta sobre los aspectos verificados y las violaciones encontradas. En el caso de autos se cumplieron tales exigencias, razón por la cual dicha acta es plena prueba de los hechos por los cuales se sancionó a los demandantes y no fue tachada ni redargüida de falsa, por lo que considerada ella sola, aun sin los demás elementos de convicción no desvirtuados ni en la vía administrativa ni en la judicial, los actos acusados hallan respaldo legal y probatorio que los hace inquebrantables.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

A continuación se analiza cada uno de los cargos formulados en contra de la sentencia de primera instancia, en el mismo orden en que se plantearon por los recurrentes.

En relación con el primer cargo, el cual se sustenta en el desconocimiento del artículo 34 del C.C.A. y del derecho de defensa, la Sala considera que ni uno ni otro fueron quebrantados por los actos cuya declaratoria de nulidad se impetra.

En efecto, además de las razones expuestas en la sentencia apelada para desechar el mencionado cargo, que la Sala comparte, se hace notar a los recurrentes que al consagrarse en el artículo 34 del C.C.A. que durante la actuación administrativa se pueden "... pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos adicionales, de oficio o a petición del interesado", con ello se está significando, que en el trámite de la actuación preliminar es posible solicitar y decretar pruebas, y como necesaria consecuencia, que los funcionarios a quienes corresponda su adelantamiento pueden practicar aquellas que se dispusieron para el esclarecimiento de los hechos, todo ello sin que las formalidades y rigorismos consagrados en las normas procedimentales para las actuaciones judiciales, sean esenciales en esa etapa, más aún si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 57 *ibídem,* en concordancia con el artículo 175 del C. de P.C., y frente al asunto *sub exámine*, todos los medios de prueba señalados en dicha codificación, uno de los cuales es el testimonio de terceros, son admisibles en las actuaciones administrativas.

De otra parte, en el expediente se encuentra acreditado que el derecho de defensa de los demandantes no fue vulnerado por los actos acusados, no sólo debido a que en el pliego de cargos a ellos formulado, como se aprecia a folios 93 a 107 del anexo No.

5, se les advirtió "...que el expediente queda a su disposición por el término de traslado en la División de Evaluación Jurídica de la Subdirección Jurídica del ICFES, para que dé las explicaciones que considere necesarias, controvierta las pruebas existentes y solicita las que estime convenientes, las cuales se procederá a practicar siempre y cuando fueren procedentes...", sino por cuanto en los descargos presentados (fls. 66 a 76 Anexo No. 5), si bien se cuestionan las pruebas testimoniales recepcionadas, no se solicitó contrainterrogar a los testigos que dieron cuenta de la obligatoriedad de la adquisición del seguro médico, del instrumental y de los cursos de inglés en la misma Fundación, a efecto de desvirtuar sus aseveraciones, por todo lo cual no resulta válida la afirmación de los recurrentes, en el sentido de que no se les dio la oportunidad para expresar sus opiniones y para ejercer su derecho de defensa.

Adicionalmente y en concordancia con lo anterior, la Sala considera que la "oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones", a que se refiere el artículo 35 del C.C.A., no es otra que aquella que se les brindó a los actores durante el término del traslado del pliego de cargos, en el cual se les indicó el derecho a conocer y controvertir las pruebas existentes y a solicitar las que considerasen necesarias para su defensa. De igual manera, una vez que la administración adoptó la decisión sancionatoria, los demandantes expresaron sus opiniones en el recurso de reposición interpuesto contra dicho acto.

En consecuencia el cargo no prospera.

En relación con el segundo cargo, en el cual se reitera la violación del artículo 3o. literales d) y e) del Decreto 1227 de 1989, la Sala observa y considera lo siguiente:

1o.- La mencionada disposición legal establece:

> **"Artículo 3o.-** La suspensión de funciones de que trata el artículo anterior (del rector y/o consejos superiores o directivos de las instituciones de educación superior, públicas y privadas) se hará cuando se presente una de las siguientes situaciones:
>
> .....
>
> .....
>
> "d) Cuando persistan en violar sus estatutos o las disposiciones legales que le son aplicables.
>
> "e) Cuando persistan en el manejo de la institución de educación superior en forma no autorizada" (paréntesis fuera de texto).

2o.- De acuerdo con la demanda, los hechos sobre los cuales se edifica dicha acusación consisten, en suma, en que al haberse ordenado mediante la resolución 2568 de 18 de diciembre de 1989, proferida por el ICFES, la suspensión en el ejercicio de sus funciones al rector y miembros del *plénum* de la Fundación Universitaria San Martín,

por los mismos hechos que originaron la sanción de multa impuesta por los actos acusados, se configura una sanción institucional, por lo cual, respecto de los sancionados no cabe predicar la persistencia que es también requisitos para imponer sanciones de multa.

3o.- Luego del correspondiente estudio, la Sala considera que el cargo bajo estudio carece de vocación de prosperidad, por las razones que se expresan a continuación:

a) Porque los actos acusados no se fundamentan en el hecho de que mediante otro acto el ICFES hubiese dispuesto la suspensión en el ejercicio de sus funciones del rector y de los miembros de su máximo organismo de dirección, sino debido a que siendo función del *plénum* de la mencionada institución la de "velar porque la marcha de la Fundación esté acorde con las disposiciones legales y sus propios estatutos", sus miembros "... permitieron que los pagos por servicios opcionales se convirtieran en obligatorios, violando con ello también el Acuerdo 133 de 1988, expedido por la Junta Directiva del ICFES. Como circunstancia agravante, concurre en este caso el hecho de haber sido sancionada la FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN, en oportunidades anteriores, por razón de hechos similares a los que motivaron la presente: con Amonestación Pública, mediante resolución 1889 de septiembre 28 de 1984; con multa, mediante Acuerdo 022 del 5 de febrero de 1987, emanado del ICFES".

b) Porque la sanción impuesta a los demandantes se fundamentó en el literal b) del artículo 184 del Decreto 80 de 1980, según el cual el incumplimiento de las disposiciones legales sobre educación superior por parte de la institución da lugar a la imposición de "multas sucesivas hasta veinte veces el salario mínimo legal mensual vigente en el país", aplicable a las personas naturales en virtud de lo previsto en el inciso segundo de dicho mandato, y no en las causales previstas en la norma que se reputa como violada, cuya aplicación sólo tiene operancia respecto de la medida de suspender en el ejercicio de sus funciones a los representantes legales y/o a los integrantes de los Consejos Superiores y Directivos de las instituciones de educación superior y, en ningún caso, a la adoptada mediante los actos cuya declaratoria de nulidad se impetra.

Por las razones anotadas, el cargo no prospera.

En relación con el tercer cargo, el cual, explicitado en el alegato de conclusión de esta instancia, consiste en que las pruebas testimoniales y documentales, en general, que tuvo en cuenta el ICFES para sancionar a los actores son pruebas sumarias no controvertidas, que no demuestran el carácter de obligatoriedad para los alumnos de la Fundación Universitaria San Martín la compra de instrumental, seguro médico y curso de inglés, prohibido mediante el Acuerdo 133 de 1988 de dicha entidad, la Sala considera que no tiene vocación de prosperidad, no sólo por cuanto en su fundamentación se invocan, *mutatis mutandis,* los mismos argumentos expresados en la demanda y ellos fueron suficientemente analizados y desvirtuados en la sentencia recurrida, sino

porque luego de su estudio global se llega a la conclusión acerca de que las decisiones contenidas en los actos acusados se adoptaron luego de haberse procedido a la apreciación y valoración en conjunto de los medios de prueba allegados al proceso investigativo y de haberse llegado razonadamente al convencimiento de que los actores, en su condición de miembros del *plénum* de la citada Institución Universitaria, "... se sustrajeron al deber de velar porque la marcha de la Institución esté de acorde con el régimen legal", como se lee en los considerandos de dichos actos.

En relación con el cuarto cargo, en el cual se discute que en la sentencia apelada no se consideraron "... los hechos ni la ausencia de prueba de los imputados...", la Sala observa al recurrente que la simple lectura de su parte motiva desvirtúa tal acusación, pues en ella no sólo se hace alusión al primero de dichos aspectos, sino que como consecuencia de haberse demostrado lo contrario respecto del segundo, debía adoptarse como se adoptó, la decisión de denegar las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, al no prosperar las acusaciones formuladas en contra de la sentencia recurrida, se procederá a su confirmación.

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.- CONFIRMASE la sentencia recurrida en apelación proferida el 9 de septiembre de 1993 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera.

Segundo.- De conformidad con lo previsto por los artículos 171 del C.C.A. y 392-3 del C. de P.C., condénase en costas de esta instancia a la parte actora. Tásense por secretaría.

Tercero.- 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 once de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

ENTIDADES TERRITORIALES-Facultades/**RECURSOS**-Administración/**MONOPOLIO DE LOTERIAS/EXPLOTACION DE MONOPOLIO DE LOTERIAS**-Régimen Aplicable

El artículo 287 de la Constitución Política, que preconiza la autonomía de las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, les permite, entre otros aspectos, administrar sus recursos, pero supedita tal autonomía a los límites de la Constitución y la ley. El artículo 336 de la C.P. de 1991, en sus incisos 1o. y 4o., dispone que ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley; y que las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Cabe señalar que el citado artículo 287 de la C.P. de 1991, en concordancia con el inciso 4o. del artículo 336, regulan el aspecto atinente a la administración de los recursos, como el de los monopolios de suerte y azar, que cobija el manejo, inversión y destinación de los mismos. Actividad esta que difiere y es independiente de la de organización, control y explotación de los monopolios rentísticos, como se colige de la consagración del contenido del referido artículo 336 hace. Del contenido de la disposición acusada transcrita se infiere que ella está regulando la explotación del juego de lotería, no su administración. Por esta razón no se quebrantan los artículos 1o. de la Ley 64 de 1923, 193 del C. de R.D., ni 287 y 336, incisos 1o. y 4o. de la Carta Política. Cuanto a la organización, administración, control y explotación de los juegos de suerte y azar, el artículo 336 inciso 3o. de la Carta los defirió a un régimen propio fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

MONOPOLIO DE LOTERIAS-Establecimiento/**ACTIVIDAD ECONOMICA LICITA**-Privación/**INDEMNIZACION PREVIA**-Improcedencia

Del texto de la disposición enjuiciada no se infiere que los Departamentos, titulares del monopolio de las loterías, hayan sido privados del ejercicio de dicha actividad lícita por lo cual deban ser indemnizados.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref.: Expediente No. 2774. Acción: Nulidad. Actora: Luz Amalia Andrade Arévalo.

La ciudadana y abogada Luz Amalia Andrade Arévalo, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la nulidad del literal b. del artículo 3o. del Decreto No. 704 de 14 de abril de 1993 "Por el cual se reglamenta la Ley 64 de 1923", expedido por el Gobierno Nacional.

I-. CAUSA PETENDI

En apoyo de su pretensión la demandante adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación.

1o): Los artículos 336, en sus incisos 1o. y 4o., 287 y 362 de la Constitución Política; 1o. de la Ley 64 de 1923 y 193 del Código de Régimen Departamental, son el sustento constitucional y legal para determinar que las rentas provenientes de la explotación de las loterías y apuestas permanentes corresponden a los Departamentos y están amparadas por las garantías que se reconocen a la propiedad privada.

Dichas normas están interrelacionadas y se las ha violado en su conjunto con la disposición demandada, puesto que ésta atenta claramente contra el ejercicio del monopolio de juegos de suerte y azar concedido a los Departamentos, ya que las rentas obtenidas por tal concepto son de su exclusiva propiedad y con la prohibición contenida en aquella se viola el derecho a la administración de los bienes transgrediéndose así el artículo 287 de la Carta, pues la realización de los sorteos individuales y conjuntos de las loterías son una forma de administrar las rentas de propiedad de los Departamentos y de propender por su incremento, para transferirlas a los Servicios Seccionales de Salud y así cumplir las funciones legalmente asignadas.

2o): La prohibición contenida en la norma acusada está llegando al extremo de propender por la desaparición en el mercado de las loterías departamentales, con graves implicaciones a nivel nacional como es la pérdida de la buena imagen de cada uno de los Departamentos a los cuales pertenecen, pues ellas son voceras y canales para el conocimiento y desarrollo de sus correspondientes regiones, y la mengua de los recaudos incide directamente en el sector salud.

3o): Con la norma acusada se está arrebatando el instrumento otorgado a los Departamentos en la Ley 60 de 1993 para el cumplimiento de una de sus funciones principales.

Las limitantes impuestas atentan claramente contra el ejercicio de los monopolios el cual es un derecho exclusivo de los Departamentos, quienes al no poder ejercer ampliamente la explotación de los juegos de azar se ven perjudicados en sus intereses y en sus fines de asistencia social.

4o): El artículo 1o. del Decreto 2127 de 1989 prevé que cada lotería legalmente constituida tiene derecho a realizar cuatro sorteos mensuales; con la reducción a dos sorteos mensuales, se incurre en la violación de dicha norma. La realización de dos sorteos como loterías asociadas y dos sorteos como loterías individuales no atenta contra ninguna norma ni derecho constitucional ni legal y por el contrario los sorteos individuales incrementarán las utilidades que se obtengan con los sorteos conjuntos, trayendo beneficio para la salud de los Departamentos.

5o): Con la prohibición que establece la norma acusada, un decreto reglamentario coarta el derecho al ejercicio lícito de la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar sin que se haya cumplido previamente el requisito de la indemnización de que trata el artículo 336 de la Constitución Política.

6o): El Código de Comercio en su artículo 96 establece como norma general que para suscribir un contrato de sociedad se requiere como mínimo dos personas. En consecuencia, no existe razón legal ni lógica para que la norma enjuiciada imponga un límite más alto para asociarse, en este caso, un mínimo de ocho derechos de loterías para que jueguen sorteos ordinarios asociados. Se atenta así contra el derecho de la libre asociación garantizado en el artículo 38 de la Constitución Política.

7o): Se violan los preceptos contenidos en los artículos 189 numeral 11 y 6o. de la Constitución Política por cuanto la potestad reglamentaria tiene un límite y es el sentido verdadero y el alcance que el legislador quiso darle a la ley reglamentada, el cual no puede sobrepasarlo el Presidente de la República, además que en este caso se presenta extralimitación de funciones.

II-. TRAMITE DEL PROCESO

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 Nación -Ministerio de Salud-, a través de apoderado, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones, argumentó, principalmente, lo siguiente:

1-. La autonomía que la Constitución Política concede en su artículo 287 numeral 3o. a las entidades territoriales, no implica limitación al Presidente de la República para que, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 189 numeral 11 *ibídem*, ejerza

la potestad reglamentaria de las leyes que permiten a dichas entidades desarrollar la actividad que les genera recursos.

2-. Los cargos segundo y tercero de la demanda no constituyen violación de norma alguna y contienen enunciados que no pueden ser objeto de discusión en este proceso, ya que son meras especulaciones sobre posibles consecuencias que traería la aplicación de la norma acusada.

3-. En cuanto al cuarto cargo, carece de sentido cualquier discusión sobre este tema, por cuanto en la acción de nulidad lo que se discute es la violación de normas de superior jerarquía, lo cual no acontece en este caso.

4-. En lo que respecta al quinto cargo, debe tenerse en cuenta que el texto de la norma acusada en ningún momento pretende sustraer de los Departamentos la titularidad del monopolio de loterías que como arbitrio rentístico estableció en su favor la Ley 64 de 1923, por lo cual no existe razón alguna para prever indemnización.

5-. En lo que respecta al sexto cargo, debe anotarse que, siendo el juego denominado lotería un monopolio consagrado como arbitrio rentístico en favor del sector salud, no riñe con la lógica jurídica que las normas que reglamentan su forma de explotación, difieran de las normas que permiten a los particulares desarrollar sus actividades.

6-. No se vulnera el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, ya que simplemente se ejerció la potestad reglamentaria. De otra parte, en cuanto a la violación del artículo 6o. *ibídem,* no es procedente en tratándose de un acto de carácter general como el acusado, pues en los procesos de nulidad contra estos actos se ventilan cuestiones de puro derecho y no de índole patrimonial que puedan dar lugar a responsabilidad directa o indirecta de funcionario público alguno.

II.2-. En la etapa de alegaciones la demandante no hizo uso del derecho de alegar de conclusión. La demandada ratificó los planteamientos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

III-. 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 acceda a las pretensiones de la demanda porque, a su juicio, está llamado a prosperar el cargo de violación del artículo 189 numeral 11 de la Carta Política, ya que cuando el Gobierno Nacional dispone que no se pueden asociar menos de ocho derechos de loterías diferentes para efectuar hasta dos sorteos al mes y al prohibir jugar más de dos sorteos individuales cuando se jueguen dos sorteos conjuntos, está restringiendo las facultades que a las entidades territoriales les confirió la Ley 64 de 1923, contrariándola y afectando el ejercicio del monopolio.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para el análisis de las censuras, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

Dispone el literal b del artículo 3o. del Decreto Reglamentario No. 704 de 1993:

"ARTICULO TERCERO.- REGLAS ESPECIALES. Los sorteos que se realicen en desarrollo de la facultad de asociación que tienen las loterías, se sujetarán a las siguientes reglas:

a. ...

b. Las loterías ordinarias que se asocien podrán efectuar en forma asociada hasta dos sorteos al mes, siempre que la asociación agrupe más de ocho derechos de loterías diferentes. Cúando jueguen los dos sorteos, no podrán jugar individualmente. Cuando jueguen un solo sorteo, tendrán derecho a jugar un sorteo en forma individual".

La Ley 64 de 1923 en su artículo 1o. estableció el monopolio de las loterías con premios en dinero en favor de los Departamentos y le señaló una destinación específica: la asistencia pública.

El artículo 193 del C. de R.D. reprodujo el contenido del artículo 1o. de la citada ley.

El artículo 287 de la Constitución Política, que preconiza la autonomía de las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, les permite, entre otros aspectos, administrar sus recursos, pero supedita tal autonomía a los límites de la Constitución y la ley.

El artículo 336 de la C.P. 91, en sus incisos 1o. y 4o., dispone que ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley; y que las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

Cabe señalar que el citado artículo 287 de la C.P. 91, en concordancia con el inciso 4o. del artículo 336, regulan el aspecto atinente a la administración de los recursos, como el de los monopolios de suerte y azar, que cobija el manejo, inversión y destinación de los mismos. Actividad esta que difiere y es independiente de la de organización, control y explotación de los monopolios rentísticos, como se colige de la consagración que el inciso 3o. del referido artículo 336 hace.

Del contenido de la disposición acusada transcrita se infiere que ella está regulando la explotación del juego de lotería, no su administración. Por esta razón no se quebrantan los artículos 1o. de la Ley 64 de 1923, 193 del C. de R.D., ni 287 y 336, incisos 1o. y 4o., de la Carta Política.

Observa si la Sala que en cuanto a la organización, administración, control y explotación de los juegos de suerte y azar, el artículo 336 inciso 3o. de la Carta los defirió

a un régimen propio fijado por la ley de iniciativa gubernamental. Sin embargo, el alcance de la violación contenido en la demanda no se fija en este aspecto, por lo cual no están llamados a prosperar los cargos 1o. y 3o.

En lo referente al cargo 2o., como lo advirtió la Sala al pronunciarse sobre la solicitud de la medida precautoria, por limitarse el mismo a expresar los inconvenientes que, a su juicio, traería la disposición acusada en el campo de su aplicación, sin señalar norma alguna respecto de la cual pueda recaer la confrontación, no es procedente hacer pronunciamiento alguno sobre el mismo y, en consecuencia, no está llamado a prosperar.

En cuanto a la cuarta censura también la Sala en la providencia antes citada la desestimó ya que ella se refiere a la transgresión de una norma de igual jerarquía que la contenida en el acto acusado, por lo cual no es procedente su confrontación.

En lo tocante al quinto cargo que se contrae a la violación del artículo 336 inciso 2o. de la Carta por cuanto el acto acusado no cumple con el requisito de la indemnización previa, no tiene vocación de prosperidad ya que del texto de la disposición enjuiciada no se infiere que los Departamentos, titulares del monopolio de las loterías, hayan sido privados del ejercicio de dicha actividad lícita por lo cual deban ser indemnizados.

De otra parte, en lo concerniente a la transgresión del artículo 38 de la Carta Política, a que alude el cargo 6o., estima la Sala que la norma censurada no está estableciendo reglas sobre el derecho de asociación sino concernientes a la explotación del juego de las loterías, o sea, del monopolio de que son titulares los Departamentos, como antes se dijo. No puede considerarse, por lo tanto, que se ha transgredido dicho derecho, y por ello no tiene vocación de prosperidad el cargo.

Finalmente, en lo referente a la violación de los artículos 6o. y 189 numeral 11 de la Carta, como quiera que este cargo está íntimamente relacionado con el 1o. que se fundamenta en que estando la administración del monopolio del juego de las loterías en cabeza de los Departamentos, el Presidente de la República no podía atentar contra el derecho que éstos tienen, no tiene virtualidad de prosperar pues, como ya se dijo, el acto acusado no está regulando lo relativo al manejo, inversión ni destinación de los recursos provenientes de dicho arbitrio rentístico, sino su explotación, aspecto este que no fue controvertido en la demanda.

En conclusión, deben denegarse las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas del libelo demandatorio.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 11 de agosto de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

DEMANDA-Ineptitud/**INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES**-Inexistencia/**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

En lo relacionado con la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de acciones o pretensiones, propuesta con fundamento en que los actos acusados contienen "...dos decisiones distintas que resuelven sobre situaciones también diferentes...", debido a que mediante el primero se cancela la personería jurídica a la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-, y mediante los segundos se deniega el reconocimiento de personería jurídica al Movimiento Indígena Colombiano -MIC-, la Sala considera que no está llamada a prosperar, pues, además de que las pretensiones del actor respecto de dichos actos son las mismas, vale decir, su declaratoria de nulidad y el restablecimiento del derecho (art. 85 del C.C.A.), esta Corporación es competente para conocer de ellas (art. 128-3 del C.C.A.), no se excluyen entre sí pues los actos están relacionados, y se tramitan por el mismo procedimiento, el ordinario previsto en el C.C.A.

NORMA CONSTITUCIONAL-Violación/**DEMANDA/CONCEPTO DE VIOLACION/NORMA CONSTITUCIONAL**-Desarrollo Legal/**LEY ESTATUTARIA/NORMA LEGAL**-Invocación

Como quiera que el demandante no explica las razones por las cuales los actos acusados infringen el artículo 40 de la Constitución Política, de tal manera que permitan proceder a su análisis, la Sala, previa lectura de ellos, no encuentra que sus decisiones coarten el derecho reconocido a

los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político mediante la constitución de partidos, movimientos y agrupaciones políticas, pues este derecho está desarrollado y reglamentado por la ley, como lo prevé la misma Carta Política en su artículo 152-C, al consagrar que mediante leyes estatutarias el Congreso regulará, entre otras, la citada materia. En esas circunstancias, la violación del artículo 40, en su numeral 3, sólo es susceptible de producirse con referencia a las normas legales que lo desarrollan, a las cuales no se refiere el cargo, no siendo por tanto posible establecer su contradicción. En lo que respecta a los demás numerales, del artículo 40 de la Carta, para la Sala es evidente que los actos no los afectan, pues los derechos en ellos consagrados pueden ser ejercidos por los ciudadanos independientemente de su organización a través de partidos o movimientos políticos.

MOVIMIENTO POLITICO/PARTIDO POLITICO/PERSONERIA JURIDICA-Renuncia/**ORGANIZACION NACIONAL INDIGENA DE COLOMBIA**

Los actos acusados no incurren en violación de los artículos 29 y 121 de la Carta Política, pues la decisión de cancelar la personería jurídica a la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC- no se adoptó unilateralmente por el Consejo Nacional Electoral, sino que fue la simple consecuencia de la solicitud que en tal sentido le formulara la Junta Directiva de dicha Organización, a través de su representante legal. Adicionalmente la Sala considera que dicha solicitud y la decisión que sobre ella recayó, son jurídicamente viables en la medida en que el artículo 15 del Código Civil autoriza la renuncia de "...los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia", como en efecto no lo está la de que los partidos o movimientos políticos puedan renunciar a la personería jurídica que les haya sido reconocida por el Estado.

MOVIMIENTO POLITICO-Inexistencia/**MOVIMIENTO INDIGENA/PERSONERIA JURIDICA**-Reconocimiento/**CONSEJO NACIONAL ELECTORAL**-Funciones

Respecto del quebrantamiento de los artículos 13 y 20 de la Carta Política por parte de las resoluciones acusadas, la Sala considera que no está llamado a prosperar, toda vez que, de una parte, la negativa del Consejo Nacional Electoral a reconocer la personería jurídica al Movimiento Indígena Colombiano -MIC- obedeció a la circunstancia de haber omitido el cumplimiento del requisito constitucional de demostrar su existencia, como movimiento político nuevo e independiente, con no menos de cincuenta mil firmas ya que "...el hecho de ser Senador de la República no confiere a su titular ni el derecho ni la facultad para solicitar

personería jurídica a nombre de un movimiento por el cual no fue inscrito como candidato y menos electo al Congreso", sin que haya controvertido esta motivación, y, de la otra, de los actos demandados no resulta, ni el actor solicitó pruebas que pretendieran demostrarlo, que esa decisión negativa se haya adoptado en razón de que la solicitud provenía de un movimiento político integrado por indígenas, de lo cual se desprendiera una discriminación por esa causa.

DERECHO DE ASOCIACION/MOVIMIENTO POLITICO-Organización/ **LEY ESPECIAL**

El derecho de libre asociación que consagra el artículo 38 de la C.P., no puede entenderse como coartado por la negativa al reconocimiento de personería jurídica, ya que ese derecho, en tratándose de la constitución de partidos, movimientos y agrupaciones políticas, está regulado por las leyes sobre organización y régimen de los mismos, que la misma Constitución prevé en el literal c del artículo 152.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.–

Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 2701. Actor: Gabriel Muyuy Jacanamejoy

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 Gabriel Muyuy Jacanamejoy, "... en mi calidad de Senador por la Circunscripción Especial, elegido por el Movimiento Organización Nacional Indígena de Colombia...", a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., contra las resoluciones números 26 de 23 de julio, 31 de 9 de agosto y 38 de 13 de septiembre de 1993, proferidas por el Consejo Nacional Electoral.

I.- ANTECEDENTES

a.- Los actos demandados y las pretensiones de la demanda

El ciudadano citado demandó ante esta Corporación la nulidad de las resoluciones referidas en el párrafo precedente, mediante las cuales, por la primera, el Consejo Nacional Electoral canceló la personería jurídica a la Organización Nacional Indígena de Colombia "ONIC", por la segunda negó el reconocimiento de personería jurídica al Movimiento Indígena Colombiano "MIC" y, por la tercera, resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la última de las citadas, en el sentido de confirmarla.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene al Consejo Nacional Electoral restablecer la personería jurídica al movimiento Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC- y que como consecuencia de ello se ordene a la misma Corporación el otorgamiento de personería jurídica al Movimiento Indígena Colombiano -MIC-.

b.- Los hechos de la demanda

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 15 a 18):

1.- El Consejo Nacional Electoral, mediante la resolución No. 23 de 22 de agosto de 1991, otorgó personería jurídica como movimiento político a la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 transitorio de la Constitución Nacional.

2.- De acuerdo con los Estatutos de la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-, en reunión celebrada por su Junta Directiva el 13 de julio de 1991 decidió su participación en las elecciones para Senado de la República, con una lista única encabezada por el demandante, quien a la postre resultó elegido por la circunscripción especial, con la mayor votación.

3.- El Secretario de la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-, señor Julio César Estrada, en escrito dirigido al Consejo Nacional Electoral de fecha 15 de abril de 1993, solicitó la cancelación de la personería jurídica de la organización.

Ante esta circunstancia unilateral y antidemocrática, el actor presentó al Consejo Nacional Electoral escrito con fecha 20 de abril de 1993 manifestando su desacuerdo y acogiéndose a lo establecido en el artículo 108 de la Constitución Nacional; es así que reclamó una personería jurídica propia, ya que al momento de su inscripción como candidato al Senado de la República aportó las diez mil firmas y la caución que se le exigía, y en caso de no accederse a dicha petición, solicitó un plazo perentorio con el fin de cumplir con los requisitos establecidos por la ley. Hasta la fecha dicho escrito no ha sido resuelto por la Corporación.

4.- El día 6 de junio nuevamente Julio César Estrada solicitó al Consejo Nacional Electoral la cancelación de la personería jurídica, a lo cual respondió la Corporación mediante la expedición de la resolución No. 26 de 23 de julio, ordenando la cancelación de la personería jurídica de la Organización Nacional Indígena de Colombia.

5.- El día 29 de julio el actor presentó al Consejo Nacional Electoral los estatutos, acta de fundación, etc., del nuevo movimiento político denominado -Movimiento Indígena Colombiano -MIC-, solicitando se le reconociera personería jurídica por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 7o. de la Ley 58 de 1985.

6.- El día 9 de agosto el Consejo Nacional Electoral expidió la resolución No. 31 mediante la cual negó la personería jurídica solicitada por el Movimiento Indígena Colombiano -MIC-, como sector de la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-, argumentando que se debía comprobar su existencia con no menos de cincuenta mil firmas, requisitos exigido por el artículo 108 de la Constitución Nacional.

El actor interpuso contra dicho acto recurso de reposición, el cual le fue resuelto adversamente por el Consejo Nacional Electoral, mediante la resolución No. 38 de 13 de septiembre del mismo año.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, expresadas en la demanda (fls. 18 y 19):

Primer cargo.- Las resoluciones acusadas violan el artículo 40 de la Carta Política, ya que este consagra como derecho fundamental de los ciudadanos el de participar en el ejercicio y control del poder político mediante la constitución de partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna.

Segundo cargo.- Violación del artículo 13 de la Constitución Nacional, por cuanto el trato que se ha dado al Movimiento Indígena Colombiano en relación con la petición hecha por sus fundadores, es discriminatorio frente al derecho que, como cualquier ciudadano, tienen los indígenas de poder expresar y difundir su pensamiento político, con las prerrogativas que se derivan del reconocimiento legal por parte del Consejo Nacional Electoral.

Tercero cargo.- Violación del artículo 20 de la Constitución Nacional, ya que al negársele la personería jurídica al Movimiento Indígena Colombiano -MIC- se desconoce la garantía de expresar y difundir los pensamientos y opiniones.

Cuarto cargo.- Violación del artículo 23 de la Carta Política por cuanto el Consejo Nacional Electoral no se ha pronunciado sobre el memorial presentado por el demandante el 20 de abril de 1993, en el cual se acogió a lo establecido en el artículo 7o. de la Ley 58 de 1985.

Quinto cargo.- Violación del artículo 29 de la Constitución Nacional, por cuanto el Consejo Nacional Electoral no está facultado para cancelar las personerías jurídicas de los movimientos o partidos políticos, y, al no existir esa facultad, sólo es procedente la acción ordinaria ante lo contencioso administrativo.

Sexto cargo.- Violación del artículo 38 de la Constitución Nacional, ya que se desconoce el derecho de libre asociación en que se encuentran empeñados los indígenas que integran el Movimiento Indígena Colombiano -MIC-.

Séptimo cargo.- Violación del artículo 121 de la Constitución Nacional, por cuanto el Consejo Nacional Electoral se arroga funciones no atribuidas a él ni por la Constitución, ni por la ley, como es la de cancelar personerías jurídicas.

d.- Las razones de la defensa

A pesar de que el Consejo Nacional Electoral fue debidamente notificado del auto admisorio de la demanda (fl. 28), no le dio contestación a ésta ni formuló alegato de conclusión.

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:

Mediante auto de 19 de noviembre de 1993 se admitió la demanda (fls. 24 a 26).

Por auto de 11 de marzo de 1994 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron como tales las solicitadas por la parte actora. (fls. 71 a 72).

Mediante proveído de 6 de mayo de 1994 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual sólo hizo uso este último mediante escrito que obra a folios 77 a 79.

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Agente del Ministerio Público, luego de transcribir la solicitud de restablecimiento del derecho formulada por el actor, considera que en la demanda se incurre en una indebida acumulación de acciones, ya que mediante la primera resolución, es decir la No. 26 del 23 de julio de 1992 se resuelve sobre un asunto completamente diferente del que se ocupan las dos resoluciones siguientes además, se adoptan decisiones distintas con base en motivaciones exclusivas para cada una de ellas.

Lo anterior acarrea la ineptitud de la demanda y amerita necesariamente un pronunciamiento inhibitorio.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En lo relacionado con la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de acciones o pretensiones, propuesta con fundamento en que los actos acusados contienen "... dos decisiones distintas que resuelven sobre situaciones también diferentes...", debido a que mediante el primero se cancela la personería jurídica a la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-, y mediante los segundos se deniega el reconocimiento de personería jurídica al Movimiento Indígena Colombiano -MIC-, la Sala considera que no está llamada a prosperar, pues, además de que las pretensiones del actor respecto de dichos actos son las mismas, vale decir, su declaratoria de nulidad y el restablecimiento del derecho (art. 85 C.C.A.), esta Corporación es competente para conocer de ellas (art. 128-3 C.C.A.), no se excluyen entre sí pues los actos están relacionados, y se tramitan por el mismo procedimiento, el ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo.

Como consecuencia de lo expuesto, en la parte resolutiva de este fallo se declarará no probada dicha excepción.

Ahora bien, en cuanto a las acusaciones formuladas en contra de los actos cuya declaratoria de nulidad se impetra, se considera lo siguiente:

En relación con el primer cargo y como quiera que el demandante no explica las razones por las cuales los actos acusados infringen el artículo 40 de la Constitución Política, de tal manera que permitan proceder a su análisis, la Sala, previa lectura de ellos, no encuentra que sus decisiones coarten el derecho reconocido a los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político mediante la constitución de partidos, movimientos y agrupaciones políticas, pues este derecho está desarrollado y reglamentado por la ley, como lo prevé la misma Carta Política en su artículo 152-C, al consagrar que mediante leyes estatutarias el Congreso regulará, entre otras, la citada materia. En esas circunstancias, la violación del artículo 40, en su numeral 3, sólo es susceptible de producirse con referencia a las normas legales que lo desarrollan, a las cuales no se refiere el cargo, no siendo por tanto posible establecer su contradicción. En lo que respecta a los demás numerales, del artículo 40 de la Carta, para la Sala es evidente que los actos acusados no los afectan, pues los derechos en ellos consagrados pueden ser ejercidos por los ciudadanos independientemente de su organización a través de partidos o movimientos políticos.

En relación con los cargos segundo y tercero, en los cuales se plantea respecto del quebrantamiento de los artículos 13 y 20 de la Carta Política por parte de las resoluciones acusadas, la Sala considera que no está llamado a prosperar, toda vez que, de una parte, la negativa del Consejo Nacional Electoral a reconocer la personería jurídica al Movimiento Indígena Colombiano -MIC- obedeció a la circunstancia de haber omitido el cumplimiento del requisito constitucional de demostrar su existencia, como movimiento político nuevo e independiente, con no menos de cincuenta mil firmas ya que "...el hecho de ser Senador de la República no confiere a su titular ni el derecho ni la facultad para solicitar personería jurídica a nombre de un movimiento por el cual no fue inscrito como candidato y menos electo al Congreso", sin que haya controvertido esta motivación, y, de la otra, de los actos demandados no resulta, ni el actor solicitó pruebas que pretendieran demostrarlo, que esa decisión negativa se haya adoptado en razón de que la solicitud provenía de un movimiento político integrado por indígenas, de lo cual se desprendiera una discriminación por esa causa.

En relación con el cuarto cargo, en el cual se discute la violación del artículo 23 de la Carta Política debido a que el Consejo Nacional Electoral, no se ha pronunciado sobre la petición formulada por el actor el 20 de abril de 1993, en el sentido de que ante la solicitud de cancelación de personería jurídica expresada por la Organización Nacional Indígena Colombiana -ONIC- se le otorgara la misma, la Sala considera que tampoco tiene vocación de prosperidad, debido a que al reiterarse tal pedimento en el recurso de reposición interpuesto por el actor en contra de la resolución No. 31 de 1993, dicho Consejo se pronunció sobre la citada petición en el último de los actos acusados, es decir, la resolución No. 38 de 1993, en el sentido de que "... tampoco es aplicable el artículo 7o. de la Ley 58 de 1985, por cuanto el MIC es un movimiento nuevo, autónomo e independiente, ya que no se segregó de la Organización Nacional Indígena de Colombia "ONIC", pues como se ha afirmado, a dicha agrupación política esta Corporación le canceló la personería jurídica".

En relación con los cargos quinto y séptimo, planteados en contra de las resoluciones Nos. 31 y 38 de 1993, la Sala considera que dichos actos acusados no incurren en violación de los artículos 29 y 121 de la Carta Política, pues la decisión de cancelar la personería jurídica a la Organización Nacional Indígena de Colombia - ONIC-, no se adoptó unilateralmente por el Consejo Nacional Electoral, sino que fue la simple consecuencia de la solicitud que en tal sentido le formulara la Junta Directiva de dicha Organización, a través de su representante legal. Adicionalmente la Sala considera que dicha solicitud y la decisión que sobre ella recayó, son jurídicamente viables en la medida en que el artículo 15 del Código Civil autoriza la renuncia de "... los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia", como en efecto no lo está la de que los partidos o movimientos políticos puedan renunciar a la personería jurídica que les haya sido reconocida por el Estado.

En relación con el sexto cargo, que se formula en contra de las resoluciones Nos. 31 y 38 de 1993 por quebrantar el artículo 38 de la Constitución Política, la Sala considera que carece de vocación de prosperidad, por las razones expuestas en el análisis de los cargos precedentes, especialmente por cuanto el derecho de libre asociación que consagra el artículo 38 de la C.P., no puede entenderse como coartado por la negativa al reconocimiento de personería jurídica, ya que ese derecho, en tratándose de la constitución de partidos, movimientos y agrupaciones políticas, está regulado por las leyes sobre organización y régimen de los mismos, que la misma Constitución prevé en el literal c del artículo 152.

En consecuencia, al no prosperar los cargos formulados, la Sala procederá a denegar las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DECLARASE no probada la excepción de indebida acumulación de acciones, propuesta por la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación.

Segundo.- DENIEGANSE las súplicas de la demanda promovida por el ciudadano Gabriel Jacanamejoy.

Tercero.- Devuélvase la suma depositada para gastos del proceso o su remanente.

Cuarto.- En firme esta sentencia, con envío de copia, comuníquese al señor Presidente del Consejo Nacional Electoral 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 once de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-Salas/COMPETENCIA CONSTITUCIONAL/COMPETENCIA LEGAL/NORMA CONSTITUCIONAL TRANSITORIA-Desarrollo Legal

El Constituyente señaló la competencia general o institucional del Consejo Superior de la Judicatura, pero en lo tocante a la que corresponde a cada una de las Salas que la integran (Plena, Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria) se la defirió a la ley. Los mandatos constitucionales en referencia fueron desarrollados por el Decreto Ley 2652 de 1991, expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en las facultades extraordinarias que le confirió la Asamblea Nacional Constituyente en el literal c del artículo transitorio 5o. DECLARA LA NULIDAD DE LOS ARTICULOS 1o. Y 2o. DEL ACUERDO 31 DEL 27 DE JULIO DE 1993 "Por el cual se dictan unas disposiciones sobre integración de los Consejos Seccionales de la Judicatura", expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-Sala Plena/SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD-Efectos/VACIO NORMATIVO/CONSEJOS SECCIONALES DE LA JUDICATURA-Integración

La declaratoria de inexequibilidad del numeral 14 del artículo 4o. del Decreto 2652 de 1991 implica su desaparición del mundo jurídico, lo cual trae estas consecuencias: en primer lugar, que la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura carece de la atribución conferida en dicho numeral, a partir de la ejecutoria del fallo en referencia; y, en segundo lugar, se crea un vacío normativo en lo concerniente a la función que regulaba el extinto numeral 14, que sólo puede ser llenado por una norma de carácter legal, de conformidad con los mandatos constitucionales y los parámetros fijados por el Juzgador Constitucional. DECLARA LA NULIDAD DE LOS ARTICULOS 1o. Y 2o. DEL ACUERDO 31

DEL 27 DE JULIO DE 1993 "Por el cual se dictan unas disposiciones sobre integración de los Consejos Seccionales de la Judicatura", expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

CORTE CONSTITUCIONAL-Providencias/**SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD**-Contenido/**SUSTITUCION DE NORMAS/JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/SENTENCIA DE NULIDAD**-Contenido

Lo expuesto por la Corte Constitucional en los considerandos del fallo de inexequibilidad, sobre la forma de elección de los miembros de los Consejos Seccionales de la Judicatura, solamente tiene el alcance de pautas, como ya se dijo, pues sus providencias no tienen la virtualidad de sustituir la norma o normas declaradas inexequibles habida cuenta que ni la Constitución Política ni el Decreto Ley 2067 de 1991 la autorizan para ello, a diferencia de los organismos que integran la Jurisdicción Contencioso Administrativa que sí lo están respecto de los actos administrativos declarados nulos para el efecto de atender las peticiones previstas en los artículos 85 a 88 del C.C.A., por mandato expreso del artículo 170 ibídem. DECLARA LA NULIDAD DE LOS ARTICULOS 1o. Y 2o. DEL ACUERDO 31 DEL 27 DE JULIO DE 1993 "Por el cual se dictan unas disposiciones sobre integración de los Consejos Seccionales de la Judicatura", expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA-Normativa/**LEGISLADOR**-Inexistencia/**NORMA CONSTITUCIONAL**-Violación

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura al expedir el Acuerdo acusado sobre integración de los Consejos Seccionales de la Judicatura, se arrogó una función privativa del legislador, razón por la cual aparece clara la transgresión de los artículos 4o., 122 y 256 de la Constitución Política invocados en la demanda y que ameritan la declaratoria de nulidad de dicho Acuerdo. DECLARA LA NULIDAD DE LOS ARTICULOS 1o. Y 2o. DEL ACUERDO 31 DEL 27 DE JULIO DE 1993 "Por el cual se dictan unas disposiciones sobre integración de los Consejos Seccionales de la Judicatura", expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref.: Expediente No. 2682. Acción: Nulidad. Actor: Pedro Antonio Velásquez Salgado.

El ciudadano Pedro Antonio Velásquez Salgado, obrando en su propio nombre y 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 mediante sentencia se declare la nulidad de los artículos 1o. y 2o. del Acuerdo No. 31 del 27 de julio de 1993 "Por el cual se dictan unas disposiciones sobre integración de los Consejos Seccionales de la Judicatura", expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

II.- CAUSA *PETENDI*

II.1.- HECHOS

En la demanda se relacionan, en síntesis, los siguientes:

1o): La Constitución atribuye al Consejo Superior de la Judicatura, sin sujeción a la ley la función de elaborar la lista de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarla a la entidad que deba hacerla, con excepción de la Jurisdicción Penal Militar.

2o): El Acuerdo acusado se expidió con base en un errado entendimiento de la sentencia de 8 de julio de 1993 de la Corte Constitucional que declaró inexequibles algunos numerales del artículo 4o. del Decreto Ley 2652 de 1991, pues dispuso por sí y ante sí que la elección de los miembros de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura, se haría por la Sala Disciplinaria de ternas o listas enviadas por la Sala Administrativa.

II.2.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considera el actor que el acto acusado viola los artículos 256, 4o. y 122 de la Constitución Política.

Para sustentar la violación, adujo los siguientes cargos:

PRIMER CARGO.

El artículo 256 de la Carta manda que el Consejo Superior de la Judicatura, debe enviar ternas o listas de candidatos a otras entidades distintas de él, para la designación de los funcionarios que les corresponde, como es el caso del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.

El Consejo Superior de la Judicatura es una entidad y su división en Sala Administrativa y Sala Disciplinaria no convierte a cada una de estas en otras entidades distintas del propio Consejo.

El Acuerdo acusado en cuanto entiende que la Sala Disciplinaria es una de las entidades a que se refiere el artículo 256 de la Constitución Política peca de yerro

jurídico que conlleva abuso de poder por parte de la Sala Administrativa, ya que esta asume que la Sala Disciplinaria es una entidad distinta del propio Consejo Superior de la Judicatura y de la misma Sala Administrativa, cuando ambas Salas son apenas organismos o dependencias de una misma entidad.

Resulta así que una Sala asume la función atribuída por la Constitución a la entidad en pleno de enviar listas para la elección de los propios funcionarios cuya designación corresponde al Consejo Superior de la Judicatura como una sola unidad.

SEGUNDO CARGO:

El acto acusado viola los artículos 4o. y 122 de la Carta en cuanto desconoce el principio de legalidad, al no supeditarse a la norma de mayor jerarquía, y al no tener en cuenta la prevalencia de la Constitución sobre cualquiera otra norma, así como el principio que establece que no habrá empleo o cargo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento.

III.- TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista y alegaciones.

III.1. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación -Consejo Superior de la Judicatura-, a través de apoderado, contestó la demanda y para oponerse a las pretensiones del actor adujo, en esencia, lo siguiente:

1o): No es cierto que el Acuerdo toma la Sala Discipinaria como una entidad aparte del Consejo Superior de la Judicatura, puesto que el artículo 256 de la Constitución Política habla de las listas que deben enviarse a las Corporaciones (Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), pero debe entenderse que los Magistrados de los Consejos Seccionales son funcionarios de la justicia y por lo tanto el Consejo Superior de la Judicatura sí tiene atribución para elaborar listas de candidatos para otras Corporaciones, con mayor razón la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura tiene dentro de sus atribuciones la de elegir los Magistrados del Consejo Seccional de la Judicatura y por lo tanto la de elaborar las listas, bien sea de la Sala Administrativa o bien de la Disciplinaria. Por ello el Consejo Superior tiene divididas las funciones en cada una de las Salas, funciones que deben cumplirse en forma independiente pero coordinada.

El demandante desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional al expresar que la elaboración de listas corresponde a la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, ya que fueron precisamente los numerales 6o. y 7o. del artículo 4o. del Decreto Ley 2652 de 1991 declarados inexequibles por contener funciones propias de la Sala Administrativa debido a su clara naturaleza administrativa.

2o): No es cierta la afirmación del demandante de que el acto acusado desconoce el principio de la legalidad y jerarquía de las normas constitucionales, puesto que el Decreto Ley 2652 de 1991 reglamenta la Constitución Política en su artículo 251, el cual crea el Consejo Superior de la Judicatura. Por lo tanto no es posible que sea violatorio de la misma, pues se basa en la misma Carta.

No se ve la violación del artículo 122 de la Constitución Política y mucho menos al del artículo 4o. *ibídem,* ya que el Acuerdo acusado sólo es un vehículo para que el Decreto Ley 2652 de 1991, que reglamenta el artículo 254 de la Carta, fluya en beneficio de la administración de justicia.

III.2. La entidad demandada reafirmó en la etapa de alegatos los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda. El actor no hizo uso del derecho de alegar de conclusión.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Décimo Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista fiscal expresa que al haber sido declarado inexequible por parte de la Corte Constitucional el numeral 14 del artículo 4o. del Decreto Ley 2652 de 1991, que atribuía a la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura la designación de los miembros de los Consejos Seccionales, no queda duda de que el Consejo Superior de la Judicatura al expedir el Acuerdo No. 31 de 1993, no hizo otra cosa que actuar dentro de los parámetros fijados por la Corte Constitucional, la cual es muy clara al indicar que la atribución contemplada en dicho numeral, es propia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, razón por la cual se muestra partidario de que sean negadas las súplicas de la demanda.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Acuerdo No. 31 de 27 de julio de 1993, emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, reza en su parte resolutiva:

> "...ARTICULO PRIMERO: Con arreglo a lo previsto en el artículo 256, ordinal 2o., de la Constitución Política, la elección de Magistrados de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura, se hará por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de listas no inferiores a tres candidatos por cada cargo que, previo el Concurso de Méritos reglamentado en el Acuerdo No. 12 de 1993, le remita la Sala Administrativa del mismo Consejo.
>
> ARTICULO SEGUNDO: El presente acuerdo rige a partir de la fecha de su expedición."

Básicamente en la demanda se arguye que el Acuerdo en referencia transgredió los artículos 4o., 122 y 256 de la Constitución Política en cuanto dispuso la Sala en mención "por sí y ante sí", o sea, sin competencia, que la elección de los miembros de

las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura se harían por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de listas enviadas por la Sala Administrativa del mismo Consejo.

En lo tocante a la competencia en el campo del Derecho Público, ha dicho la Corte Constitucional:

> "...La competencia en derecho público, equivale a la capacidad en el derecho privado. Pero mientras en este esa es la regla, en aquel constituye la excepción, pues los funcionarios sólo pueden hacer aquello para lo que estén expresamente facultados por el ordenamiento. Es ella un presupuesto esencial de validez de los actos que el funcionario cumple, como la capacidad es un requisito de validez de los actos jurídicos de derecho privado.
>
> Asimilar ese presupuesto a la forma, es incurrir en una confusión inadmisible, puesto que a este sólo puede acceder el sujeto calificado (competente o capaz, según el caso) para verter en ella el contenido que de ese modo cobra significación jurídica. La falta de competencia genera, pues, un vicio que hace anulable el acto de derecho público indebidamente producido, así como la incapacidad, en el derecho privado, genera una nulidad que nada tiene que ver con la inadecuada elección de la forma que ha de corresponder al acto, conforme a su naturaleza jurídica..." (Sentencia No. C-546 de 25 de noviembre de 1993, Magistrado ponente, doctor Carlos Gaviria Díaz).

En orden a decidir si se produjo la violación alegada por el actor, la Sala advierte lo siguiente:

1-. El artículo 254 de la Constitución Política establece que el Consejo Superior de la Judicatura está dividido en dos Salas: la Administrativa y la Jurisdiccional Disciplinaria, integradas y elegidas en la forma que allí se detalla. Igualmente prevé la creación de Consejos Seccionales de la Judicatura, cuya integración la defirió a la ley.

El artículo 256 *ibídem* prescribe:

> "Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de **acuerdo con la ley,** las siguientes atribuciones:
>
> 1
>
> .....
>
> 2. Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla. Se exceptúa la jurisdicción penal militar que se regirá por normas especiales..." (las negrillas son de la Sala).

El artículo 257 de la misma Carta, con la misma perspectiva jurídica, le señala otras funciones al Consejo Superior de la Judicatura, para que las ejerza **"con sujeción a la ley".**

Del contenido de los preceptos superiores antes mencionados fluye con claridad que el Constituyente señaló la competencia general o institucional del Consejo Superior de la Judicatura, pero en lo tocante a la que corresponde a cada una de las Salas que la integran (Plena, Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria) se la defirió a la ley.

2-. Los mandatos constitucionales en referencia fueron desarrollados por el Decreto Ley 2652 de 1991, expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en las facultades extraordinarias que le confirió la Asamblea Nacional Constituyente en el literal c del artículo transitorio 5o.

En el artículo 4o. del citado Decreto Ley 2652, se estatuyó lo siguiente:

> "La Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Sala Administrativa integrarán la Sala Plena de la Corporación para el cumplimiento de las siguientes funciones:
>
> .....
>
> .....
>
> 14. Designar a los miembros de los Consejos Seccionales de la Judicatura y a los directores seccionales de administración judicial, estos últimos de ternas remitidas por el Director Nacional....."

El artículo 6o. del mismo Decreto Ley reiteró como competencia de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura la atribución consagrada en el numeral 14 del artículo 4o. antes mencionado.

Cabe poner de presente que dicho Decreto Ley al señalar las funciones de las Salas Jurisdiccional Disciplinaria (artículo 9o.) y Administrativa (artículos 11 y 12) del Consejo Superior de la Judicatura nada dispuso, por razones obvias, en materia de designación de los miembros de los Consejos Seccionales de la Judicatura.

3.- El numeral 14 del artículo 4o. antes transcrito fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-265 de 8 de julio de 1993 (Expediente No. D-228, Actor: José Luis Benavides Russi, Magistrado ponente doctor Fabio Morón Díaz), de la cual se extraen los siguientes apartes:

> "...Ahora bien, de manera más específica, los artículos 256 y 257 de la Carta Política que relacionan las funciones que le son propias al Consejo Superior, tienen a este como titular de las mismas "de acuerdo con la ley" o "con sujeción a la ley". De manera que el constituyente delegó en la ley la ordenación de las competencias, que le son propias. Lo anterior, viene a ser completado con una norma según la cual el constituyente dispuso su división en dos Salas, la Sala Administrativa, integtrada por seis Magistrados elegidos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado, y, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria integrada por siete Magistrados elegidos por el

Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno. Avanza su carácter reglamentario de la institución el mismo artículo 254 de la Carta al disponer que podrá haber consejos Seccionales de la Judicatura, integrados como lo señale la ley para cumplir funciones sectoriales en el territorio nacional, que correspondan al Consejo Superior de la Judicatura, es decir, las señaladas en el art. 256 y 257, "y las demás que señale la ley"".

"...No resulta irracional la distribución que de las funciones propias del Consejo Superior de la Judicatura hizo el legislador entre una Sala Plena, una Sala Administrativa y una Sala Disciplinaria (artículos 4, 9, 10, 11, 12 Decreto 2652/-91). A juicio de la Corte Constitucional, el legislador reconoce la naturaleza de las dos Salas para efectos de distribuir las funciones de rango constitucional entre ambas, y por tanto, además de la organización constitucional y legal, ha reflejado conforme a la Constitución la estructura y funcionamiento de la Sala Plena creada por la norma acusada. Así, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria fue creada orgánica y funcionalmente en forma autónoma. La Sala administrativa por su parte, también fue creada orgánicamente con funciones propias, para cumplir funciones administrativas, con representación de las corporaciones nominadoras y como garantía de la autonomía administrativa de la Rama Judicial perseguida por el Constituyente. Esta Sala Administrativa ejerce funciones que tienen su fuente en la Constitución y la ley (posteriormente en la ley estatutaria de la administración de justicia y en otras leyes especiales), tales funciones son administrativas por su propia naturaleza y traducen la representación unificada de la Rama Judicial que expresan las Corporaciones nominadoras (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado)."

"...Esta interpretación de la naturaleza y funciones del Consejo Superior de la Judicatura, es la más adecuada y legítima como lo comprueba el Informe-ponencia que rindió a la Plenaria de la Asamblea Nacional Constitucional para justificar su creación, el constituyente Jaime Fajàrdo Landaeta, cuyos apartes más significativos se transcriben a continuación:

"Hecho el análisis de los textos correspondientes, de manera sintética hemos concluído que la Comisión IV acogió todas las propuestas de los Constituyentes y de las mesas de trabajo, al asignarle al Consejo Superior de la Judicatura funciones de diversa naturaleza, a saber: Una función administrativa (elaborar concursos, fusionar despachos, pasar listas para nombramientos, ejecutar el presupuesto, etc.); una función jurisdiccional: Dirimir conflictos de competencia entre las diferentes jurisdicciones y aun entre organismos de una misma jurisdicción; funciones disciplinarias, respecto de jueces, funcionarios y abogados, y, finalmente, una función de colegislador, pues se le faculta para elaborar proyectos de ley relacionados con la administración de justicia."

"...Obsérvese que dicho organismo tiene funciones de naturaleza administrativa que corresponden a la Sala Administrativa, predicables de los recursos econó-

micos, fiscales y humanos de la Rama judicial, como quiera que debe administrar la Carrera Judicial; elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla; llevar el control del rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales; elaborar el proyecto de presupuesto de la Rama Judicial y ejecutarlo de conformidad con la aprobación que haga el Congreso; fijar la división del territorio para efectos judiciales y ubicar y redistribuir los despachos judiciales y crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia".

"...También se declarará la inconstitucionalidad del numeral 14, por las mismas razones anteriores, aunque se deja en claro que en cuanto a la designación de los Consejos Seccionales de la Judicatura, de que trata el mismo decreto, quedarán integrados por una Sala Administrativa y otra Disciplinaria, las cuales deben ser elegidas por la respectiva Sala del Consejo Superior de la Judicatura, conforme a la interpretación constitucional que se fija en esta providencia y al procedimiento legal vigente".

"...Por otra parte, la Sala Administrativa fue creada orgánicamente en forma autónoma, porque es un cuerpo diferente al otro. Pero en cambio, la Constitución determinó que sus funciones son administrativas, razón por la cual ellas deben obedecer a una representación efectiva del mismo Consejo Superior y de las demás Corporaciones nominadoras, como garantía única de la autonomía administrativa de la Rama Judicial, objetivo señalado por el constituyente. Luego administrativamente el Consejo Superior de la Judicatura, en su Sala Administrativa, ejerce funciones determinadas por la Constitución y por la ley, su función es netamente administrativa y está sujeta a ese orden normativo, como lo consagran los artículos 256 y 257 de la Carta, cuando expresamente se refieren a "y de acuerdo con la ley" o "con sujeción a la ley".

"...Fluye de lo expuesto que es preciso establecer una caracterización de lo que son las funciones de alta política que en el campo judicial cumple el Consejo Superior de la Judicatura y que podrían señalarse como cuestiones atinentes al supremo gobierno de los asuntos de la Rama Judicial, consagradas en los numerales 1o., 2o., 8o., parcialmente, 11, 13, 15, 16 y 18 del artículo 4o. del Decreto 2652 de 1991, y por consiguiente son competencia de la Sala Plena, y las que por su alcance de actos operativos o de ejecución del ordenamiento normativo, tienen un carácter administrativo, y por tanto corresponden a atribuciones propias de la Sala Administrativa, como es el caso contemplado en los numerales 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 8o., parcialmente, 9o., 10, 12, 14 y 17 de la misma disposición que se examina, y en consecuencia se declararán inexequibles...".

4.- Los apartes transcritos de la sentencia ponen en evidencia que la Corte Constitucional, en su función de guardiana de la integridad y supremacía de la

Constitución que le atribuye el artículo 241 de la Carta, quiso señalar pautas al legislador en orden a una recta interpretación de los artículos 256 y 257 del estatuto superior y para que este cumpliera a cabalidad la función reglamentaria de tales preceptos.

La declaratoria de inexequibilidad del numeral 14 del artículo 4o. del Decreto Ley 2652 de 1991, implica su desaparición del mundo jurídico, lo cual trae estas consecuencias: en primer lugar, que la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura carece de la atribución conferida en dicho numeral, a partir de la ejecutoria del fallo en referencia; y, en segundo lugar, se crea un vacío normativo en lo concerniente a la función que regulaba el extintio numeral 14, que sólo puede ser llenado por una norma de carácter legal, de conformidad con los mandatos constitucionales y los parámetros fijados por el Juzgador Constitucional.

Es del caso destacar que lo expuesto por la Corte Constitucional en los considerandos del fallo en referencia, sobre la forma de elección de los miembros de los Consejos Seccionales de la Judicatura, solamente tiene el alcance de pautas, como ya se dijo, pues sus providencias no tienen la virtualidad de sustituir la norma o normas declaradas inexequibles habida cuenta que ni la Constitución Política ni el Decreto Ley 2067 de 1991 la autorizan para ello, a diferencia de los organismos que integran la Jurisdicción Contencioso Administrativa que sí lo están respecto de los actos administrativos declarados nulos para el efecto de atender las peticiones previstas en los artículos 85 a 88 del C.C.A., por mandato expreso del artículo 170 *ibídem.*

5-. Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a la conclusión que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura al expedir el Acuerdo acusado, se arrogó una función privativa del legislador, razón por la cual aparece clara la transgresión de los artículos 4o., 122 y 256 de la Constitución Política invocados en la demanda y que ameritan la declaratoria de nulidad de dicho Acuerdo.

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

FALLA:

DECLARASE la nulidad de los artículos 1o. y 2o. del Acuerdo No. 31 del 27 de julio de 1993 "Por el cual se dictan unas disposiciones sobre integración de los Consejos Seccionales de la Judicatura", expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

DEVUELVASE la suma depositada por conceptos de gastos ordinarios del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

CONSEJO DE ESTADO BIBLIOTECA

Se deja constancia que la anterior sentencia, fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 11 de agosto de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: La Corte Constitucional se pronunció sobre la inexequibilidad del numeral 14 artículo 4o. del Decreto 2652 de 1991, en la sentencia C-265 del 8 de julio de 1993, Exp. D-228, Actor: JOSE LUIS BENAVIDES RUSSI, Magistrado Ponente: Dr. FABIO MOBON DIAZ.

DIRECTOR DE IMPUESTOS DE ADUANAS NACIONALES-Facultades/ **IMPORTACION DE MATERIALES TEXTILES Y MANUFACTURAS**-Ingreso/**LUGARES HABILITADOS PARA LA IMPORTACION**

El decreto 1851 de 1993, matriz jurídica de la Resolución 1336 de 1993 demandada consagra, como ya se vió, la prerrogativa en favor del Director de Impuestos y Aduanas Nacionales de señalar los lugares habilitados para realizar la importación de materias textiles y sus manufacturas al territorio nacional. Por ende, es de deducir la no violación de las normas indicadas como tales por el accionante, puesto que, como ya se advirtió, si el primer artículo tiene su fundamento legal, los demás artículos que son simplemente una secuela del mismo, mal podrían ser transgresoras de las normas citadas por el actor en su libelo.

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

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2674 Autoridades Nacionales. Actor: Marco Antonio Fonseca R.

Por medio de este proveído entra la Sala a decidir sobre la acción pública de nulidad formulada contra la Resolución 1336 del 24 de septiembre de 1993, expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, por la cual se reglamenta el Decreto 1851 de 1993.

ANTECEDENTES

1. LA ACCION

Es interpuesta por el actor de la referencia, aduciendo violación de la Constitución y de la ley, contra la Resolución número 1336 de 1993 expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, "por la cual se reglamenta el decreto 1851 de 1993".

Se indican como violadas con el acto demandado, las siguientes normas: artículos 1o., 2o., 13, 78, 83, 84, 121, 122, 123, 209, 210, 285, 333, 337, 363, 365, de la Constitución Nacional; artículo 1o. del Acto Legislativo 01 de 1993; artículo 5o. de la Ley 1a. de 1991; artículo 2o. de la Ley 7a. de 1991; artículos 3o., 5o., 8o., 9o., 13 literales a), c), f) 87 a 103 del Decreto 2117 de 1992 y Decreto 1851 de 1993.

Al explicar el concepto de la violación, el accionante analiza detenidamente el acto acusado frente a cada una de las normas superiores que considera transgredidas con su expedición. Así, al referirse al artículo 2o., de la Resolución acusada, en el que se regula la presentación de las declaraciones de importación de las materias textiles a que se refiere el artículo primero de la misma Resolución, manifiesta que "...el Gobierno Nacional por conducto de su Director de Impuestos Nacionales, en perjuicio de los más y en beneficio de los menos, ha alterado el derecho a la libre iniciativa privada, a la libre empresa y la libre competencia consagrado en la Carta Política en su artículo 333; ha impedido a los ciudadanos el uso adecuado y eficiente de los puertos marítimos y aéreos, de las vías de transportes, de las oficinas de recaudo de impuestos y nacionalización de mercancías existentes , imponiendo limitaciones, requisitos y cargas que no autorizan ni la Constitución ni la ley, con la sola finalidad de que personas y empresas controlen el mercado nacional de textiles haciendo uso de su posición dominante".

Dice también que como la Resolución 1336 de 1993 suprimió a las administraciones de impuestos y aduanas de algunas ciudades la facultad legal de recaudar, fiscalizar, liquidar, discutir, cobrar, devolver y manejar todos los demás aspectos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias y aduanera en cuanto a la importación de las materias textiles y sus manufacturas, se violaron los artículos 13 literal h) del citado Decreto 3o., 5o., 8o., 9o. y 87 a 103 del mismo Decreto, así como, al ejercer funciones que no son las suyas, violó los artículos 121 y 123 de la Constitución Nacional.

Otras consideraciones hace el demandante con relación a las normas indicadas por él como violadas por el acto acusado y a las cuales se hará referencia, en cuanto fuere necesario en la parte motiva de esta providencia.

En la demanda se había solicitado la suspensión provisional de la resolución objeto de la misma, petición que fue denegada por la Sala en auto del 26 de noviembre de 1993 al deducirse que de las consideraciones hechas, "resulta la improcedencia de la medida cautelar solicitada no solamente respecto del artículo 1o. del acto impugnado, sino de los restantes, los cuales, tal como lo reconoce el demandante, resultarían violatorios de las normas citadas como infringidas en la medida en que lo fuera el artículo primero".

(Folio 76).

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante apoderada debidamente constituída, contestó la demanda solicitando en su memorial que "al demostrarse la concordancia de la Resolución demandada con las normas generales que rigen la competencia del ejecutivo en estas materias y la ausencia del desconocimiento de pricipios consagrados en la Constitución Nacional y demás normas de jerarquía superior", se deben desestimar las pretensiones del demandante".

Al exponer sus consideraciones de oposición, aclara la génesis legal de la Resolución demandada, especificando que dentro de las funciones de la entidad está la de dirigir y administrar las gestiones tributaria y aduanera nacional de acuerdo con las políticas del programa macroeconómico y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, también las de programar, ejecutar y controlar las operaciones relacionadas con los regímenes aduaneros directamente o a través de terceros.

Hace luego la respondiente un análisis de las funciones de Director de la entidad las cuales debe cumplir de acuerdo con las políticas e instrucciones señaladas por el Ministro de Hacienda y Crédito Público y concluye afirmando que "frente a la alusión que hace el actor al perjuicio causado a la ciudad de Barranquilla, debe señalarse que el acto demandado fue adicionado con la Resolución No. 2087 de 1993 donde se habilitó el Puerto de Barranquilla para la importación de textiles y sus manufacturas".

ALEGATOS DE CONCLUSION

INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

Tanto la señora apoderada de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-como la Procuradora Delegada en lo Contencioso ante esta Corporación, se hicieron presentes al correrse el traslado para alegar en conclusión.

La primera, reitera sus argumentos sobre los soportes normativos de orden constitucional y legal que respaldan la expedición y vigencia de la Resolución No. 1336 de 24 de septiembre de 1993, que habían sido objeto de análisis dentro del escrito de contestación de la demanda en el que pidió desestimar las pretensiones de la demanda por estar al acto acusado acorde con las normas de carácter superior.

La señora Procuradora Delegada, por su parte, haciendo alusión a los literales c) y f) del artículo 13 del Decreto 2117 de 1992 que se habían analizado en el auto que resolvió sobre la suspensión provisional del acto demandado, estima que lo allí dispuesto sería suficiente para entender que el Director del nuevo organismo sí tiene facultad legal para organizar la gestión aduanera. Dice además, que lo más relevante de este caso es la atribución expresa dada al Director de Impuestos y Aduanas para señalar los lugares por donde habrán de efectuarse las importaciones de textiles y sus manufac-

turas, mediante el artículo 1o. del Decreto 1851 de 1993 cuyo texto transcribe. Finaliza afirmando que la Resolución traída a juicio tiene amplio piso legal.

PARA DECIDIR, LA SALA CONSIDERA:

Objetivo fundamental de estas consideraciones será el de parangonar el acto demandado con las normas que debieron regir su expedición a fin de determinar si fue dictado conforme a derecho.

El punto de partida es, necesariamente, el Decreto 2117 de 1992 por medio del cual el Presidente de la República, haciendo uso de las atribuciones a él conferidas en el artículo 20 transitorio de la Constitución, decidió la fusión de la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

El artículo 13 del mencionado Decreto, reza:

> "**Funciones del Director.** El Director, de acuerdo con las políticas e instrucciones señaladas por el Ministro de Hacienda y Crédito Publico, cumplirá las siguientes funciones:
>
> a).....b).....
>
> c) Dirigir, planear, organizar y controlar las operaciones relacionadas con la gestión tributaria y aduanera, directamente o mediante autorización a terceros, y expedir las instrucciones y disposiciones necesarias para facilitar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias:
>
> "d).....e).....
>
> "f) Impartir instrucciones de carácter general sobre aspectos técnicos y de interpretación de las normas tributarias, aduaneras, de comercio exterior en lo de su competencia, y de control de cambios por importación y exportación de bienes y servicios.

Como se puede observar después de un detenido examen de la demanda, el cuestionamiento esencial de la misma radica en el artículo 1o. de la Resolución demandada en el que se señalan como lugares habilitados para la importación de las materias textiles y sus manufacturas clasificables según el Arancel de Aduanas, únicamente los puertos, aeropuertos y lugares de arribo, de servicio público, ubicados en jurisdicción de las siguientes Administraciones de Impuestos y Aduanas Nacionales:Bogotá, Buenaventura, Cali, Cartagena, Cúcuta, Ipiales, Medellín y San Andrés.

Los demás artículos de la Resolución dependen, para su existencia jurídica, del artículo primero que se ha transcrito.

Así pues, para empezar a alinderar los parámetros en que se fundamentará la

decisión a tomar, es oportuno destacar de una vez que el Decreto 1851 de 1993, el cual dice reglamentar la resolución demandada y por el cual el Presidente de la República dicta disposiciones en materia aduanera, reza en los dos artículos de su contexto:

> "Artículo 1o. Importación de materias textiles y sus manufacturas. La importación de materias textiles y sus manufacturas al territorio nacional, únicamente podrá realizarse por los lugares habilitados que para tal efecto señale el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales.
>
> "Artículo 2o. La presentación de la declaración de importación y el pago de los tributos aduaneros por la importación de materias textiles y sus manufacturas, deberá efectuarse en los bancos y demás entidades financieras autorizadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales ubicados dentro de la jurisdicción que corresponda al punto de entrada de dicha mercancía".

Ya se había dicho, en las consideraciones pertinentes a la suspensión provisional, que no se observaba la violación alegada del Decreto 2117 de 1992 porque en este mismo estatuto, concretamente en el artículo 3o. se le da a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la competencia para la administración, entre otros, de los impuestos al comercio exterior, que implica su recaudación, fiscalización, liquidación, discusión, cobro, devolución y todos los demás aspectos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributaria y aduanera. Además, debe desarrollar todas las actuaciones y funciones administrativas necesarias para cumplir las funciones de su competencia. Se dijo allí también que, concretamente, al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales le corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 literales c) y f) del Decreto 2117 de 1992 "dirigir, planear, organizar y controlar las operaciones relacionadas con la gestión tributaria y aduanera, directamente o mediante autorización a terceros, y expedir las instrucciones de carácter general sobre aspectos técnicos y de interpelación de las normas tributarias, aduaneras, de comercio exterior en lo de su competencia, y de control de cambios por importación y exportación de bienes y servicios".

No obstante lo anterior, ninguna necesidad habrá de apelar a la interpretación de las normas transcritas y comentadas en el auto que denegó la suspensión provisional puesto que el mismo Decreto 1851 de 1993, matriz jurídica de la Resolución 1336 de 1993 demandada consagra, como ya se vió, la prerrogativa en favor del Director de Impuestos y Aduanas Nacionales de señalar los lugares habilitados para realizar la importación de materias textiles y sus manufacturas al territorio nacional. Por ende, es de deducir la no violación de las normas indicadas como tales por el accionante, puesto que, como ya se advirtió, si el primer artículo tiene su fundamento legal, los demás artículos que son simplemente una secuela del mismo, mal podrían ser transgresoras de las normas citadas por el actor en su libelo.

Puede decirse de contera, una vez definido lo anterior, que si una de las razones de la demanda era reivindicar para la ciudad de Barranquilla el derecho a ser uno de los lugares habilitados para la importación de las materias textiles y sus manufacturas, tal anhelo se ve cumplido con la Resolución número 2087 del 4 de noviembre de 1993 que modifica el artículo 1o., de la Resolución acusada con ese único resultado: incluir a Barranquilla en el elenco de lugares habilitados para ese fin, junto con Bogotá, Buenaventura, Cali, Cartagena, Cúcuta, Ipiales, Medellín y San Andrés.

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 al actor la suma consignada 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 en día 11 de agosto de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, (Salva voto); *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: Mediante sentencia del 30 de junio de 1994 se negó la nulidad del Decreto 1851 del 15 de diciembre de 1993 expedido por el Gobierno Nacional, en el expediente 2666, Ponente: Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ.

IMPORTACION DE MATERIAS TEXTILES Y SUS MANUFACTURAS- Restricciones/ **CONGRESO-** Funciones/ **COMPETENCIA/ DIRECTOR GENERAL DE ADUANAS NACIONALES-** Incompetencia./(Salvamento de Voto).

La importación de materias textiles y sus manufacturas al territorio nacional implica una actividad económica que solamente puede ser objeto de limitaciones o restricción por una ley de intervención económica, la cual a su vez sólo puede hacerlo por razones de interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, conforme se deduce del texto de los artículos 333 y 150 numeral 21 de la Carta, y no por un Decreto Reglamentario especial. Por ello establecer el Gobierno Nacional en el Decreto acusado restricciones para la importación de materias textiles y sus manufacturas al territorio nacional se arrogó una competencia privativa del Congreso de la República, quebrantando así claramente los mandatos superiores de derecho antes mencionados, y, consecuencialmente, los artículos 121 y 122 de la misma Carta, transgresiones estas que ameritan la declaratoria de su nulidad, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta sentencia. Considero, en consecuencia, que ha debido declararse la nulidad de la resolución 1336 en referencia, por cuanto el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales se arrogó una competencia privativa del legislador y transgredió los artículos 121 a 123 y 333 de la Constitución Política.

Salvamento de Voto

Referencia: Expediente No. 2674. Actor: Marco Antonio Fonseca Ramos.

Mi discrepancia con el fallo se concreta a las mismas razones expuestas a título de salvamento de voto en la sentencia de 30 de junio de 1994 (Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez, Expediente No. 2666, Actor: Marco Antonio Fonseca Ramos), que no accedió a decretar la nulidad del Decreto No. 1851 de 15 de Septiembre de 1993 "por el cual se dictan disposiciones en materia aduanera", expedido por el Gobierno Nacional, por cuanto la Resolución No. 1336 de 24 de Septiembre de 1993, expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, cuya nulidad se deniega en el fallo, lo que hace es reglamentar el anteriormente citado Decreto No. 1851, o sea, desarrollar las facultades allí consagradas.

Dije al efecto en el aludido salvamento de voto:

> "A través del Decreto acusado se dispone que la importación de materias textiles y sus manufacturas al territorio nacional "únicamente podrá realizarse por los lugares aprobados que para tal efecto señale el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales" (artículo 1o.); y que la presentación de la declaración de importación y el pago de los tributos aduaneros por la importación aludida deberá efectuarse en los bancos y entidades financieras autorizadas por la mencionada Dirección que estén ubicados dentro de la jurisdicción que corresponda al punto de entrada de dicha mercancía (artículo 2o.).
>
> En orden a decidir, la Sala considera lo siguiente:
>
> El artículo 333 de la Carta Política es del siguiente tenor:
>
> > "Art. 333.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previós ni requisitos, sin autorización de la ley.
> >
> > La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.
> >
> > La empresa, como base dèl desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.
> >
> > El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.
> >
> > La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (las negrillas fuera del texto).

Sobre el alcance de este precepto en el Informe -Ponencia para primer debate en la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente se precisó al efecto:

> "...Al referirse a la actividad económica de manera general, se reconoce el pluralismo en las formas de satisfacción de las necesidades humanas,

sin privilegiar unas frente a otras por razón de su estructura específica o de su forma de propiedad. Así, el término cobija por igual a la empresa y a las formas no organizadas de producción, a la iniciativa privada y a la solidaria y estatal. No obstante, y a pesar de estar contenida en el término actividad económica, la Comisión quiso mantener de manera expresa el concepto de iniciativa privada.

Al establecer que el ejercicio de esa libertad no requiere permiso previó ni requisitos, salvo en casos taxativamente enunciados en la ley por razones de interés social,...medio ambiente y patrimonio cultural de la Nación (excepciones consagradas en el último inciso del artículo), la consolida y la hace expedita, al abolir las vallas y obstáculos de carácter puramente burocrático que hoy dificultan su plena realización, sin que medien justificaciones apropiadas vinculadas con la defensa del interés general.

"...No obstante, la mayor innovación en este texto radica en la inclusión del derecho colectivo a la competencia económica, como un elemento que califica la libertad económica.

La operación sana de un sistema de mercado y de una economía capitalista reposa sobre tres elementos esenciales, a saber: la propiedad privada, la libre empresa y la libertad de competencia. Para que el sistema opere en favor de la sociedad, y no en su contra, se precisa que ninguno de estos elementos se desnaturalice. Si tal desnaturalización ocurre, el sistema funciona mal y el bienestar social, fin último de todo sistema económico y político, se ve seriamente comprometido. Así, cuando la competencia económica no es libre o es desleal o injusta se produce un daño que afecta no sólo a determinados productores de bienes y servicios o a los consumidores respectivos, sino también al conjunto de la colectividad. Por el contrario, cuando la competencia no adolece de estas fallas, es decir, cuando es libre, leal y justa, el mercado, mediante la acción de las fuerzas de la oferta y la demanda, se torna eficiente y provee grandes beneficios a la comunidad."

"...Como en todo derecho colectivo cualquier grupo de personas en representación de la comunidad podría adelantar acciones populares por daños y perjuicios contra quien lo infrinja. Por esta razón, la Comisión Quinta ha propuesto a la Asamblea introducir la libre competencia económica como uno de los derechos colectivos, en la ponencia que fue aprobada por unanimidad al respecto. Con ello se conseguiría que no solamente el Estado, sino también la comunidad, interviniera en procura de salvaguardar la competencia y controlar las prácticas monopolísticas.

El texto señala, así mismo, que el ejercicio de este derecho colectivo con lleva responsabilidades..." (negrillas fuera de texto) (Gaceta Constitucional número 80 de 23 de Mayo de 1991, página 19).

En concordancia con el anterior precepto, el artículo 150 de la misma Carta señala como función del Congreso en su numeral 21:

> "Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica".

De los textos constitucionales anteriormente transcritos y del alcance de los mismos sañalado por los constituyentes emerge con claridad lo siguiente: 1o.): que la actividad económica es regulada de manera general en la Carta, entendiendo como tal, la facultad de desarrollar actividades lucrativas, que cobija: a la actividad realizada bajo la forma organizada de la empresa; a las formas no organizadas de producción; a la iniciativa privada; a la solidaria y a la estatal; 2o.): que el ejercicio de esa actividad es libre y no requiere permisos previós ni requisitos, salvo en los casos taxativamente señalados por la ley, la cual sólo puede establecer limitaciones por razones de interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación; 3o.): que la libre competencia económica es un derecho colectivo; y 4o.): que los límites a dicha clase de libertad solamente los puede establecer el Congreso de la República en forma precisa a través de leyes de intervención económica por las razones anteriormente mencionadas.

Las reflexiones enunciadas conducen a la Sala a considerar que la importación de materias textiles y sus manufacturas al territorio nacional implica una actividad económica que solamente puede ser objeto de limitación o restricción por una ley de intervención económica, la cual a su vez sólo puede hacerlo por razones de interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, conforme se deduce del texto de los artículos 333 y 150 numeral 21 de la Carta, y no por un Decreto Reglamentario especial.

Por ello, al establecer el Gobierno Nacional en el Decreto acusado restricciones para la importación de materias textiles y sus manufacturas al territorio nacional se arrogó una competencia privativa del Congreso de la República, quebrantando así claramente los mandatos superiores de derecho antes mencionados, y, consecuencialmente, los artículos 121 y 122 de la misma Carta, transgresiones estas que ameritan la declaratoria de su nulidad, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta sentencia".

Considero, en consecuencia, que ha debido declararse la nulidad de la Resolución No. 1336 en referencia, por cuanto el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales se arrogó una competencia privativa del legislador y transgredió los artículos 121 a 123 y 333 de la Constitución Política.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.

Fecha ut supra.

TARIFAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS–Fijación/ **SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA/COSTO DEL SERVICIO/PRINCIPIO DISTRIBUTIVO.**

El aumento de las tarifas, como bien lo explica el apoderado de la entidad damandada, no es violatorio de la Constitución "porque las tarifas se fijan teniendo en cuenta los costos del servicio (art. 367 de la C.N.) y esos costos tienden a crecer, en algunos casos simplemente por efectos de la devaluación de la moneda y en otros casos por incremento de precios de insumos, salarios, desarrollos tecnológicos, etc. Lo que sucede es que el argumento del demandante es sofístico porque enfatiza en el aumento del costo de la tarifa para los estratos cobijados por la medida, pero omite íntegramente el hecho de que el esquema tarifario continúa conservando el principio distributivo que tanto defiende, manteniendo tarifas bajas para los estratos y rangos de consumo bajos, tarifas medianas para los estratos y rangos de consumo medios (los que motivaron el conflicto) y finalmlente tarifas altas para los estratos y rangos altos".

TARIFAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS/RANGO DE CONSUMO –Asimilación /**ESTRATIFICACION.**

Si bien es cierto que se observa una asimilación de rangos de la medida en que las dos cifras encerradas por el actor en un círculo, son semejantes, no se ve cómo pueda ello constituir una violación de la norma que se viene citando pues en su texto no se prohibe la asimilación. Y si la pretensión es la de que, dentro de una justa y equitativa reparación

de los costos, los estratos inferiores no tengan que pagar más que los de rango o consumo superior, allí no se transgrede el objetivo. A lo anterior puede agregarse la consideración expuesta por la entidad demandada en su alegato de conclusión en cuanto al carácter discrecional de la determinación de tarifas diferenciales por estratos socioeconómicos y por rangos de consumo que tiene dicha entidad reguladora pues según el verbo que rige el inciso en la inflexión "podrán" bien puede colegirse de libertad para establecer la diferenciación de tarifas o para no hacerlo.

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

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente número 2737 Autoridades Nacionales Actor: Diego Franco Molina.

El actor de la referencia ha solicitado ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la declaración de nulidad de la Resolución No. 077 del 31 de mayo de 1993, expedida por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos del Departamento Nacional de Planeación. En este acto administrativo se precisa el alcance del Decreto 1555 del 16 de julio de 1990, por el que se establece una estructura nacional de tarifas para el servicio de energía eléctrica. Cumplidas todas las etapas del proceso, la Sala se dispone a fallarlo por medio de esta providencia.

LOS HECHOS, son expuestos así por el demandante:

1. La estructura tarifaria anterior a la expedición de la resolución 077 de 1993 emanada de la Junta Nacional de Tarifas presentaba un tratamiento tarifario equitativo y ponderado a cada uno de los estratos socioeconómicos donde se cumplían los principios de solidaridad y redistribución de ingresos conforme a la capacidad económica de cada uno de los componentes sociales.

2. Mediante Resolución No. 077 del 31 de mayo de 1993, la Junta Nacional de Tarifas creó un nuevo rango, al determinar en su artículo 2o. "...A partir del mes de junio de 1993, el consumo comprendido entre 350 y 400 Kwh/mes se asimilará al rango de consumo de 400-600 kwh/mes o 400-800/mes, según el caso. Esta medida sólo se aplicará a los estratos medio bajo (3) y medio (4).

3. Con base en lo anterior la Central Hidroeléctrica de Caldas CHEC elaboró la estructura tarifaria para el mes de agosto de 1993 en la cual se amplió el rango 201 a 349 y 350 a 400 incrementando el valor kwh sólo para los estratos medios bajo (3) y medio (4). Los demás estratos conservaron el mismo valor de la antigua estructura tarifaria.

4. Dentro de los estratos medio bajo (3) y medio (4) se encuentran ubicados el 57% del total de los usuarios de la ciudad de Manizales.

5. Con esta medida la cual afecta sólo los estratos 3 y 4, el consumo comprendido entre 350 y 400 kwh/mes, se equipara al nivel de consumo de 400 a 600 kwh/mes o 400 a 800 kwh/mes según el Departamento, escalas estas últimas que tienen un mayor valor por kwh o sea que esos grupos sociales ubicados en los estratos 3 y 4 y que tienen un gasto de energía eléctrica mensual dentro de los límites del nuevo rango, fueron afectados con un alza automática de sus tarifas.

El actor señala como normas vióladas con la expedición del acto demandado el artículo 13 de la Constitución Nacional y el artículo 5o. del Decreto 1555 del 16 de julio de 1990.

El primero se refiere a la igualdad de las personas. Al exponer el concepto de la violación, dice el actor que "Al entrar en vigencia la Resolución acusada se está tratando en forma discriminatoria a los estratos socioeconómicos medio (4) y medio bajo (3) considerados como de bajos recursos económicos, además de ser el más numeroso, 57% del total de los usuarios del servicio de energía eléctrica en la ciudad de Manizales.

"Al ampliar el rango 350-400 kwh asimilándolo al rango 400-600 kwh o 400.800 kwh según el caso, se está atentando contra la economía familiar de quienes pertenecen a estos grupos sociales".

En cuanto al artículo 5o. del Decreto 1555 de 1990 por el cual se establece una estructura nacional de tarifas para el servicio de energía eléctrica que dice: "...Las tarifas de los distintos rangos de consumo podrán ser objeto de diferenciación por estrato socioeconómico y se establecerán en tal forma que sean crecientes por estratos al interior de un mismo rango y **al pasar de un rango de consumo inferior a otro mayor**" (subraya el actor), manifiesta que el artículo 2o. de la resolución demandada vióla esta norma "al asimilar estos dos rangos al consumo, hecho que se demuestra en la estructura tarifaria del mes de agosto de 1993 que la Central Hidroeléctrica adoptó fundamentado en dicha Resolución" y que como se puede observar en el cuadro presentado por la CHEC, para el mes de agosto de 1993 se aumentó un rango el cual conservó el mismo valor para los estratos (3) medio bajo (4) medio, tanto en el rango 350-400 kwh como en el 401-800 kwh/mes.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Departamento Nacional de Planeación, mediante apoderado, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda argumentando que "antes de proferirse la resolución 077 de 1993 de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, existían (y hoy existen) seis rangos de consumo, cuyos valores por kwh varían según el estrato económico del usuario de los servicios", pero a partir de dicho acto administrativo los

rangos fueron reducidos a cuatro: consumo de subsistencia, consumo básico, consumo intermedio, consumo superior; que como consecuencia de lo establecido en el artículo 5 del decreto 1555 de 1990, las empresas deberían reducir los rangos de consumo a los cuatro mencionados, pero no podían establecer arbitrariamente los parámetros que determinaban los rangos, sino que, por tratarse de elementos que inciden en la tarifa, correspondía a la Junta Nacional de Tarifas establecerlos - art. 1 a 5 del decreto 3069 de 1968 y letra f) del artículo 61 de la ley 81 de 1988.

Se analizan entonces en la contestación de la demanda los cargos hechos al acto demandado como violatorio de las dos normas superiores ya indicadas, diciendo al respecto que "la resolución 077 trata precisamente de evitar que los estratos de ingresos medios (no bajos, como lo intenta hacer aparecer el demandante) pagarán por el kilovatio hora el mismo valor que la población carente de recursos - estratos 1 y 2- como venía sucediendo anteriormente. Esta sí es la verdadera distribución equitativa de las cargas por los servicios públicos que exigen los artículos 13 y 367 de la Constitución" y que si lo que el demandante intentaba probar era que la resolución acusada había puesto a quienes se encontraban en los estratos 3 y 4, a pagar más que los estratos 5 y 6 o que sobre ellos recaían cargas superiores a las de los demás estratos, lo único que consiguió con las pruebas que aportó fue demostrar todo lo contrario.

INTERVENCION FINAL DE LAS PARTES Y DEL MINISTERIO PUBLICO.

En su memorial de alegaciones en conclusión, el señor apoderado del Departamento Nacional de Planeación ratifica las razones de defensa de la legalidad del acto impugnado que habían sido hechas en la contestación del acto impugnado que habían sido hechas en la contestación de la demanda y agrega que "la determinación de tarifas diferenciales, por estratos socioeconómicos y por rangos de consumo, es discrecional de la entidad reguladora, la cual tenía libertad para diferenciar tarifas e incluso abstenerse de ello; sin que por eso se pueda afirmar que la entidad reguladora, Junta Nacional de Tarifas, haya infringido la norma señalada. No de otra manera se debe interpretar la locución "podrán".

La señora Procuradora Delegada, después de hacer los análisis pertinentes, admite que en la determinación de las tarifas habrá de tenerse en cuenta la capacidad económica de los diferentes sectores sociales a fin de diseñar fórmulas de beneficio y equidad social, pero que es también cierto que en esa fijación la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos no puede perder de vista otros factores, relativos a los costos reales de la prestación del servicio, protección de activos, prudente rentabilidad que facilite la financiación de programas en previsión de la futura demanda, etc.

Concluye la representante del Ministerio Público afirmando que al no lograr el actor demostrar que el acto demandado fue dictado fuera de los criterios básicos señalados en la norma rectora, éste se mantiene bajo el amparo de la presunción de legalidad.

PARA RESOLVER, LA SALA CONSIDERA:

Dos son las normas superiores en las que el actor sustenta la ilegalidad del acto demandado al decir que su expedición riñe abiertamente con el artículo 13 de la Constitución Nacional y contraría el artículo 5 del Decreto 1555 del 16 de julio de 1990.

La resolución demandada, dictada por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, y distinguida con el número 077 del 31 de mayo de 1993, "Por la cual se precisa el alcance del Decreto 1555 del 16 de julio de 1990, que establece una estructura nacional de tarifas para el servicio de energía eléctrica", tiene como fundamentos legales las facultades que a dicha junta confieren el Decreto-ley 3069 de 1968 y la Ley 81 de 1988, según reza su epígrafe.

Se dijo en las consideraciones correspondientes a la suspensión provisional (f.4.) del acto demandado en este proceso, que el artículo 13 de la Constitución no aparecía violado por ese acto, "pues haciendo parte dicho postulado del anunciado de los derechos fundamentales contenidos en el Título II, Capítulo I de la Carta, el actor debió explicar en que forma dicha advertencia genérica llega a ser concretamente desacatada por la resolución que se acusa. Más aún cuando, como ya se dijo, esta resolución está meramente explicando el alcance de otras normas superiores en las cuales debió plasmarse la filosofía constitucional invocada por el petente."

La explicación que se le sugirió al actor nunca fue aportada toda vez que no se volvió a hacer presente en el proceso, pero una detenida observación de las normas reguladoras del acto demuestran que éste fue dictado en estricto cumplimiento de sus prescripciones. El aumento de las tarifas, como bien lo explica el apoderado de la entidad demandada, no es violatorio de la Constitución "porque las tarifas se fijan teniendo en cuenta los costos del servicio (art. 367 de la C.N.) y esos costos tienden a crecer, en algunos casos simplemente por efectos de la devaluación de la moneda y en otros casos por incremento de precios de insumos, salarios, desarrollos tecnológicos, etc. Lo que sucede es que el argumento del demandante es sofístico porque enfatiza en el aumento del costo de la tarifa para los estratos cobijados por la medida, pero omite íntegramente el hecho de que el esquema tarifario continúa conservando el principio distributivo que tanto defiende, manteniendo tarifas bajas para los estratos y rangos de consumo bajos, tarifas medianas para los estratos y rangos de consumo medios (los que motivaron el conflicto) y finalmente tarifas altas para los estratos y rangos altos".

En cuanto a la tacha de ilegalidad en el sentido de que el acto acusado contraría lo estipulado en el inciso final del artículo 5o. del Decreto 1555 del 16 de julio de 1990, por el cual se establece una estructura nacional de tarifas para el servicio de energía eléctrica, se tiene:

Dice el inciso en mención que "Las tarifas de los distintos rangos de consumo podrán ser objeto de diferenciación por estrato socioeconómico y se establecerán en tal forma que sean crecientes por estratos al interior de un mismo rango y al pasar de un rango de consumo inferior a otro mayor."

En el precario concepto de la violación que al respecto proporciona el nulidicente, se manifiesta que el artículo 2o. de la resolución demandada vióla la norma que se ha transcrito puesto que asimila dos rangos de consumo, "hecho que se demuestra en la estructura tarifaria del mes de agosto de 1993 que la Central Hidroeléctrica adoptó fundamentado (sic) en dicha Resolución", destacando para el efecto que, según el oficio del 13 de octubre de 1993 (fls 15 y 16), para el mes de agosto del mismo año se aumentó un rango el cual conservó el mismo valor para los estratos (3) medio bajo (4) medio, tanto en el rango 350-400 kwh como en el 401-800 kwh/mes.

Si bien es cierto que en el folio citado se observa una asimilación de rangos en la medida en que las dos cifras encerradas por el actor en un círculo, son semejantes, no se ve cómo pueda ello constituir una violación de la norma que se viene citando pues en su texto no se prohibe la asimilación. Y si la pretensión es la de que, dentro de una justa y equitativa repartición de los costos, los estratos inferiores no tengan que pagar más que los de rango o consumo superior, allí no se transgrede el objetivo. A lo anterior puede agregarse la consideración expuesta por la entidad demandada en su alegato de conclusión en cuanto al carácter discrecional de la determinación de tarifas diferenciales por estratos socioeconómicos y por rangos de consumo que tiene dicha entidad reguladora pues según el verbo que rige el inciso en la inflexión "podrán" bien puede colegirse la libertad para establecer la diferenciación de tarifas o para no hacerlo.

Es relievante entonces el concepto de la señora Procuradora Delegada en cuanto al deber de la Administración de tener en cuenta, en la determinación de las tarifas, según lo prescrito en el artículo 3o. del Decreto 1555 de 1990, la capacidad económica de los diferentes sectores sociales a fin de diseñar fórmulas de beneficio y equidad social, sin olvidar otros factores relativos a los costos reales de la prestación del servicio, protección de activos, rentabilidad tendiente a la financiación de los programas que puedan responder por las futuras demandas del mismo servicio.

En conclusión, el acto demandado no presenta fallas que puedan constituir, según lo que se demanda en el presente proceso, violaciones de carácter constitucional o legal y que puedan significar la declaratoria de su nulidad, razón de más para que no prosperen las pretensiones del actor.

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.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE. CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 11 de agosto de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez* Rodríguez.

LEY ORGANICA DEL PRESUPUESTO/NORMA CONSTITUCIONAL/ LEY DE PRESUPUESTO-Vigencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 352 de la Constitución Política de 1991, la ley orgánica del presupuesto regulará la correspondiente, entre otros aspectos, a la aprobación de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo. La ley orgánica del presupuesto actualmente existente es la Ley 38 de 1989, la cual aun cuando fue expedida con anterioridad a la actual Constitución, se entiende vigente en aquellas normas que sean compatibles con las disposiciones de la Carta.

PRESUPUESTO/ ENTIDADES TERRITORIALES- Estatuto Presupuestal/ **PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD-** Ingreso/ **PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL.**

Si bien el artículo 353 de la Constitución Política señala que los principios y las disposiciones establecidas en el Título que lo contiene se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto, la Sala considera que el hecho de que en ellos no se consagra expresamente el principio de la universalidad de los ingresos, ello no es óbice para que en las normas orgánicas de los presupuestos departamentales, cuya expedición les corresponde en virtud de lo previsto por el artículo 300-5 de la Carta, se consagre o se haya consagrado dicho principio, por cuanto no se advierte que este contradiga o se oponga en forma expresa o tácita a los de planificación y anualidad entre otros, contenidos en los artículos 345 a 352 del ordenamiento constitucional y a los que se refieren los artículos 9o. y 10o. de la Ley 38 de 1989.

LEY DE PRESUPUESTO/PRESUPUESTO LOCAL/CODIGOS FISCALES- Principios

La Ley 38 de 21 de abril de 1989 establece en su artículo 94 que las entidades territoriales, entre ellas obviamente las departamentales, "...en la expedición de sus códigos fiscales o estatutos presupuestales deberán seguir principios análogos a los contenidos en la presente ley.

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

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2716. Actor: Contraloría Departamental de Risaralda y otro.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia, proferida el 28 de septiembre de 1993 por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretenciones de la demanda.

El ciudadano y abogado Diego Jesús Bocanegra Medina, en su condición de apoderado de la Contraloría General del Departamento de Risaralda, y en nombre propio en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C., demandó ante el Tribunal Administrativo de dicho Departamento la declaratoria de nulidad de los artículos 1o. y 2o. de la Ordenanza No. 010 del 14 de noviembre de 1992, "sobre Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Apropiaciones para gastos para la vigencia fiscal del primero de enero a treina y uno de diciembre de 1993", expedida por la Asamblea Departamental del mismo nombre.

b.- Los actos acusados

Dada la extensión del texto de los actos cuya declaratoria de nulidad se solicitó en la demanda, la Sala se abstiene de transcribirlos, sin perjuicio de que en las consideraciones de este fallo se haga referencia a su contenido (fl 8 a 13 Cdno. Ppal.).

c.- Los hechos de la demanda

Los hechos que la actora cita como fundamento de sus pretensiones, pueden resumirse así (fls. 39 a 40 *ibídem):*

La Ordenanza No. 010 de 1992 fue sancionada por el Gobernador de Risaralda el 14 de noviembre de 1992, "...A EXCEPCION DEL PARAGRAFO UNICO DEL

ARTICULO PRIMERO", como se dispuso en dicho acto. El citado parágrafo disponía lo siguiente:

> "PARAGRAFO: Para efectos de la Univeralidad del Presupuesto, se entiende éste está constituído por el del Sector Central, los Institutos Descentralizados y los Establecimientos Públicos de Orden Departamental cuya suma total asciende a $37.270 millones de pesos" (sic)

El Proyecto de Ordenanza sometido a consideración de la Asamblea por el Ejecutivo Departamental "...presentó un consolidado en el que incluía el Sector Central y los Institutos Descentralizados (de conformidad con el artículo 11 de la ley 38 de 1989), por un valor de $39.839.406.936 pero en sus artículos 1o. y 2o. del Proyecto de Ordenanza, sólo hablaba del Sector Central dejando por fuera los Institutos Descentralizados del Orden Departamental, a pesar de estar dentro del proyecto de la vigencia de 1993..." (sic).

Lo anterior implica que al haberse exceptuado de la sanción gubernamental lo dispuesto por el parágrafo único del artículo 1o., los presupuestos de las entidades descentralizadas departamentales no han sido aprobados.

d.- Las normas presuntamente vióladas y el concepto de violación

La parte actora considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que bajo la forma de cargos se resumen a continuación, expresadas en la demanda y en el alegato de conclusión (fls.40 a 42 y 152 a 155 *ibídem):*

Primer cargo.- Violación del artículo 345 de la Constitución Política, pues al no haberse aplicado sus mandatos, en la Ordenanza No. 010 de 1992 "...se dejó por fuera el ingreso y los gastos de los Institutos Descentralizados del orden departamental, no sólo estos ingresos y egresos no fueron incluídos en los artículos 1o. y 2o., de la citada ordenanza ya que sólo se hizo mención del Sector Central..." (sic)

Segundo cargo.-Violación de los artículos 352 y 353 de la Carta Política y de los artículos 7 y 11 de la ley 38 de 1989, en concordancia con los artículos 6o., 91 y 95 del Código Fiscal de Risaralda, por las mismas razones consignadas en el cargo anterior y por cuanto "De estas normas se desprende claramente en el presupuesto no sólo del Sector Central, sino de las entidades del orden departamental deberían estar incluídos tanto los ingresos como los egresos de los artículos 1o. y 2o. del Presupuesto General del Departamento------" (sic)

A pesar de los confusos términos en que está redactado el alegato de conclusión, la Sala, haciendo un gran esfuerzo de interpretación, entiende que allí se plantea que si bien antes de la expedición de la nueva Carta Política las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden departamental tenían atribuida la función de aprobar sus presupuestos anuales, bajo el régimen establecido en su artículo 345, tal aprobación corresponde a las asambleas departamentales.

Tercer cargo.- Violación del artículo 4o. de la Constitución Política, pues "...se omitió dar aplicación al mismo, toda vez que el Gobernador del Departamento sancionó la Ordenanza violando con su conducta normas constitucionales".

Cuarto cargo.- Violación de los artículos 6o. y 151 de la Carta Política y 84 del C.C.A. Sobre estas normas la actora no expresa su concepto de violación.

Quinto cargo.- El cual plantea en el alegato de conclusión presentado en el trámite de la primera instancia, consiste en que los actos acusados desconocen el artículo 77 del Código de Régimen Departamental, por las razones que allí se expresan.

e.- Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión, la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 132 a 140 y 147 a 151 ibídem):

Los actos acusados no incurren en violación de ninguna de las disposiciones invocadas en la demanda, pues si el artículo 353 de la Constitución señala que los principios y disposiciones establecidos en el Título XII de la misma se aplicarán "en lo pertinente" a las entidades territoriales, de ello resulta claro que el principio de universalidad, definido en el artículo 11 de la ley 38 de 1989, debe entenderse en concordancia con el artículo 2o. ibídem, según el cual el Presupuesto Nacional incluye a las tres ramas del poder, al Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y los establecimientos públicos nacionales, y de ninguna manera a las demás entidades descentralizadas, En el concepto de universalidad se involucra a tales entidades porque, a diferencia de lo que ocurre en el orden departamental, los presupuestos de los establecimientos públicos del orden nacional son aprobados por el Congreso al expedirse el presupuesto general de rentas y gastos de la Nación.

Ahora bien, en el nivel territorial, la competencia para aprobar los presupuestos de los establecimientos públicos la tienen las juntas directivas de conformidad con lo establecido por el artículo 284 del Código de Régimen Departamental, "...y es claro que el artículo 353 de la Constitución Política señala que las disposiciones establecidas en el título 12 de la Carta se aplican sólo en lo pertinente a las entidades descentralizadas". Además de lo anterior, en sentencia No. 478 proferida por la Corte Constitucional el 6 de agosto de 1992, se consideró que el concepto de universalidad contenido en el artículo 11 de la Ley 38 de 1989 "...no se aviene con el actual artículo 347 de la Carta Política. El mencionado principio se predica únicamente del gasto y no de los ingresos o rentas".

De otra parte, debe tenerse en cuenta que al definirse el principio de universalidad en el parágrafo del artículo 1o. de la Ordenanza No. 010 de 1992, no sancionada, se introdujo un nuevo concepto que ni siquiera menciona la norma superior, consistente en que el presupuesto está constituído por el sector central y los institutos descentralizados, "...cuando en el artículo 11 concordante con el artículo 2o. de la ley 38 de 1989, en lo

que a esto se refiere, solamente se hace alusión a los establecimientos públicos del orden nacional sin involucrar para nada a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, entidades estas que por su naturaleza mal pudieran supeditarse a las reglas de los demás organismos del Estado".

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el artículo 74 del Decreto 2819 de 17 de diciembre de 1991, expedido con posterioridad a la vigencia de la nueva Constitución, dispone que "las entidades territoriales continuarán elaborando, presentando y ejecutando sus presupuestos como ya lo venían haciendo antes del 4 de julio de 1991, mientras se expiden las normas orgánicas del presupuesto...". En el presente caso esto fue lo que específicamente se hizo, pues se expidió el presupuesto de rentas y gastos del Departamento y se anexaron al mismo los presupuestos de las entidades descetralizadas, ya aprobados por las respectivas Juntas Directivas.

Adicionalmente, en la sentencia proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 11 de julio de 1991, con ponencia del Consejo doctor Miguel González Rodríguez, Exp. No. 1493, se señala que "cuando la ley habla de presupuesto del respectivo Departamento, se está refiriendo al que es expedido anualmente por la Asamblea Departamental con base en el proyecto presentado por el Gobernador, diferente al presupuesto de las entidades cuya aprobación corresponde a sus juntas directivas. Por esto se predica que dichas entidades poseen autonomía presupuestal y administrativa".

Añade la parte demandada que el presupuesto departamental no se aprobó por la suma que menciona el actor en su demanda, pues él fue aforado en la suma de $21.106.611.877.oo según lo dispuesto en la Ordenanza No. 010 de 1992 y en el Decreto 0770 de 31 de diciembre del mismo año, y que al agregarse en su artículo 1o., el parágrafo tantas veces mencionado, se le daba una connotación distinta a los artículos 2o. y 11 de la ley 38 de 1989, y "...se contradijo así mismo, al aforar el presupuesto en una suma y pretender que para efectos de universalidad se involucrara al presupuesto el de los establecimientos públicos, empresas industriales y empresas de economía mixta, sin distinción alguna".

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 30 de abril de 1993 se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó el trámite de rigor (fls. 46 a 47 ibídem).

Mediante proveído de 31 de mayo de 1993 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 141 a 142 ibídem).

Por auto de 7 de julio de 1993 se corrió traslado a las partes para que alegasen de conclusión y al Procurador Judicial ante el Tribunal para que emitiese su concepto, habiendo hecho uso de dicho traslado aquellas y éste (fls, 144 a 155 ibídem).

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, y luego de expresar las razones por las cuales no prosperaban los cargos de violación de los artículos 6o., 151 y 345 de la Carta Política, de los artículos 6o., 91 y 95 del Código Fiscal de Risaralda y del artículo 77 del Código de Régimen Departamental, el tribunal de primera instancia declaró la nulidad de las expresiones "...veintiún mil ciento seis millones seiscientos once mil ochocientos veintisiete pesos (21.106.611.827)... de los incisos primeros de los artículos primero y segundo de la ordenanza 10 de 1992...", con fundamento en las siguientes consideraciones (fls. 162 a 170 ibídem):

Como quiera que la ordenanza acusada no adopta reglas generales que fueran materia de la ley orgánica del presupuesto, la violación de los artículos 352 y 353 de la Constitución sólo puede darse en forma indirecta, es decir, en la medida en que se vulneren los artículos 7o. y 11 de la ley 38 de 1989.

Ahora bien, y dado que el cargo de violación del artículo 353 de la Constitución se hace consistir en que los artículos 1o. y 2o. de la Ordenanza acusada no incluyen la totalidad de los ingresos y gastos del sector central y de los institutos descentralizados y establecimientos públicos del orden departamental, en Tribunal observa que, respecto de los primeros, y como lo manifiesta la parte demandada, el Título XII de la Carta Política no consagra el principio de la universalidad de los ingresos, "...ya que el artículo 347 de la misma se refiere a la totalidad de los gastos y no de los ingresos o rentas".

Los principios del sistema presupuestal consagrados en la ley 38 de 1989, en cuanto no contravengan las normas de la nueva Constitución son obligatorios tanto para el presupuesto nacional como para los de las entidades territoriales, no sólo en virtud de lo dispuesto por el artículo 352 de la Carta, sinó por cuanto el artículo 94 de dicha ley señala que en sus códigos fiscales o estatutos presupuestales, dichas entidades deberán seguir principios análogos a los contenidos en la misma. Por ello, "los principios adoptados en los artículos 7o. y 11 de la Ley Orgánica del Presupuesto son aplicables a nivel seccional, por tanto el **presupuesto de rentas contendrá la estimación de los ingresos del sector central y los de los establecimientos públicos, y el presupuesto de gastos o de apropiaciones incluirá igualmente los gastos de los establecimientos públicos".**

El tribunal *a-quo* concluye sus consideraciones de las siguiente manera:

"El presupuesto departamental para 1993 en su artículo 34 refiriéndose a las entidades departamentales que se enlistan en el mismo artículo, dispone:

> "...Apruébase (sic) los presupuestos presentados como complemento del proyecto de ordenanza de las siguientes entidades...".

"Además en el parágrafo del artículo primero se dispuso:

> "...para efectos de la universalidad del Presupuesto, se entiende éste está constituído por el del Sector Central, los Institutos Descentralizados y los

Establecimientos Públicos del orden Departamental cuya suma asciende a $37.270 millones de pesos..."

"La ordenanza 10/92 en el inciso primero del artículo primero establece el cómputo del presupuesto de ingresos en un total de $21.106.611.827 mc. y en el inciso primero del artículo segundo señala que el total de las apropiaciones ascienden a la misma suma. Al sañalar los valores del estimativo de los ingresos, y a las apropiaciones, por no incluir las cantidades correspondientes a los establecimientos públicos, la ordenanza 10/92 está desconociendo lo establecido en el artículo 7 y 11 de la ley orgánica del presupuesto.

"El vicio de nulidad anotado, no afecta la totalidad de los dos primeros artículos de la ordenanza. El defecto anulatorio se refiere únicamente a los valores señalados como estimativo de ingresos y como apropiaciones, pero no se extiende a las diversas partidas que aparecen en el resto de los dos artículos impugnados. Se declarará la nulidad de estos dos artículos de las expresiones: "...veintiún mil ciento seis millones seiscientos once mil ochocientos veintisiete pesos ($21.106.611.827)...".

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso y en el alegato de conclusión, la apelante fundamenta su desacuerdo para con la sentencia de primera instancia en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 172 a 179 Cdno. Ppal. y fls. 8 a 10 Cdno. No. 2):

El presupuesto de ingresos y gastos del Departamento de Risaralda para la vigencia fiscal de 1993 se elaboró con base en los criterios expresados por la Corte Constitucional en sentencias números 478 de 6 de agosto de 1992 y C-206 de 2 de junio de 1993, según los cuales los principios de universalidad de los ingresos y del equilibrio presupuestal no se avienen con el artículo 347 de la Constitución, y con fundamento en lo establecido en el Título XII de la misma, en especial con el artículo 347, en concordancia con los artículos 352 y 353 ibídem.

Como quiera que a lo largo de las consideraciones del Tribunal se hace alusión a que el principio de universalidad está excluido en nuestra legislación en virtud de las nuevas disposiciones constitucionales, no resultaba posible declarar las nulidades a que se procedió en el fallo apelado, pues en ellas se resume la totalidad de las rentas del sector central de la administración.

Al no incluirse en el acto acusado "...la cantidad correspondiente a los establecimientos públicos..." no se desconoce lo normado en los artículos 7o. y 11 de la Ley 38 de 1989, menos aún si se tiene en cuenta que de la lectura de la primera de dichas disposiciones "...se desprende que en ninguna parte aparece taxativamente mencionado que el presupuesto del sector descentralizado de los entes territoriales... (...)... tenga que estar incluído dentro del presupuesto general del departamento. Mal puede entenderse que el presupuesto de las entidades descentralizadas forma parte del

presupuesto del departamento".

Por las razones expresadas en el párrafo anterior, en la Ordenanza No. 010 de 1992 se aforó el presupuesto en $21.106.611.877.oo y no por la suma de $37.270.000.000.oo, esta última que incluye tanto el presupuesto de los institutos descentralizados y de los establecimientos públicos, como el del gobierno central. De haberse procedido de esta última forma, ello constituiría una intromisión en los presupuestos de las citadas entidades, lo cual sí sería inconstitucional e ilegal, como lo ha considerado el Consejo de Estado en varias sentencias entre ellas la No. 1002 del 11 de julio de 1991.

Por último, el apelante reitera que el artículo 11 de la ley 38 de 1989 sólo "... se refiere a los establecimientos públicos nacionales sin perjuicio de la autonomía que las disposiciones legales vigentes le otorgan a las juntas directivas para aprobar los presupuestos de los establecimientos públicos de los entes territoriales".

IV.- EL TRAMITE DEL RECURSO DE APELACION

En el trámite de la segunda instancia se surtieron las siguientes actuaciones:

Por auto de 26 de noviembre de 1993 se dispuso la admisión del recurso (fl. 4 Cdno. No. 2).

Mediante proveído del 11 de febrero de 1994 se corrió traslado a las partes al Ministerio Público para que formulasen sus alegatos de conclusión, derecho del cual sólo hizo uso la parte demandada (fls. 7 y 8 a 10 ibídem).

De conformidad con lo previsto en el artículo 169 del C.C.A., por auto de 20 de mayo de 1994 (fls. 13 a 15 ibídem) se decretó como prueba de oficio que se allegase al proceso copia de Ordenanza o Decreto con fuerza ordenanzal mediante el cual se adoptó el Código Fiscal del Departamento Risaralda, vigente al memento de expedición del acto acusado, en razón de que el Tribunal de origen se obstuvo de analizar el cargo de violación de sus artículos 6o., 91 y 95 por no haberse aportado al proceso, debiendo ser objeto de prueba por tratarse de una norma de carácter local, y habida cuenta que "...el referido Código Fiscal debe contener el desarrollo de las normas constitucionales y legales referidas en el cargo debió constituir el fundamento directo del acto acusado". Dicho estatuto, el cual se adopto mediante el Decreto No. 0693 de 6 de septiembre de 1989, obra en el anexo No. 6 del expediente.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como resulta claramente de los antecedentes indicados, el aspecto central de la controversia que ha dado lugar al proceso y a esta segunda instancia, consiste en establecer si el hecho de haberse omitido incluir en el cómputo del presupuesto de rentas y recursos de capital del Departamento de Risaralda, y en el presupuesto de gastos del mismo las sumas que por conceptos equivalentes figuraban en los proyectos de presupuesto de los establecimientos públicos departamentales, que figuran como anexo

del acto acusado, es decir, la Ordenanza No. 010 de 1992, se incurrió en violación directa de los artículos 7o. y 11 de la Ley 38 de 1989, e indirecta de los artículos 352 y 353 de la Carta Política, como lo consideró el tribunal *a-quo*, o si, por el contrario, como lo sostiene la entidad apelante, el principio de universalidad del sistema presupuestal, consagrado en dicho artículo 11, sólo se predica bajo el nuevo régimen constitucional respecto de los gastos y no de los ingresos o rentas y, por lo mismo, no se violaron las disposiciones citadas.

Como marco de referencia para las subsiguientes consideraciones, la Sala transcribe a continuación las citadas normas constitucionales y legales, al igual que el artículo 2o. de la también citada ley 38 de 1989, al cual alude la recurrente en sus alegaciones.

a) Constitución Política:

"ARTICULO 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el plan nacional de desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar".

"ARTICULO 353. Los principios y las disposiciones establecidos en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto".

b) Ley 38 de 1989

"ART. 2o- **Cobertura del Estatuto.-** Comprende el sistema presupuestal que abarcará dos niveles: El Presupuesto General de Nación que incluye las tres Ramas del Poder, Público, el Ministrerio 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. Un segundo nivel que incluye la fijación de metas financieras a todo el sector público y la distribución de las utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución Política y la ley les otorgan".

"ART. 7o.- El Presupuesto General de la Nación se compone de las siguientes partes:

"a.- **El Presupesto de Rentas.-** 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.

"b.- **El presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones.-** Incluirá las apropiaciones para las Ramas Legistativa, Ejecutiva, Jurisdiccional, 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 reglametos.

"c.- **Disposiciones generales.-** Corresponde a las normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del Presupuesto General de la Nación, las cuales regirán únicamente para el año fiscal para el cual se expidan.

"**Parágrafo.-** En armonía con la Constitución Política, la expresión Presupuesto de Rentas comprende el Presupuesto de Rentas y el Presupuesto de los Recursos de Capital de que trata el presente Estatuto".

"ART.11.- **Universalidad.-** Los estimativos de ingresos incluirán el total de los provenientes de impuestos, rentas, recursos y rendimientos por servicios o actividades de la Nación o de las entidades y organismos contemplados en el artículo 2o. del presente Estatuto, y todos los recursos de capital que aquéllas y éstos esperen recibir o reciban, durante el año fiscal sin deducción alguna".

Con fundamento en las normas anteriores y ante las confusiones que se han venido presentando en el trámite de este proceso, seguramente ocasionadas por los términos igualmente confusos de la demanda, la Sala considera necesario hacer las siguientes precisiones relacionadas con el tema que es objeto de la demanda y con los fundamentos del recurso de apelación, a efecto de adoptar la decisión que corresponda:

1.- En virtud de lo dispuesto por el artículo 352 de la Constitución Política de 1991, la ley orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente, entre otros aspectos, a la aprobación de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descetralizados de cualquier nivel administrativo.

2o.- La ley orgánica del presupuesto actualmente existente es la ley 38 de 1989, la cual aun cuando fue expedida con anterioridad a la actual Constitución, se entiende vigente en aquellas normas que sean compatibles con las disposiciones de la Carta.

3o.- La ley 38 de 21 de abril de 1989 establece en su artículo 94 que las entidades territoriales, entre ellas obviamente las departamentales, "...en la expedición de sus códigos fiscales o estatutos presupuestales deberán seguir principios análogos a los contenidos en la presente ley.

4o.- Como quiera que el Código Fiscal de Risaralda fue expedido mediante el Decreto No. 0693 de 6 de septiembre de 1989, la Sala observa que su artículo 99, adoptó como principio del sistema presupuestal del Departamento el de la Universalidad de los ingresos, consagrado en el artículo 11 de la Ley 38 de 1989, en los siguientes términos:

"**ARTICULO 99.- UNIVERSALIDAD.** Los estimativos de ingresos incluirán el total de los provenientes de impuestos, rentas, recursos, y rendimientos por servicios o actividades del Departamento o de las entidades y organismos contemplados en el artículo 91 de este Código y todos los recursos de capital que

aquéllos y éstos esperen recibir o reciban, durante el año fiscal sin deducción alguna".

5o. Por su parte, el artículo 91 del referido Código Fiscal, al que alude la disposición antes transcrita, sañala lo siguiente:

"ARTICULO 91.- SISTEMA PRESUPUESTAL. El sistema presupuestal abarca dos niveles. El Presupuesto General del Departamento que incluye la Asamblea, la Contraloría General y los Establecimientos Públicos del Orden Departamental, a quienes se aplicarán todas las normas del presente estatuto. Un segundo nivel que incluye la fijación de metas financieras a todo el sector público y la distribución de las utilidades de las Empresas Industriales y Comerciales del Departamento sin perjuicio de la auonomía que la Constitución Política y la ley le otorga".

6o.- Si bien el artículo 353 de la Constitución Política señala que los principios y las disposiciones establecidas en el Título que lo contiene se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto, la Sala considera que el hecho de que en ellos no se consagre expresamente el principio de la universalidad de los ingresos, ello no es óbice para que en las normas orgánicas de los presupuestos departamentales, cuya expedición les corresponde en virtud de lo previsto por el artículo 300-5 de la Carta, se consagre o se haya consagrado dicho principio, por cuanto no se advierte que este contradiga o se oponga en forma expresa o tácita a los de planificación y anualidad entre otros, contenidos en los artículos 345 a 352 del ordenamiento constitucional y a los que se refieren los artículos 9o. y 10o. de la Ley 38 de 1989.

7o.- En concordancia con lo expuesto y en lo relativo al argumento del recurrente según el cual el acto parcialmente enjuiciado se elaboró con base en el criterio expresado por la H. Corte Constitucional en la sentencia No. C-478 de 6 de agosto de 1992, en el sentido de que el principio de la universalidad de ingresos no se aviene con el artículo 347 de la Constitución Política sino que él se predica únicamente del gasto y no de los ingresos o rentas, la Sala, previa lectura de dicho fallo, mediante el cual se declaró ajustado a la Constitución el artículo 94 de la Ley 38 de 1989, considera que la referencia que en él se hace al citado principio es sólo marginal y fuera de contexto dentro de las acusaciones formuladas por el demandante, y sin efectos jurídicos para este caso pues respecto del artículo 11 de la Ley 38 de 1989 no recayó decisión alguna y, por lógica consecuencia, no se desvirtúa la presunción de legalidad del artículo 99 del Código Fiscal de Risaralda, cuyos mandatos debieron haberse tenido en cuenta para la expedición de la Ordenanza No. 010 de 1992, más aún si se considera que de conformidad con el literal a) del artículo 95 de este último estatuto fiscal, el Presupuesto General de Rentas del Departamento "contendrá la estimación de los ingresos corrientes que se esperan recaudar durante el año fiscal, los recursos de capital y **los ingresos de los Establecimientos Públicos"** y, en concordancia con lo previsto en el artículo 347 de la Carta Política, en el cual se consagra el principio de la universalidad

de los gastos, el literal b) de la misma norma señala que el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones "incluirá**las apropiaciones**para la Asamblea, la Contraloría General del Departamento y **los establecimientos públicos del orden Departamental**..." (subraya la Sala).

Como consecuencia de lo expuesto, ha de procederse a confirmar la sentencia recurrida en apelación.

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.- CONFIRMARSE la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 28 de septiembre de 1993.

Segundo.- En firme esta decisión, remítase 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 diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez , Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA : La Corte Constitucional se pronunció sobre la inexequibilidad del artículo 94 de la Ley 38 de 1989 en la sentencia C-478 de 6 de agosto de 1992.

CONCEJO MUNICIPAL-Funciones **/ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES**-Creación/**ALCALDE**-Atribuciones/**FACULTADES PRO TEMPORE/EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES**-Cambio Naturaleza Jurídica/**DISTRITO DE CARTAGENA**

Si bien es cierto que según los artículos 313-6 de la Carta Política, en concordancia con el artículo 92-1 del Decreto 1333 de 1986, corresponde a los concejos municipales la función de crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales autorizar la constitución de sociedades de economía mixta, no lo es menos que de la confrontación de tales normas con el artículo 1o. del Decreto acusado resulta más que imposible concluir sobre la violación de aquéllas, menos aún en forma manifiesta, pues si mediante Acuerdo No. 23 de 1992 el Concejo Municipal de Cartagena confirió facultades pro témpore al alcalde "...para dar una nueva estructura administrativa, operativa y financiera y de servicios a las Empresas Públicas Municipales de Cartagena, en desarrollo de las cuales se le autorizó para cambiar su naturaleza jurídica", de ello resulta que al ser inherentes a la estructura de una entidad, entre otros aspectos, los realtivos a la determinación de la naturaleza jurídica, el señalamiento de sus objetivos, órganos de dirección y administración, funciones de éstos y bienes que conforman su patrimonio, bien podría deducirse que, en virtud de tales facultades, el alcalde de Cartagena, obró de conformidad con ellas para adaptar las citadas Empresas Públicas a las necesidades del servicio, sin que la variación de su naturaleza jurídica implique la creación de una nueva entidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., veintidos (22) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríquez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2993 Actor: Fernando Marimón Romero.

Procede la Sección Primera a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto admisorio de la demanda porferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 22 de septiembre de 1993, en cuanto en el numeral 2 de su parte resolutiva denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del Decreto No. 1540 de 23 de diciembre de 1992, "por medio del cual se modifica la naturaleza jurídica de las Empresas Públicas Municipales de Cartagena, transformándola en una Empresa Industrial y Comercial de Servicios Públicos del Orden Distrital", expedido por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias y cuya declaratoria de nulidad se demanda en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A.

1.- LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En escrito separado de la demanda la parte actora solicitó al Tribunal de origen se decretase la medida de suspensión provisional del acto acusado bajo las acusaciones de que fue expedido por funcionario incompetente, con desviación de las atribuciones de quien lo profirió y por incurrir en violación manifiesta de los artículos 91-4 y 132 del Decreto 1333 de 1986; 313- 6 y 315 numerales 3 y 7 de la Constitución Política; 26 del Decreto 1050 de 1968; 24 del Decreto 3130 de 1968 y del Acuerdo No. 23 de 1992, expedido por el Consejo Distrital de Cartagena de Indias. Los fundamentos que expresa el actor en sustento de dicha medida precautelativa, se resumen de la siguiente forma: (fls. 44 a 47 Cdno. Ppal.):

1o.- Mientras que el artículo 92-4 del Decreto 1333 de 1986 atribuye a los concejos municipales la facultad de crear, a iniciativa del alcalde, los establecimientos públicos sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, el artículo 1o. del acto acusado dispone la transformación de las Empresas Públicas Municipales de Cartagena, como establecimiento público que son, en una Empresa Industrial y Comercial de Servicios Públicos, lo cual equivale a la creación de un nuevo ente descentralizado por parte del alcalde del mencionado municipio, a quien ni la Constitución ni la ley le han otorgado competencia para ello.

A pesar de que el acto acusado se sustenta en las facultades conferidas mediante el Acuerdo No. 23 de 1992, de la lectura de este último "...da la impresión, con las facultades que da el Concejo Municipal, que LA INICIATIVA FUERA DEL CONCEJO, mejor , ES EL CONCEJO QUIEN EJERCE LA INICIATIVA Y EL ALCALDE CREA O TRANSFORMA, cuando es al revés, EL ALCALDE EN EJERCICIO DE LA INICIATIVA PRESENTA UN PROYECTO AL CONCEJO

Y ESTE, MEDIANTE ACUERDO CREA DICHA EMPRESA". Igualmente dicho Acuerdo no faculta al alcalde para proceder a la referida transformación.

De otra parte, los artículos 313-6 y 315 de la Constitución, 94-4 y 132 del Decreto 1333 de 1986, no autorizan a los alcaldes municipales ni a los concejos para modificar la naturaleza jurídica de las entidades descentralizadas.

2o.- Al establecer mediante el artículo 2o. del decreto acusado los estatutos y la planta de personal de la nueva entidad, se incurre en violación de los artículos 24 del Decreto 3130 de 1968 y 26 del Decreto 1050 del mismo año, toda vez que ellos determinan, en su orden, que es función de las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado adoptar los estatutos de la entidad y someterlos a la aprobación del gobierno, y que corresponde a dichos órganos de dirección determinar la estructura interna de la entidad.

Ahora bien, "el Decreto 1540 demandado crea una nomenclatura y una estructura de personal que no podía hacer el alcalde, pues al hacerlo vióla las siguientes normas superiores: 315 numerales 3 y 7 de la Constitución Nacional. El primer numeral, en materia de personal sólo le da facultades de nombrar y remover a los directores o gerentes de los establecimientos públicos y los funcionarios de su dependencia. El numeral 7 de la preceptiva constitucional citada como violada, sólo le da facultad de crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias y señalar funciones especiales y fijar sus emolumentos, así en cadena, con la expedición de la planta de personal en los estatutos que crea el decreto 1540 demandado, se violan, en cadena el artículo 24 del Decreto 3130 de 1968 por cuanto no es facultad, como queda demostrado, en materia de personal, de los alcaldes fijar la planta de personal".

Por último, los artículos 24 del Decreto 3130 de 1968 y 26 del Decreto 1050 del mismo año son aplicables a las entidades descentralizadas del orden municipal por mandato del artículo 156 del Decreto 1333 de 1986, según el cual ellos se someten a las normas que contenga la ley y a las disposiciones que, dentro de sus respectivas competencias, expidan los concejos y demás autoridades locales en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, etc., "...y al no existir tales disposiciones, se impone acudir a lo que al respecto establece la ley".

II.- LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Tribunal de origen denegó la solicitud de la medida precautelativa impetrada, con fundamento en las razones que, en lo posible, se resumen a continuación (fls. 52 a 58 Cdno. Ppal.):

El artículo 1o. del decreto acusado no vióla en forma manifiesta los artículos 92-4 del Decreto 1333 de 1986 y 313-6 de la Constitución, pues si bien es cierto que ellos atribuyen competencia a los concejos para crear empresas industriales y comerciales

del orden municipal, no lo es menos que el artículo 313-3 de la Carta Política faculta a dichas corporaciones para autorizar al alcalde a efecto de ejercer pro-témpore precisa funciones de las que corresponden al concejo y fue precisamente, con base en las facultades conferidas al Alcalde de Cartagena mediante el Acuerdo No. 23 de 1992, que este funcionario expidió el acto acusado. Si los concejos tienen la falcultad de crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales de carácter local, y por tanto modificar las entidades de esa índole es lógico que tamtién puedan transformar un establecimiento público en empresa industrial y comercial, ya que el crear comprende el modificar o extinguir y, para ese fin, autorizar por tiempo determinado al respectivo alcalde. Es decir, no sólo pueden ser creadas o modificadas o transformadas las entidades descentralizadas del orden municipal por acuerdos de los concejos, sino también mediante decretos de los alcaldes en ejercicio de facultades pro-témpore conferidos por dichas corporaciones, como ocurrió en el presente caso en el cual el Acuerdo No. 23 de 1992 autorizó al alcalde por el término de doce meses para dar una "...nueva estructura administrativa, operativa, financiera y de servicios a las Empresas Públicas Municipales de Cartagena", y para que en desarrollo de esas facultades pudiera, entre otras, "cambiar su naturaleza jurídica". En lo que respecta a la iniciativa del Alcalde para expedir el Acuerdo No. 23 de 1992, no está demostrado en forma alguna que el proyecto de Acuerdo hubiera sido presentado por los concejales o por alguno de ellos. Por las razones anotadas, el acto demandado no incurre en violación manifiesta de los artículos 132 del Decreto 1333 de 1986, 313- 6 y 315 de la Constitución Política.

En cuanto al cargo de violación de los artículos 24 del Decreto 3130 de 1968 y 26 del Decreto 1050 del mismo año, el Tribunal de origen anota lo siguiente:

> "En relación con la creación y formación de las entidades descentralizadas, la reforma de 1968 organizó en forma técnica esta materia y aplicó unos mismos criterios para la creación de tales entidades tanto en el orden nacional como en el departamental y municipal. En cuanto al punto en cuestión dispuso en el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución como facultad del Congreso la de 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. El artículo 187, numeral 6o., de la C.N. atribuia a las Asambleas la función de crear, a iniciativa del Gobernador, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley, y el artículo 197, numeral 4o. señaló también a los Concejos la facultad de crear, a iniciativa del Alcalde, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley.
>
> "Ha sido pues un mismo sistema el que se ha establecido para la creación de los entes descentralizados tanto a nivel nacional como departamental y municipal, con la diferencia en cuanto a estos dos últimos órdenes que la Constitución

anterior exigía la iniciativa del Gobernador o del Alcalde, según el caso, ya que la nueva Carta Política exige la iniciativa del Gobierno en su artículo 154.

"Los estatutos básicos son aquellos en los que se señala la estructura de la entidad descentralizada, su naturaleza, objeto, financiamiento, etc., sin señalar en detalle toda la organización y funcionamiento del ente, lo que es función de las Juntas o Consejos Directivos. Para el efecto dispone el artículo 26 del Decreto Ley 1050 de 1968, en relación con los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado:

"Son funciones de las juntas o consejos directivos:

"b) Adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del gobierno".

"De manera que son diferentes los estatutos básicos que dicta el Congreso, la Asamblea o el Concejo, y los estatutos internos que profieren las juntas o Consejos Directivos conforme al literal b) del artículo 26 del decreto 1050 de 1968, como lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

"La Constitución de 1991 no le atribuye específicamente al Congreso la facultad de expedir los estatutos básicos de las entidades descentralizadas (Art. 150-7 C.N.), tampoco a las Asambleas y Concejos (Arts. 300-7 y 313- 6 C.N.), pero ello querrá decir que se les ha suprimido a dichas corporaciones públicas la atribución de expedir los estatutos básicos de las mencionadas entidades cuando se les faculta para crearlas o autorizar su creación. No parece que esto sea así, pues si tienen la facultad para crear, en el caso de los concejos a iniciativa del Alcalde, una empresa industrial y comercial, o autorizar protémpore al Alcalde para el efecto, también deben poseer la de señalar su estructura, naturaleza, objeto, financiamiento, etc. Son estos estatutos el complemento necesario del acto de creación. La Junta Directiva del ente entrará a establecer en detalle toda la organización y funcionamiento de éste, o sea a expedir los reglamentos o estatutos internos o de organización interna. De manera que no se aprecia la violación ostensible o flagrante del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, aplicable en el ámbito municipal, por el artículo 2o. del Decreto 1540 de 1992 acusado al señalar los estatutos básicos de la empresa que se crea por medio de dicho Decreto.

"En cuanto a la organización interna, a la determinación de la planta de personal y la creación de cargos en las empresas industriales y comerciales, las juntas o consejos directivos disponen en principio, salvo excepción expresa en sus estatutos básicos, de este poder, conforme al artículo 24 del Decreto 3130 de 1968, pero sin que tal facultad impida que en el acto de creación del ente se provea en general a su organización interna y en el estatuto orgánico. No aparece pues en los términos formulados por la solicitud la transgresión flagrante de la citada norma".

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Ellos son, en síntesis, los siguientes (fls. 69 a 73 Cdno. Ppal.):

1.- Si bien es cierto que a partir de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 1o. de octubre de 1969 no existe discusión acerca de la facultad de los concejos para modificar la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales, no lo es menos que el error del tribunal "...estriba en no haberse detenido a meditar la lógica del juego constitucional de las facultades otorgadas al ejecutivo por los concejos y el procedimiento bajo el cual operan. En otras palabras, se perdió de vista el sentido en que operan las facultades, así como el preciso ámbito constitucional para el ejercicio de las mismas".

Mediante un decreto no se podía ni se puede cambiar la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos como tampoco crear nuevos, ni aún en ejercicio de la delegación de funciones, pues lo que ordena la Constitución es que se dicte un acuerdo a iniciativa del alcalde. Por ello, no es admisible que el cambio de naturaleza jurídica de las Empresas Públicas Municipales de Cartagena se haya efectuado por fuera del espacio de discusión ciudadana, el Concejo, "...pues implicaría contravenir el espíritu de la norma constitucional, más cuando, en claro reconocimiento de la autoridad administrativa de los alcaldes, le da la iniciativa, pero para la discusión y aprobación, lo somete a la discusión y decisión definitiva de la corporación, lo somete a la discusión y decisión definitiva de la corporación edilicia, por razones incontrastablemente políticas y sociedades".

Tampoco es técnico ni jurídico sostener que el acto acusado se fundamenta en el Acuerdo No. 23 de 1992, por cuanto el Concejo estaría invadiendo la esfera constitucional de las atribuciones del alcalde, es decir, la de la iniciativa.

2.- En cuanto al artículo 2o. del decreto acusado, la providencia apelada simplemente afirma que nada impide que en el acto de creación de las entidades descentralizadas se expidan sus estatutos, sin indicar el fundamento legal de ello. En la solicitud de la medida impetrada se sostiene que la ley atribuye esa facultad a los consejos o juntas directivas y se citan las disposiciones en que se fundamenta la petición.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para que proceda la institución excepcional de la suspensión provisional de los actos administrativos, de conformidad con el artículo 152 del C.C.A. y entratándose de la acción de simple nulidad, como en el presente caso, se requiere:

a) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentando antes de que sea admitida.

b) Que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediamente documentos públicos aducidos con la solicitud.

En el asunto sub exámine, como se consigna en el numeral y de este proveído, el actor solicitó y sustentó de modo expreso la solicitud de suspensión provisional.

En cuanto a la posible infrancción manifiesta de las disposiciones invocadas como fundamento de dicha solicitud, y analizados los argumentos planteados por el recurrente, la Sala considera que la decisión de denegar la medida precautelativa impetrada debe mantenerse, por las siguientes razones:

1o.- Porque si bien es cierto que según los artículos 313.- 6 de la Carta Política, en concordancia con el artículo 92-1 del Decreto 1333 de 1986, corresponde a los concejos municipales la función de crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta, no lo es menos que de la confrontación de tales normas con el artículo 1o. del Decreto acusado resulta más que imposible concluir sobre la violación de aquéllas, menos aún en forma manifiesta, pues si mediante Acuerdo No. 23 de 1992 el Concejo Municipal de Cartagena confirió facultades pro témpore al alcalde "...para dar una nueva estructura administrativa, operativa y financiera y de servicios a las Empresas Públicas Municipales de Cartagena, en desarrollo de las cuales se le autorizó para cambiar su naturaleza jurídica", de ello resulta que al ser inherentes a la estructura de una entidad, entre otros aspectos, los relativos a la determinación de la naturaleza jurídica, el señalamiento de sus objetivos, órganos de dirección y administración, funciones de estos y bienes que conforman su patrimonio, bien podría deducirse que, en virtud de tales facultades, el Alcalde de Cartagena, obró de conformidad con ellas para adaptar las citadas Empresas Públicas a las necesidades del servicio, sin que la variación de su naturaleza jurídica implique la creación de una nueva entidad, pues como lo tiene sentado la jurisprudencia de esta Corporación, "para que pueda hablarse de la creación de una nueva entidad habría, por lo mismo, que producir un cambio total en cada uno de los elementos que conforman la estructura, comenzando con los objetivos, que es uno de los aspectos que justifican la razón de ser de cualquier entidad" (Sección Primera. Sentencia del 15 de diciembre de 1993, Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez, expedientes acumulados Nos. 2391, 2367, 2429 y 2387).

De otra parte, debe tenerse en cuenta que en ninguna de las disposiciones contenidas en el artículo 313 de la Constitución Política se prohibe a los concejos municipales conferir autorizaciones pro témpore a los alcaldes para ejercer precisas funciones de las que a ellos corresponden, entre las cuales se encuentra, precisamente, la contemplada en su numeral 6. cuya violación se alega por el actor.

2o.- Porque tampoco puede concluirse en este comento procesal que el artículo 2o. del acto acusado incurra en el desconocimiento flagrante, directo y frontal del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, toda vez que a esta conclusión o a otra diferente sólo

podría llegarse mediante un estudio de fondo, propio de la sentencia, luego de analizar detenidamente si la facultad de reestructurar administrativa y operativamente las Empresas Públicas Municipales de Cartagena con lleva la de expedir los estatutos orgánicos de la entidad cuya transformación en empresa industrial y comercial se dispuso en el acto acusado y "...para las entidades descentralizadas en los órdenes departamentales y municipales están contenidos en las ordenanzas o acuerdos que crean, autorizan o reforman la respectiva entidad" (Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 17 de septiembre de 1993, Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, expediente No. 2162), más aún si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 313-1 de la Carta, corresponde a los concejos "Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio".

3o.- Porque del hecho de que en el artículo 23 de los estatutos que se adoptaron mediante el artículo 2o. del decreto acusado se haya establecido "...la planta de personal tipo de la Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena", no cabe predicar tajantemente que ello implica el quebrantamiento de los artículos 24 del Decreto 3130 de 1968 y 315 de la Carta Política, toda vez que su desconocimiento sólo cabría predicarse luego de analizar las diferentes normas que integran la Ley 11 de 1986 (81 en total), que se invoca como uno de los fundamentos para la expedición del Acuerdo 023 de 1992, y de determinar si el establecimiento de dicha planta de personal resulta jurídicamente viable en virtud de la reestructuración de la entidad y en razón de que, conforme al artículo 315-3 de la Carta Política, corresponde a los alcaldes asegurar la prestación de los servicios a cargo del municipio, lo cual no hubiese resultado posible, dada la naturaleza de las decisiones adoptadas en el Decreto 1540 de 1992, acusado. Las anteriores consideraciones son más que suficientes para confirmar la providencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o. CONFIRMASE el numeral 2 de la parte resolutiva del auto de 22 de septiembre de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

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 diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

GOBIERNO NACIONAL- Facultades/ MODERNIZACION DEL ESTADO.

Mediante el artículo transitorio 20 de la Carta Política de 1911, los Constituyentes le otorgaron al Gobierno un mandato constitucional, excepcional y transitorio con el propósito de que adecuara la organización y funcionamiento de la Rama Ejecutiva al espíritu de la nueva Constitución, especialmente lo relativo a la redistribución de competencias y recursos. Como consecuencia lógica del mandato que debía cumplir el Gobierno, el mismo ordenamiento constitucional le confirió facultades para suprimir, fusionar o reestructurar los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, unidades administrativas especiales, establecimientos públicos nacionales, empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y las sociedades de economía mixta también del orden nacional. Las aludidas facultades, según criterio reiterado de la Sala, por la materia que regulan que es la misma que le ha sido asignada al Congreso en el artículo 150 numeral 7 de la Constitución Nacional, son de naturaleza legislativa, sólo que, ante la revocatoria del mandato de los congresistas, le fueron atribuídas excepcional y transitoriamente al Ejecutivo.

SUPRESION DE EMPLEOS.

Las facultades de reestructurar, suprimir o fusionar llevan incita la de supresión de cargos y empleos y que cuando el expresado preceptuó constitucional transitorio autorizó al Gobierno para ejercitar las referidas atribuciones, de antemano lo estaba facultando para suprimir los cargos y empleos que damandarán las necesidades del servicio, sin

perjuicio obviamente de que en virtud de las decisiones en tal sentido se compensará 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.

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES-Temporalidad.

El término señalado en la disposición acusada tiene como objetivo la ejecución de la medida adoptada y que no constituye una ampliación del término de dieciocho meses previsto en el artículo constitucional. El plazo que consagra la norma impugnada es independiente y por lo tanto no guarda relación con el de dieciocho meses previsto en el ordenamiento transitorio en razón a que la decisión de suprimir a SENARC fue tomada dentro del referido término, lo que se infiere de la fecha de expedición del Decreto, sólo que se previó que los efectos de la misma, como era apenas natural, no se produjeran inmediatamente, lo cual no resulta contrario a lo establecido en la disposición transitoria.

REDISTRIBUCION DE COMPETENCIAS

Ha manifestado esta Corporación en varias ocasiones que la consonancia a que se contrae el artículo transitorio 20 no se circunscribe a la redistribución de competencias y recursos que la Carta establece, pues aún cuando sí quiso el Constituyente hacer énfasis en ellos cuando empleó la expresión "y en especial", esto no significa que la reestructuración, fusión o supresión de las entidades mencionadas en aquel deba girar únicamente en torno de dicho aspecto, entre otras razones, por cuanto la reforma constitucional no versó solamente sobre tal tópico, sino que abordó otras materias de vital importancia para el cumplimiento de los fines sociales del Estado.

SENARC-Reestructuración/ COMISION ASESORA DEL GOBIERNO/ SERVICIO NAVIERO ARMADA REPUBLICA DE COLOMBIA-Reestructuración

En cuanto a la censura de no haberse tenido en cuenta la evaluación y recomendaciones de la Comisión de Expertos, la Sala ha hecho claridad en el sentido de que tales evaluación y recomendaciones 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 aquella: que ha de entenderse que el querer del Constituyente no fue otro que el de expertos en administración pública y derecho administrativo, en razón de sus autorizados conocimientos sobre la materia, asesorarán al Gobierno en la tarea asignada, asesoría ésta 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., veintidos (22) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Referencia: Expediente Acumulados Nos. 2408-2438 Decretos del Gobierno. Actor: Luis Carlos Bermudez y Otra.

Los ciudadanos Luis Carlos Bermúdez Lemus y Luz Angela Barrios Conde, 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 15 de octubre de 1993 (folios 124 a 126 del expediente No. 2408), la declaratoria de nulidad del Decreto No. 2163 de 30 de diciembre de 1992, por el cual se suprime el Servicio Naviero Armada República de Colombia "SENARC" dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le confirió el artículo 20 transitorio de la Constitución de 1991.

DISPOSICIONES VIÓLADAS

Y CONCEPTO DE LA VIÓLACION

Expediente No. 2408

Dentro de este proceso se solicita la nulidad de los artículos 1o. (incisos 2 y 3), 4o., 5o., 6o., 7o., 8o., 9o., 10o., 11o., 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 22 y 23 del Decreto 2163 del 30 de diciembre de 1992.

Se indican como vióladas las siguientes normas de la Constitución Nacional:

Preámbulo y artículos 1o., 2o., 5o., 25, 42, 44, 48, 49, 53, 58, 67, 70, 79, 80, 122, 123, 125, 153, 189 (numerales 4, 15 y 16) 209, 334, 339, 345 y 20 transitorio.

Se expresa así el concepto de la violación:

Primer cargo: El Decreto acusado vióla el artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, por las siguientes razones:

El Presidente de la República se excede en el término que le concede el artículo 20 transitorio de la Carta Política al fijarse un plazo hasta el 31 de diciembre de 1993 para liquidar la empresa.

La supresión de la empresa industrial y comercial del Estado "CENARC" contiene normas que no son consonantes con los preceptos constitucionales.

El artículo 4o. del acto impugnado, al prohibir iniciar nuevas actividades impide el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, el servicio a la comunidad y de la prosperidad en general.

Los artículos 5o. al 20, violan principios y derechos fundamentales sociales, económicos y culturales contemplados en la Constitución Nacional.

La reducción progresiva de la planta, no asegura a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo ni la paz.

El artículo 20 transitorio no faculta al Gobierno para eliminar derechos que ya han sido adquiridos por los trabajadores.

El Estado no reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona y con ello desampara la la familia como institución básica de la sociedad, y como núcleo fundamental de la misma.

La supresión y liquidación de los trabajadores oficiales de la empresa vióla los derechos de la carrera.

Al reducir la planta de personal, el Gobierno no tuvo en cuenta los principios de igualdad de oportunidades para los trabajadores, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios laborales, facultades para transigir y conciliar, situación más favorable al trabajador, etc.

Segundo cargo: El artículo 6o. del Decreto acusado en cuanto dispone la enajenación de los buques, bongos y remolcadores y demás bienes de propiedad de la empresa, como consecuencia de la liquidación, vióla el artículo transitorio 20 de la Carta porque esta disposición no faculta al Gobierno para enajenar bienes.

Tercer cargo: El acto impugnado en sus artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 contraría también el artículo transitorio 20 de la Constitución, pues éste no faculta al Gobierno Nacional para modificar el régimen salarial ni para vulnerar los derechos adquiridos de los trabajadores.

Cuarto cargo: Con la supresión de la empresa "SENARC" no se estaría dando cumplimiento a los artículos 48, 49 y 70 de la Constitución Nacional y se violan los ordenamientos constitucionales 67, 70 y 80.

Quinto cargo: Se vióla el Preámbulo de la Carta Política, porque no se está asegurando a los integrantes de la Nación la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, etc., dentro de un marco jurídico democrático y participativo, ni se garantiza un orden político, económico y social justo.

Expediente No. 2438

Dentro de este proceso se acusan los artículos 1o., 4o., 6o., 7o., 8o., 9o., 10o., 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 del decreto 2163 de 1992.

Se indican como normas violadas las contenidas en los artículos 1o., 2o., 4o., 22, 25, 42, 44, 53, 54, 93, 94, 122, 123, 125, 150 (numerales 7, 11 y 12), 153, 188, 189 (numerales 14, 15, 16 y 20), 210,334, 338, 339, 345, 346, 347, 350, 352, 356 (inciso 1), 365 y 20 y 25 transitorios de la Constitución Nacional.

El concepto de la violación se concreta en los siguientes cargos:

Primero: El Decreto acusado en su Capítulo II "Disposiciones Laborales". es incompatible con las disposiciones constitucionales relativas al derecho del trabajo, porque siendo el trabajo un derecho y una obligación social que goza de especial protección del Estado, el acto impugnado hace caso omiso de estos principios, contrariando el régimen laboral existente en lo relacionado con jubilación, indemnización, estabilidad, etc. Así mismo, dando por terminados los contratos de trabajo mediante la supresión de empleos de manera definitiva y la desvinculación de los propios trabajadores.

Segundo: El lapso establecido en el artículo transitorio 20 de la Carta estaba comprendido entre el 7 de julio de 1991 y el 7 de enero de 1993. El Gobierno Nacional violó este término.

Tercero: Es nulo todo el Decreto impugnado por no tener en cuenta la evaluación y recomendaciones de la Comisión conformada para el efecto.

Cuarto: Es inconstitucional el Decreto 2163 de 1992 por violar el artículo transitorio 20 de la Carta al no estar en consonancia con ésta, ni con la redistribución nacional de competencias y recursos que ella establece, y por lo siguiente:

Modernización no es destituir, ni vulnerar los derechos adquiridos por los trabajadores, sino eficacia y productividad a través de medios racionales.

Con el Decreto 2163, no hay unidad nacional, ni aseguramiento de la vida, ni justicia, ni igualdad, ni paz cuando una parte de la sociedad se encuentra sin trabajo.

Difícil resulta promover la prosperidad cuando el mecanismo utilizado es la supresión y despido masivo de trabajadores.

El Gobierno Nacional en el proyecto de la modernización del Estado, está suprimiendo y liquidando una Entidad que tiene por objeto prestar el servicio de transporte fluvial y marítimo integrando al país económica y socialmente.

RAZONES DE LA DEFENSA

Fueron expuestas en ambos procesos por la apoderada de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-, tanto en la contestación de la demanda como en el alegato de conclusión. En síntesis fueron las siguientes:

No se están ampliando las facultades excepcionales que el Gobierno tenía por tiempo limitado porque el artículo 1o., inciso 2 del Decreto 2163, no atribuye competencia alguna al Gobierno, sino a la Junta Liquidadora "autoridad competente" a quien se precisa la atribución para suprimir empleos y liquidar la Empresa.

El Gobierno Nacional cumplió la orden de supresión de que trata el artículo transitorio 20 de la Constitución y expidió todas las normas necesarias para que dicha

supresión se llevara a cabo sin merma de los derechos de terceros y de las personas vinculadas a la Entidad, y previendo un régimen de transición para evitar cualquier traumatismo.

Con la expedición del Decreto el Gobierno Nacional realiza los fines esenciales del Estado, pues vela por la prosperidad general, por la prevalencia del interés general y, si bien es cierto se ve en la necesidad de suprimir cargos y de suprimir una entidad en particular, establece un régimen de indemnizaciones para aquellas personas que en razón de la supresión ordenada por el Constituyente deban ser desvinculadas de la entidad.

La supresión de una entidad implica necesariamente su liquidación y ésta consiste en la realización de activos y el pago de pasivos, esto es, el cumplimiento de todas las obligaciones contraídas.

El Gobierno en ejercicio del artículo transitorio 20, no modificó el régimen salarial, sino que estableció un régimen especial de indemnizaciones para compensar al trabajador por una circunstancia especialísima que determina su desvinculación.

El servicio de transporte que prestaba "SENARC" se puede seguir prestando por parte de otros; obedece al cumplimiento de una orden constitucional y no afecta en forma directa ni en su núcleo esencial los derechos de las personas.

Con la expedición del Decreto no se violó la unidad nacional, ni la convivencia, ni el trabajo, ni la justicia. La norma impugnada se expidió como consecuencia de la redistribución de competencias consagrada en la Constitución, para dar prevalencia al interés general, para realizar la descentralización territorial y lograr una mayor eficacia por parte de la escritura del Estado.

Si bien es cierto que el artículo 125 de la Constitución Nacional establece que los empleos del Estado son de carrera, ésto no puede entenderse en el sentido de que sea imposible suprimir los cargos y empleos o desvincular a los trabajadores que los ostentan. De interpretarse en este sentido los derechos a la carrera, no podrían suprimirse los cargos, ni entidades, llegando incluso a afectar el interés general en beneficio de situaciones particulares.

No hay violación al debido proceso ni al derecho de defensa; pues la supresión y sus efectos, no configuran sanción a persona alguna, sino realización de una orden del Constituyente en desarrollo del interés general.

No es cierto que se haya omitido el cumplimiento del requisito numérico de la Comisión. Esta estuvo conformada con los siete miembros que determina la norma constitucional transitoria.

Los decretos dictados con base en el artículo transitorio 20 son de naturaleza legislativa, similar a las leyes que se dictan en desarrollo del artículo 150-7. Por lo tanto tienen la fuerza derogatoria de las leyes precedentes de igual naturaleza y según las actuaciones administrativas posteriores.

La supresión de empleos es una competencia ordinaria del Gobierno según el artículo 189-14, la cual debe ser ejercida conforme con la ley, o sea, conforme con los decretos dictados con base en el artículo transitorio 20 de la Carta.

Las evaluaciones y recomendaciones de la Comisión no obligan, porque la norma constitucional no lo establece. Sin embargo, la Comisión recomendó la expedición de los 62 decretos, sin perjuicio de que 3 de sus 7 miembros, en algunos casos no hubiera estado de acuerdo con los otros 4.

La Constitución redistribuye competencias en favor de las entidades territoriales, desplazándola del centro hacia la periferia que incluye a los particulares. Consecuente con ello, también desplaza recursos de la Nación, ingresos ordinarios y regalías a los mismos entes territoriales.

Que el Estado se modernice, que adopte las cualidades que debe tener según el nuevo ordenamiento constitucional para corregir fenómenos tales como la inmoralidad, la ineficacia, la ineficiencia, el despilfarro, etc. y poner en práctica principios propios del Estado moderno y democrático, tales como los previstos en el artículo 209, es el verdadero contenido y alcance del artículo transitorio 20 de la Carta, que debe armonizarse con los derechos y garantías laborales bajo el principio de prevalecencia del interés general.

La supresión de las entidades públicas ordenada en el artículo transitorio 20, obliga a la autoridad competente a suprimir empleos y realizar todos los actos necesarios para el adecuado cumplimiento de las funciones públicas, sin perjuicio de las políticas y medidas que tengan que adoptarse para propiciar la ubicación laboral de las personas.

El principio de igualdad no se ve vulnerado ni amenazado por la supresión de la entidad, pues los derechos de los trabajadores de la entidad suprimida no se encuentran en las mismas circunstancias de aquellos que se disfrutan en las entidades existentes de la Rama Ejecutiva. Ante la supresión realizada para mantener la prevalencia del interés general, los derechos son objeto de indemnización.

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación no hizo uso del derecho de alegar de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En relación con los cargos atinentes a la violación de los derechos de los trabajadores la Sala estima necesario y pertinente hacer referencia como en otras oportunidades lo ha hecho a las finalidades, alcances y naturaleza de las facultades que al Gobierno Nacional le fueron conferidas mediante el artículo 20 transitorio de la Constitución Nacional y a la consonancia con este estatuto de los decretos dictados en virtud de ellas.

Mediante el artículo transitorio 20 de la Carta Política de 1991, los Constituyentes le otorgaron al Gobierno un mandato constitucional, excepcional y transitorio con el

propósito de que adecuara la organización y funcionamiento de la Rama Ejecutiva al espíritu de la nueva Constitución, especialmente lo relativo a la redistribución de competencias y recursos.

Como consecuencia lógica del mandato que debía cumplir el Gobierno, el mismo ordenamiento constitucional le confirió facultades para suprimir, fusionar o reestructurar los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, unidades administrativas especiales, establecimientos públicos nacionales, empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y las sociedades de economía mixta también del orden nacional.

Las aludidas facultades, según criterio reiterado de la Sala, por la materia que regulan que es la misma que le ha sido asignada al Congreso en el artículo 150 numeral 7 de la Constitución Nacional, son de naturaleza legislativa, sólo que, ante la revocatoria del mandato de los congresistas, le fueron atribuídas excepcional y transitoriamente al Ejecutivo.

En razón de lo anterior 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, incluyendo aquellas que fueran necesarias para modificar o derogar la legislación existente sobre determinada materia.

Entre las facultades otorgadas al Gobierno figura para hacer referencia al caso planteado en autos, la de suprimir las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta.

La supresión de una entidad con lleva necesariamente la eliminación de los cargos o empleos y la consiguiente desvinculación de los trabajadores. A este respecto, 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 las facultades de reestructurar, suprimir o fusionar llevan incita 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 y 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 sentir de la Corte, debe asumir la tarea de adecuar su estructura a las circunstancias que hoy le exigen eficiencia y celeridad en el cumplimiento de las múltiples responsabilidades que le competen...".
>
> "...Nada de lo dicho podría cumplirse a cabalidad sin un aparato estatal diseñado dentro de claros criterios de mérito y eficiencia, para lo cual no resulta necesario su excesivo tamaño ni un frondoso árbol burocrático, sino una planta de personal debidamente capacitada y organizada de forma tal que garantice niveles óptimos de rendimiento..."
>
> "...Para hacerlo, el Gobierno dispone, entre otros instrumentos, de las atribuciones que le otorga el artículo transitorio 20 de la Constitución Política...".
>
> ...De allí que, si fuere necesario que el Estado por razones de esa índole, elimine el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo transitorio 20 de la Carta, sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad con las cargas públicas (artículo 13 C.N.) en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio tal como sucede también con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública. En ninguno de los dos casos la licitud de la acción estatal es óbice para el resarcimiento del daño causado". (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 H. y otro 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 y 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 ambos procesos se acusa al Gobierno de haber excedido el plazo que le concedió el artículo transitorio 20 de la Carta para el ejercicio de las facultades. Sin embargo la Sala como en otras ocasiones estima que el término señalado en la disposición acusada tiene como objetivo la ejecución de la medida adoptada y que no constituye una ampliación del término de dieciocho meses previsto en el artículo constitucional. El plazo que consagra la norma impugnada es independiente y por lo

tanto no guarda relación con el de dieciocho meses previsto en el ordenamiento transitorio en razón a que la decisión de suprimir a SENARC fue tomada dentro del referido término, lo que se infiere de la fecha de expedición del Decreto, sólo que se previó que los efectos de la misma, como era apenas natural, no se produjeran inmediatamente, lo cual no resulta contrario a lo establecido en la disposición transitoria.

El cargo consistente en la falta de consonancia entre el Decreto acusado con la Constitución Nacional, y con la redistribución nacional de competencias y recursos que ella establece es también común en ambos procesos. A este respecto ha manifestado esta Corporación en varias ocasiones que la consonancia a que se contrae el artículo transitorio 20 no se circunscribe a la redistribución de competencias y recursos que la Carta establece, pues aun cuando sí quiso el Constituyente hacer énfasis en elllos cuando empleó la expresión "y en especial", esto no significa que la reestructuración, fusión o supresión de las entidades mencionadas en aquel deba girar únicamente en torno de dicho aspecto, entre otras razones, por cuanto la reforma constitucional no versó solamente sobre tal tópico, sino que abordó otras materias de vital importancia para el cumplimiento de los fines sociales del Estado.

Por lo demás, este cargo se basa en simples afirmaciones de los actores, sin referencia concreta alguna a las diversas normas que integran el acto acusado.

Sin embargo cabe observar, para hacer referencia al caso planteado que de conformidad con los antecedentes del artículo transitorio 20 de la Carta uno de los objetivos de las facultades otorgadas al Gobierno fue el de eliminar las entidades innecesarias, ineficaces y antieconómicas, en cumplimiento de los principios de economía y eficacia también consagrados en la Constitución, en virtud de los cuales y de conformidad con la misma Carta puede delegar en los particulares el servicio que prestan, si es que lo considera conveniente.

En el caso concreto y según declaración rendida por el Dr. Carlos Arenas Contreras, Gerente de Transportes Arenas y Cía. Ltda., el servicio de transporte de carga por los ríos Putumayo y Amazonas, que venía prestando SENARC, no se ha afectado en la zona y es servido de manera eficiente por dicha empresa y otros remolcadores (folio 155).

En cuanto a la censura de no haberse tenido en cuenta la evaluación y recomendaciones de la Comisión de Expertos, la Sala ha hacho claridad en el sentido de que tales evaluación y recomendaciones 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 aquella; que 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, asesorarán al Gobierno en la tarea asignada, asesoría ésta que no va más allá de aconsejar, sugerir o ilustrar.

Por otra parte, la supresión de SENARC fue puesta en consideración de la Comisión Asesora de la que hicieron parte Consejeros de Estado, según se observa en

el Acta No. 9 del 2 de diciembre de 1992 en la que aparecen algunas observaciones del Dr. Humberto Mora integrante de la Comisión como delegado del Consejo de Estado.

En lo que toca con la forma como la aludida Comisión hubiera conceptuado, esto es, favorable o desfavorablemente, por unanimidad o no, resulta irrelevante para la Sala, pues el artículo transitorio 20 no fijó condiciones ni requisitos a los cuales debía sujetarse la mencionada Comisión.

Se impugna también el Decreto 2163 porque en su artículo 6o. dispone, como consecuencia de la liquidación, la enajenación de los buques, bongos y remolcadores y los demás bienes de propiedad de la empresa.

Al respecto la Sala considera que consecuencia lógica de la supresión de una entidad es la liquidación de la misma. Ello significa que teniendo el Gobierno la atribución de suprimir, como en este caso una empresa del orden nacional, estaba facultado para disponer lo concerniente al proceso liquidatorio, dentro del cual deben fijarse las directrices o pautas necesarias sobre el futuro y la distribución de los bienes que conformaban la entidad.

Ahora, frente al cargo de violación de los artículos 67, 70 y 80 de la constitución Política, estima la Sala que tampoco tiene vocación de prosperidad dado que el objeto social que desarrollaba SENARC no guarda relación con el acceso a la educación y a la cultura ni con el desarrollo de los recursos naturales garantizados por aquéllos.

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 peticiones de las demandas acumuladas.

COPIESE, NOTIFIQUESE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 19 de agosto de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SINDICATO/PERSONERIA JURIDICA-Cancelación/**NORMA CONSTITUCIONAL**/Aplicación/**ACTO JURISDICCIONAL/INSTITUCION DE UTILIDAD COMUN/ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO/NORMA CONSTITUCIONAL**-Inaplicación/**PRESIDENTE DE LA REPUBLICA**-Funciones/**INSPECCION Y VIGILANCIA**

El mandato contenido en su inciso tercero del artículo 39 de la C.P., según la cual "La cancelación o la supresión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial", únicamente tiene aplicación en cuanto se trate de los referidos sindicatos o asociaciones y, en manera alguna, a todo tipo de instituciones de utilidad común o entidades sin ánimo de lucro, pues respecto de estas el artículo 189-26 de la Carta Política atribuye al Presidente de la República la función de ejercer su inspección y vigilancia"...para que su recursos se conserven y sean debidamente aplicados y para que en todo lo esencial se cumpla la voluntad de sus fundadores", de acuerdo con las normas que expida el Congreso de la República, en los términos del artículo 150-8 ibídem.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejo Ponente: *Doctor Libardo Rodríquez Rodríquez.*

Referencia: Expediente No. 3020 Actor: Asociación Colegio San Luis Rey

Procede la Sección Primera a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto admisorio de la demanda, proferido el 5 de mayo de 1994 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, en cuanto en el

ordinal 2o. de su parte resolutiva denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional de las Resoluciones números 719 de 30 de diciembre de 1992, 150 de 12 de abril de 1993, 545 de 4 de octubre de 1993, 663 de 10 de diciembre de 1993, expedidas por la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., mediante las cuales se suspendió y canceló la personería jurídica de la Asociación Colegio San Luis Rey, cuya declaratoria de nulidad se solicita en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A.

1.- LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En escrito separado de la demanda la parte actora solicitó al tribunal de origen se decretase la suspensión provisional de los actos acusados por considerar que son violatorios de los artículos 39, 38, 29 y 13 de la Constitución Política. El concepto de violación de las citadas disposiciones se sintetiza así:

1o.- La decisión sobre la suspensión y cancelación de personerías jurídicas, como la de la asociación demandante, es competencia exclusiva y excluyente de la Rama Jurisdiccional del poder público y no de las autoridades administrativas, tal como lo dispone el artículo 39 inciso tercero de la Constitución Política, en armonía con los artículos 38 y 29 de la misma Carta.

2o.- Si la suspensión y la cancelación de la personería jurídica de la accionante sólo podía declararla la autoridad judicial correspondiente y tales decisiones fueron adoptadas por una autoridad administrativa, se presenta la violación directa de lo previsto en el artículo 29 de la Carta Política, toda vez que se adelantó una actuación sin tener en cuenta las leyes preexistentes al acto, sin observancia de las formalidades propias del juicio y por autoridad que no podía asumirlas- la Secretaría General de la Alcaldía Mayor del Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

3o.- Se desconoció en forma manifiesta el artículo 13 de la Constitución, "...pues se quiere a base de malabarismo jurídicos hacer una discriminación odiosa respecto de la actora".

II.- LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El tribunal de origen denegó la medida precautelativa impetrada con fundamento en las consideraciones que se sinterizan a continuación (fls. 221 a 225 Cdno. Ppal.):

Del texto del inciso tercero del artículo 39 de la Carta Política, integrado a los demás de esa norma, en principio se deduce que la suspensión o la cancelación de la personería jurídica de los sindicatos de trabajadores y de las asociaciones de empleados sólo procede por vía judicial. Lo anterior quiere decir que del artículo 39 inciso tercero de la Constitución no se deduce que en relación con las asociaciones que desarrollan actividades distintas a las previstas en dicha norma-como la de la demandante-, la cancelación y suspensión de la personería jurídica sólo procede por autoridades judiciales y, en consecuencia, de ninguna manera por autoridades administrativas, "De

manera que si, en principio, no se advierte la aplicabilidad de esa norma constitucional al caso de la asociación demandante, no se produce la violación de la misma, ni de las demás invocadas- artículos 38, 29 y 13 de la Constitución Nacional por cuanto la infracción de éstas la deriva la demandante de la del inciso tercero del artículo 39".

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Son, en síntesis, los siguientes (fls. 244 a 246 Cdno. Ppl.):

Si el artículo 13 de la Constitución Política consagra el principio de igualdad de todas las personas ante la ley y que al Estado corresponde promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, no existe razón de derecho para que se dé un tratamiento desigual a Asociaciones como la demandante frente a sindicatos o asociaciones de trabajadores y empleadores, pues aceptarlo "...sería desconocer la protección que el Estado debe a la demandante, desconocer igualmente que como persona jurídica goza de los mismos derechos que las Asociaciones o Sindicatos de Trabajadores y Empleadores e igualmente que respecto de asociaciones como la demandante el Estado no está en la obligación de promover las condiciones para que la igualdad de las personas ante la ley sea real y efectiva...". Además en virtud del principio de derecho según el cual donde existe una misma razón debe existir una misma disposición, resulta que si para cancelar o suspender la personería jurídica de una asociación de trabajadores o empleadores la competencia exclusiva y excluyente es de la Rama Jurisdiccional "...en esa misma dirección tal decisión debe adoptarse para Asociaciones como la demandante".

Si lo anteriormente expresado no fuese así se desconocería el derecho de libre asociación que consagra el artículo 38 de la Carta Política, pues quedaría al arbitrio de la Administración suspender o cancelar la personería jurídica de una asociación a pesar de estar cumpliendo con todas sus obligaciones legales e impedir el desarrollo de su objeto social, "...que parece es lo que está sucediendo en esta situación concreta, cuando unos terceros a la Asociación han manipulado o promovido lo que reflejan los actos acusados, pues a pesar, repito, que la actora ha desarrollado su objeto social que le es propio, a cabalidad, a la luz pública, acogiéndose al Estado de Derecho, con las autorizaciones de las distintas entidades públicas que tienen que ver con el desarrollo de planes de vivienda, tal como se encuentra acreditado en autos, sin embargo, esta realidad procesal y probatoria es desconocida por la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, e inexorablemente contra toda razón, derecho y prueba procede a la extinción de la persona jurídica...".

IV.- COSIDERACIONES DE LA SALA

Realizado por la Sala el estudio de los argumentos expuestos por la parte actora en sustento de su solicitud de suspensión provisional, la decisión del Tribunal *a-quo* y las razones en las cuales se fundamenta el recurso interpuesto, se llega a la ineludible conclusión de que los actos acusados no incurren en violación manifiesta u ostensible del enciso tercero del artículo 39 de la Constitución Política ni de los artículos 13. 29 y 38 de la misma Carta, por las siguientes y breves razones:

1o.- Porque de la lectura del artículo 39 de la Carta Política no cabe duda alguna acerca de que sus disposiciones, pero sobre todo los incisos primero y tercero guardan una íntima relación entre sí y que el último de ellos no puede escindirse del primero, como lo hace la parte actora en la sustentación de la medida impetrada y en el recurso interpuesto para predicar su aplicación en forma aislada a otras materias que el Constituyente reguló por vía general en otras normas del ordenamiento constitucional.

En efecto, si en el inciso primero de la citada disposición constitucional se consagra que los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado y que la simple inscripción del acta de constitución es la única formalidad para producir su "reconocimiento jurídico", es decir, para obtener personería jurídica, de ello resulta evidente que el mandato contenido en su inciso tercero, según el cual "La cancelación o la suspensión de la personería jurídica solo procede por vía judicial", únicamente tiene aplicación en cuanto se trate de los referidos sindicatos o asociaciones y, en manera alguna, a todo tipo de instituciones de utilidad común o entidades sin ánimo de lucro, de cuya naturaleza jurídica participa la asociación demandante según documento público que obra a folio 45 del cuaderno principal, pues respecto de estas el artículo 189-26 de la Carta Política atribuye al Presidente de la República la función de ejercer su inspección y vigilancia "...para que sus recursos se conserven y sean debidamente aplicados y para que en todo lo esencial se cumpla la voluntad de sus fundadores", de acuerdo con las normas que expida el Congreso de la República, en los términos del artículo 150-8 ibídem. Lo anterior implica que sólo en el desconocimiento ostensible de las mencionadas disposiciones legales por parte de los actos demandados podría fundamentarse la violación indirecta de las normas de la Carta Política que cita la actora, excepción hecha del mencionado inciso tercero de su artículo 39 que, como se vió, no es aplicable al asunto sub exámine, y como dichas normas legales no han sido invocadas por la actora, ello impide, por este aspecto, la prosperidad de su solicitud.

2o.- Porque en la medida en que los cargos de violación de las restantes disposiciones constitucionales, incluído el de violación del principio de igualdad (artículo 13), se edifican sobre la base del quebrantamiento del inciso tercero del artículo 39 de la Carta Política, para la Sala es evidente que los actos acusados no incurren en su flagrante desconocimiento, requisito *sine qua non* para que procediese la medida precautelativa impetrada.

En las anotadas condiciones, ha de procederse a confirmar el auto parcialmente recurrido en apelación.

En mérito de lo expuesto, 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 proferido el 5 de mayo de 1994 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera.

2o.- No hay lugar a condena en costas de la instancia, pues en el expediente no aparece que se hayan causado.

3o.- En firme esta providencia, remítase 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 agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: Reitera la sentencia de la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la inexequibilidad de algunas normas del Decreto 1660/91; al mismo tiempo que reitera la jurisprudencia contenida en los Exps. 2309, de 9 de septiembre de 1993, Actor: JUAN MANUEL ARRIETA Y OTRO y 2451 de 11 de noviembre del mismo año, Actora MARIA CONSUELO TRUJILLO GARCIA.

ISS-Estructura/ MODERNIZACION DEL ESTADO/ ISS-Reestructuración

La estructura de una entidad comprende la parte orgánica y la parte funcional. La parte orgánica está conformada por la naturaleza, objetivos, órganos de dirección y administración y las distintas dependencias o niveles. La parte funcional, como su nombre lo indica, atañe a las funciones que se han previsto por parte de dichos órganos de dirección y administración y de las distintas dependencias para desarrollar los objetivos de la entidad. Reestructurar entonces significa modificar la estructura de una entidad, y tal modificación puede recaer sobre cualquiera de los elementos que forman parte de la misma. La naturaleza jurídica de una entidad, como elemento integral que es de su estructura, no puede por lo mismo considerarse aislada o separada del todo del todo del cual forma parte. Así como es posible variar la composición de los órganos de dirección o administración , ampliar o reducir los objetivos, crear o suprimir dependencias, asignar o reducir funciones, es posible variar la naturaleza jurídica, sin que ello implique crear una nueva entidad.

ENAJENACION DE BIENES NACIONALES/ GOBIERNO NACIONAL-Facultades

Es la propia Constitución Política la que en su artículo 150 numeral 9 faculta al Congreso para conceder autorizaciones al Gobierno para enajenar bienes nacionales. En este punto hay que tener en cuenta, tal como lo ha reiterado la Sala que las facultades otorgadas en el artículo 20 transitorio, por la materia que regulan, que es la misma que le ha sido

asignada al Congreso en el artículo 150 numeral 7 de la Carta, son de naturaleza legislativa, sólo que, ante la revocatoria del mandato de los congresistas, le fueron atribuídas excepcional y transitoriamente al Gobierno. En razón de lo anterior 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 inhabilitado el Congreso.

COMISION ASESORA DEL CONGRESO

Las evaluaciones y recomendaciones de dicha Comisión no podían tener carácter obligatorio para el Gobierno Nacional porque de considerarse así el proceso de reestructuración, fusión o supresión de las entidades de que trata el artículo transitorio 20 no dependería del ejercicio de una función de éste sino de aquélla. 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, asesorarán al Gobierno Nacional en la tarea asignada, asesoría ésta que no va más allá de ilustrar, sugerir o aconsejar.

SUPRESION DE EMPLEOS

Se ha entendido que las facultades de reestructurar, supimir o fusionar llevan ánsita 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 y empleos que demandarán las necesidades del servicio, sin perjuicio obviamente de que en virtud de las decisiones adoptadas en tal sentido se compensará el daño que se pudiera inferir al trabajador o empleado que resultará privado de su cargo o empleo, a través del pago de indemnizaciones o bonificaciones.

DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES - Temporalidad/ PLANTA DE PERSONAL-Adecuación

El señalamiento del plazo para que las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado adecúen la estructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas en virtud de la reestructuración, fusión o supresión de las mismas, no puede considerarse como una prórroga o ampliación de la facultad legislativa excepcional transitoria de la que la Carta Política revistió al Gobierno Nacional en su artículo transitorio 20, pues la tarea de adecuar tal estructura y la planta de personal es de carácter administrativo que tales entes tienen en forma permanente (artículos 26 literal b del Decreto 1050 de 1968 y 74 del Decreto 1043 de 1978), para lo cual no requieren de autorización expresa ni de la

indicación del 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.

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

Consejero Ponente: Doctor Yesid Rojas Serrano.

Referencia: Expediente No. 2342 Decretos del Gobierno. Actor: Oliverio Caldas Muriel.

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de nulidad instaurado por el actor de la referencia contra el Decreto No. 2148 de 30 de diciembre de 1992. "Por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales -I.S.S.-", proferido por el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 20 transitorio de la Constitución Nacional.

DISPOSICIONES VIÓLADAS Y

CONCEPTO DE LA VIÓLACION

En la demanda se indican como normas vióladas por el acto acusado, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 34, 48, 53, 54, 150 y los transitorios 20 y 57 todos de la Constitución Nacional.

El concepto de violación se expresa en los términos que a continuación se sintetizan:

El Decreto 2148 de 1992 contraviene y extralimita las atribuciones contenidas en el artículo 20 transitorio de la Carta Política puesto que éste no autoriza para cambiar la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos ni mucho menos para privatizarlos ni enajenarlos, como lo disponen los artículos 1o, 12 y 14 del acto acusado.

El ejecutivo al proferir las normas cuestionadas pretermitió la evaluación, objeciones y recomendaciones hechas por los Consejeros de Estado, miembros de la Comisión respectiva, no obstante que éstas eran de cabal cumplimiento.

Las facultades del artículo 20 transitorio son muy restrictivas, ya que únicamente autorizan al ejecutivo para "SUPRIMIR, FUSIONAR O REESTRUCTURAR las entidades ...CON EL FIN DE PONERLAS EN CONSONANCIA CON LOS MANDATOS DE LA PRESENTE REFORMA CONSTITUCIONAL"

Con las medidas impugnadas se vulneran los derechos fundamentales de las personas afectadas, como son el derecho al trabajo y a la seguridad social, consagrados como tales en los artículos 25 y 48 de la Carta Política.

La creación de empresas industriales y comerciales del Estado es de competencia exclusiva del poder legislativo por mandato del numeral 7 del artículo 150 de la C.N.

La venta de los bienes del I.S.S. equivale a una confiscación y está prohibida por el artículo 34 de la Carta.

El acto administrativo impugnado vióla el artículo 48 de la Constitución que consagra la seguridad social como uno de los derechos fundamentales. Con la reestructuración y venta del I.S.S., prácticamente se termina la seguridad social para sus afiliados, como también para muchos indigentes que allí se atienden.

Con la privatización del I.S.S., con la venta de sus activos y con la contratación por regla general de los servicios médicos asistenciales que venía prestando, son muchos los cargos o empleos que quedaron vacantes, y en consecuencia muchos de sus empleados serán despedidos, vulnerándose con ello el derecho al trabajo.

El Gobierno pretermitió el término de 18 meses que le confirió el artículo 20 transitorio, prorrogándolo en otro tanto, y además delegó las atribuciones en el Consejo Directivo del I.S.S., violando de manera ostensible y premeditada el ordenamiento constitucional transitorio en el que pretendió fundamentarse.

RAZONES DE LA DEFENSA

Fueron expuestas por la apoderada del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en la contestación de la demanda. En sintesis son las siguientes:

El Gobierno estaba obligado a darle expresión a los preceptos constitucionales referentes al Estado Social del Derecho, fundado en la prevalencia del interés general, a sus fines esenciales, a la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, a la presunción de la buena fe, a la posibilidad del cumplimiento de funciones administrativas por parte de los particulares, a la eficiencia, economía y celeridad y al mismo artículo transitorio 20 de la Carta en cuanto a la adecuación de las entidades públicas a los preceptos constitucionales que dicen relación con la seguridad social.

Convertido en empresa industrial y comercial del Estado, el Instituto se hace más ágil y dinámico en su contratación, no encuentra ataduras en su manejo presupuestal y logra adecuar su personal científico a las constantes transformaciones tecnológicas, para asumir en forma eficiente el servicio, y en igualdad de condiciones con las entidades privadas con las cuales comparte la obligación constitucional.

Siendo la naturaleza jurídica de una entidad, el resultado de los demás elementos esenciales que la conforman, dentro de los cuales se cuenta su función, cualquier modificación de uno de éstos, puede con llevar la variación de aquélla.

El mandato otorgado al Gobierno mediante el artículo 20 transitorio de la

Constitución Nacional permite la modificación de la naturaleza jurídica de las entidades que se reestructuran por cuanto, para estos propósitos el Gobierno ejerce las atribuciones que de ordinario corresponden al Congreso de la República en la materia.

El artículo transitorio 20 de la Carta no exige el consenso en la toma de decisiones por parte de los miembros de la Comisión, pues tal compromiso implicaría que ella tuviera un carácter colegislador, cuestión que no se deduce del ordenamiento constitucional, las evaluaciones y recomendaciones que formule dicha Comisión no tienen carácter vinculante para el Gobierno quien es el titular de las atribuciones.

El trabajo está encuadrado en un marco jurídico, que no tiene un valor absoluto sino relativo en la medida que debe estar en armonía con el bien común, con el interés general, que en últimas determina la existencia de "orden político, económico y social justo". De acuerdo con el artículo 52 de la Carta Política el trabajo tiene la virtualidad de ser derecho y obligación social al mismo tiempo; como lo primero es un atributo inherente a la persona humana, como lo segundo es una consecuencia del Estado Social de Derecho.

El derecho al trabajo no se puede confundir con el derecho al empleo. Este se refiere siempre a una modalidad subordinada y dependiente del trabajo.

La relación laboral, como relación contractual que es, puede terminarse como todo contrato: por expiración del plazo, por cumplimiento de la labor encomendada, por mutuo acuerdo o por voluntad unilateral.Cuando la relación laboral termina, el trabajador queda desempleado, pero de ninguna manera se le ha conculcado su derecho al trabajo.

El artículo 48 de la Constitución, ordena al Estado ampliar progresivamente, con la participación de los particulares, la cobertura de la seguridad social. Es decir, que es obligación no sólo del Estado sino de los particulares, la prestación de este servicio público; eso sí, como lo manda la norma, bajo la dirección, coordinación y control del Estado. La seguridad social no es un compromiso exclusivo del Estado, en ella deben participar también los particulares, 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 puede confundirse el mandato imperativo del artículo transitorio 20, para que en un plazo de 18 meses reestructurara, fusionara o suprimiera entidades de la rama ejecutiva, con la situación contemplada en el artículo 57 transitorio que cita el actor. Esta norma consagra otra situación que no guarda relación con la estructuración de la entidad: que el Gobierno integre una comisión para que "elabore una propuesta que desarrolle las normas sobre seguridad social", que le servirá de base para la preparación de los proyectos de ley que sobre la materia deberá presentar al Congreso.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Ni las partes, ni el Ministerio Público hicieron uso del derecho de alegar de

conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para efectos de resolver la controversia planteada la Sala deduce del concepto de violación expresado en la demanda los siguientes cargos formulados contra el Decreto 2148 de 1992:

Primer cargo: El artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional no autorizó al Gobierno para cambiar la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos, ni para privatizarlos ni para enajenar sus bienes.

Al respecto esta misma Sala ha expresado lo siguiente:

La estructura de una entidad comprende la parte orgánica y la parte funcional.

La parte orgánica está conformada por la naturaleza, objetivos, orgánicos de dirección y administración y las distintas dependencias o niveles.

La parte funcional, como su nombre lo indica, atañe a las funciones que se ha previsto por parte de dichos órganos de dirección y administración y de las distintas dependencias para desarrollar los objetivos de la entidad.

Reestructurar entonces significa modificar la estructura de una entidad, y tal modificación puede recaer sobre cualquiera de los elementos que forman parte de la misma.

La naturaleza jurídica de una entidad, como elemento integral que es de su estructura, no puede por lo mismo considerarse aislada o separada del todo del cual forma parte.

Así como es posible variar la composición de los órganos de dirección o administración, ampliar o reducir los objetivos, crear o suprimir dependencias, asignar o reducir funciones, es posible variar la naturaleza jurídica, sin que ello implique crear una nueva entidad.

Para que pueda hablarse de la creación de una nueva entidad habría por lo mismo que producir un cambio total en cada uno de los elementos que conforman la estructura, comenzando por los objetivos, que es uno de los aspectos que justifican la razón de ser de cualquier entidad.

En cuanto a la enajenación de los bienes, es la propia Constitución Política la que en su artículo 150 numeral 9 faculta al Congreso para conceder autorizaciones al Gobierno para enajenar bienes nacionales. En este punto hay que tener en cuenta, tal como lo ha reiterado la Sala que las facultades otorgadas en el artículo 20 transitorio, por la materia que regulan, que es la misma que le ha sido asignada al Congreso en el artículo 150 numeral 7 de la Carta, son de naturaleza legislativa, sólo que, ante la

revocatoria del mandato de los congresistas, le fueron atribuídas excepcional y transitoriamente al Gobierno. En razón de lo anterior 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.

Segundo cargo: Se hace consistir en la pretermisión de la evaluación y recomendaciones de los Consejeros de Estado integrantes de la Comisión de Expertos.

Este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad, pues como se ha reiterado en diversos pronunciamientos de la Sala, las evaluaciones y recomendaciones de dicha Comisión no podían tener carácter obligatorio para el Gobierno Nacional porque de considerarse así el proceso de reestructuración, fusión o supresión de las entidades de que trata el artículo transitorio 20 no dependería del ejercicio de una función de éste sino de aquélla. 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, asesoran al Gobierno Nacional en la tarea asignada, asesoría ésta que no va más allá de ilustrar, sugerir o aconsejar.

En el caso concreto, tanto la Comisión como los Consejeros de Estado que hicieron parte de ella se pronunciaron sobre la reestructuración del Instituto de Seguros Sociales según consta en el Acta No. 10 correspondiente a la sesión de 9 de diciembre de 1992 (folio 89) y en el memorando de diciembre 15 de 1993 (folio 80), pero la forma en que la Comisión o algunos de sus integrantes hubieran conceptuado, esto es, favorable o desfavorablemente, por unanimidad o no, resulta irrelevante, pues el artículo transitorio 20 no fijó condiciones ni requisitos a los cuales debía sujetarse la mencionada Comisión.

Tercer cargo: Dice relación con la violación del derecho al trabajo a causa de la supresión de empleos.

En este aspecto 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 ésta 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 las facultades de reestructurar, suprimir o fusionar llevan ínsita 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 y empleos que demandarán las necesidades del servicio, sin perjuicio obviamente de que en virtud de las decisiones adoptadas en tal sentido se compensará el daño que se pudiera inferir al trabajador o

empleado que resultará 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 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 manera tal que garantice niveles óptimos de rendimiento...".
>
> "...Para hacerlo, el Gobierno dispone, entre otros instrumentos, de las atribuciones que le otorga el artículo transitorio 20 de la Constitución Política...".
>
> "...De allí que, si fuere necesario que el Estado por razones de esa índole, elimine el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera, como podría acontecer con la aplicación del artículo transitorio 20 de la Carta, sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad con las cargas públicas (artículo 13 C.N.) en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio tal como sucede también con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública. En ninguno de los dos casos la licitud de la acción estatal es óbice para el resarcimiento del daño causado". (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 H. y otro 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 y 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".

Cuarto cargo: El Gobierno prorrogó el término concedido por el artículo transitorio 20 de la Constitución para ejercer las atribuciones que éste mismo le concedió, y además delegó tales atribuciones en el Consejo Directivo del Instituto.

Este cargo tampoco está llamado a prosperar, pues en reiterados pronunciamientos esta Corporación 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 adecúen la estructura interna y la planta de personal a las decisiones adoptadas en virtud de la reestructuración, fusión o supresión de las mismas, no puede considerarse como una prórroga o ampliación de la facultad legislativa excepcional transitoria de la que la Carta Política revistió al Gobierno Nacional en su artículo transitorio 20, pues la tarea de adecuar tal estructura y la planta de personal es de carácter administrativo que tales entes tienen 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.

Otros cargos: Dentro del cuerpo de la demanda se hacen algunos cargos relativos a la violación del derecho a la seguridad social y a la terminación de este beneficio para afiliados y no afiliados, lo mismo que a la prestación del servicio médico asistencial por parte de los particulares.

Para desestimar los cargos precitados la sala considera suficiente remitirse a lo expresado por ella en sentencia de 12 de mayo del presente año, expedientes acumulados Nos. 2275, 2278, 2281, 2298 y 2327, en los cuales se controvirtió precisamente la constitucionalidad del Decreto 2148 de 30 de diciembre de 1992. En esta oportunidad con ponencia del Consejero Dr. Miguel González Rodríguez se hicieron las siguientes precisiones:

> "El Decreto acusado, como ya se dijo, tiene la misma fuerza o entidad normativa que la ley. En tal carácter podía establecer la forma de prestación del servicio de salud máxime si el objeto del I.S.S., conforme se lee en el texto del artículo 2o. ibídem, es dirigir, administrar, controlar, vigilar y garantizar**la prestación de los sevicios de seguridad social.** Por ello, no resulta ajena a la reestructuración la introducción de normas relativas a la modalidad de la prestación de los servicios médicos asistenciales en la forma regulada en el artículo 15...".
>
> "Si bien es cierto que el artículo 15 acusado se refiere a los "afiliados", no por ello se entiende que han sido excluídos los "beneficiarios", pues el artículo 3o. del mismo Decreto 2148 de 1992 es claro en señalar como funciones del I.S.S. la de garantizar a sus afiliados y beneficiarios la prestación de los servicios médico asistenciales integrales que por ley les corresponde, mediante acciones de prevención, curación y rehabilitación y garantizar a sus afiliados y beneficiarios el pago de las prestaciones económicas a cargo del instituto, de acuerdo con las normas legales vigentes.
>
> "Por lo demás es sabido que con la expedición de la Ley 100 de 23 de Diciembre de 1993, se previó un Plan de Salud obligatorio que la Empresas Promotoras de

Salud, dentro de las cuales está el I.S.S., tienen que prestar no sólo a los afiliados sino que es de cobertura familiar (artículo 163), de cuya obligación no puede sustraerse el Instituto, por mandato expreso del artículo 3o. citado.

"Es la propia Carta Política la que en su artículo 48 inciso 3o. prevé que pueda ampliarse progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los sevicios en la forma que determine la ley. Luego, si las condiciones de mortalidad de la población, de los avances tegnológicos y de las modalidades de la prestación de los servicios varían, no resulta inconstitucional la previsión de la posibilidad de ampliar los servicios que inicialmente presta el Instituto.

"Del contenido de las normas constitucionales que se invocan como transgredidas no se infiere la prohibición del acceso progresivo a los servicios de salud de acuerdo con el número de semanas cotizadas y que se pueda pagar una cuota o contribución por los servicios asistenciales de salud utilizados.

"Los artículos 48 y 49 de la Carta defirieron en la ley la reglamentación de los principios a los cuales debía sujetarse la seguridad social y la atención de la salud, y en este sentido la Ley 100 de 1993 "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral" contiene algunas previsiones similares a las que consagra el artículo 15 en estudio, como es el caso del artículo 164 que prevé el acceso a la prestación de algunos servicios que por su alto costo requieren determinado número de semanas de afiliación y un pago por parte del usuario, establecido de acuerdo con su capacidad socioeconómica".

"El artículo 12 del Decreto cuestionado prevé que el Instituto de Seguros Sociales, para efectos de la prestación de los servicios médico asistenciales, pueda: suscribir contratos con entidades públicas o privadas especializadas en servicios de salud, de acuerdo con la ley; fomentar la creación de instituciones, asociaciones o sociedades especializadas en servicios de salud, en aquellos sitios donde no exista una oferta de servicios asistenciales; o, excepcionalmente, en caso de no darse los eventos anteriores y mientras subsistan deficiencias en la oferta de servicios asistenciales, prestarlos directamente el Instituto o a través de sistemas de fiducia o cualquier otro mecanismo que garantice la eficiencia y oportunidad de los servicios.

"Estima la Sala que el artículo 365 de la Constitución Política es diáfano en permitir que los servicios públicos puedan ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, debiendo mantener aquél la regulación, control y vigilancia de dichos servicios.

"En armonía con esta disposición el artículo 355 ibídem autoriza la celebración de contratos con reconocidas entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo a que alude el artículo 339 ibídem.

"El artículo 2o. del Decreto acusado consagra como objeto del I.S.S., dirigir, controlar, administrar, vigilar y garantizar la prestación de los servicios de seguridad social.

"Lo anterior conduce a la Sala a afirmar que se cumplen los presupuestos del artículo 365 de la Constitución Política, por lo cual no se da la transgresión a que alude el sexto cargo 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 peticiones de la demanda.

DEVUELVASE a la parte actora el depósito hecho 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 24 de agosto de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente*; Pedro Alejo Gómez Vila*, Conjuez; *Miguel González Rodríguez, Gilberto Peña Castrillón,* Conjuez Ausente.

NOTA DE RELATORIA: Reinteración jurisprudencial de la sentencia de la Corte Constitucional sobre inexequibilidad de algunas normas del Decreto 1660/91; a la vez reitera las jurisprudencias de 9 de septiembre de 1993, Esp. 2309, Actor JUAN MANUEL ARRIETA Y O., 11 de noviembre del mismo año, Exp. 2451, Actora: MARIA CONSUELO TRUJILLO GARCIA.

NOTA DE RELATORA: Reiteración jurisprudencial con respecto al derecho a la seguridad social en los expedientes acumulados Nos. 2275, 2278, 2281, 2298 y 2327, Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, de 12 de mayo de 1994.

RUTAS Y HORARIOS -Adjudicación/ACTO PARTICULAR/ACCION DE NULIDAD-Improcedencia/TEORIA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES.

Teniendo las resoluciones demandadas, el carácter de actos particulares resulta incuestionable, a la luz del análisis hecho en esta parte considerativa, que no son susceptibles de enjuiciamiento a través de la acción de nulidad, dado que la ley no ha autorizado el ejercicio de la misma respecto de los actos relativos a la adjudicación de rutas de transporte urbano.

LEGITIMACION EN AL CAUSA POR ACTIVA

Tal conclusión, no es fruto de divagación, sino de una sujeción con fidelidad a la ley, la cual ha señalado en forma expresa los actos de carácter particular demandables por medio de la acción de nulidad. Con ello, como se anotó antes, salvo los casos excepcionados por la propia ley, se da certeza y seguridad jurídica a tales actos jurídicos, como a los derechos y situaciones jurídicas que de ellos se derivan. No siendo el demandante persona con interés directo en la actuación administrativa dentro de la cual se produjeron los actos acusados, ni tercero que, no obstante no haber intervenido en aquélla y en la vía gubernativa subsiguiente, resultará afectado con la decisión administrativa, debe concluirse que no estaba legitimado para accionar por la vía del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el

artículo 85 del C.C.A., si se interpretara por esta Sala la demanda y se considerara que la acción contenciosa realmente promovida por el actor fuera aquélla y no la de simple nulidad, que, como se ha dicho, tampoco era la procedente contra actos de la naturaleza de los enjuiciados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y dos. (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1507. Recurso de apelación contra la sentencia de fecha 22 de mayo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander. Actor: Jorge William Sánchez L.

Corresponde decir el recurso de apelación interpuesto por el tercero EMPRESA DE TRANSPORTE LUSITANIA S.A., contra la sentencia de la referencia por la cual se declaró la nulidad del artículo 40 del Decreto 00263 de 22 de noviembre de 1988, expedido por la Alcaldía Municipal de Floridablanca y de la Resolución No. 00001 de 2 de enero de 1989, emanada de la misma entidad, confirmatoria de aquél, en virtud de la acción de nulidad incoada por el actor.

Disponen los actos acusados:

"DECRETO No. 00263 de 1988.

"ARTICULO CUARTO: Adjudicar, conforme a lo establecido en los artículos 39 y 40 del Decreto 1066 de 1988, las rutas que a continuación se describen, a la Empresa de Transportes Lusitania S.A., de acuerdo a los factores que se establecen.

"FORMA DE CONTRATACION DEL SERVICIO: COLECTIVOS

"TIPO DE VEHICULOS: AUTOMOVILES

"NIVEL DEL SERVICIO: DE LUJO

"MODALIDAD DEL SERVICIO: DE PASAJEROS

"FORMA DE DESPACHO: DIRECTO

"CONTINUIDAD: REGULAR

"RUTAS

"RUTA No. 1: ALTAMIRA- FLORIDA- BUCARAMANGA.

RUTA No. 2: CARACOLI- BUCARICA- CARRETERA ANTIGUA-CENTRO- VICEVERSA

RUTA No. 3: LA CUMBRE- CENTRO- UIS- VICEVERSA

RUTA No. 4: EL REPOSO- ZAPAMANGA- CALDAS- CENTRO- VICEVERSA.

"PARAGRAFO: Para que las rutas descritas en el presente artículo operen en la jurisdicción que corresponde a Bucaramanga, de conformidad con el artículo 91 del Decreto 1066 de 1988, requerirán el visto bueno y asentimiento del señor Alcalde de Bucaramanga"

RESOLUCION No. 00001 de 1989

"ARTICULO TERCERO: Confírmase en todas sus partes el contenido del decreto No. 00263 de noviembre 22 de 1988".

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION OBJETO DEL RECURSO.

Considera el juzgador de primera instancia, en relación con las excepciones de inconstitucionalidad de los artículos 89 a 92 del Decreto 1066 de 1988 y falta de legitimidad por lo activa, presentadas por el apoderado de la Empresa de Transportes Lusitania S.A., tercera opositora, que, si bien es cierto el decreto 080 de 1987 en ninguna de sus normas se refiere a las autoridades metropolitanas como destinatarias de funciones del Intra, esta circunstancia no podía constituirse en obstáculo para que el Decreto 1066 de 1988, que lo reglamentó, otorgará competencia al Alcalde Metropolitano y a las respectivas juntas, porque dichas entidades son autorizadas por la ley y la Constitución para la adecuada promoción y prestación de servicios de dos o más municipios de un mismo departamento, por lo que no se observa flagrante violación de la Constitución Nacional por exceso en la potestad reglamentaria.

Que en lo que atañe a la excepción de falta de legitimación por lo activa, el no haberse propuesto oportunamente, dentro del término de fijación en lista, impide que se tengan en cuenta los argumentos contenidos en ella. Pero sin embargo, considera el *a-quo*, que cualquier persona puede, en interés de la legalidad, acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por tratarse de asuntos relacionados con la prestación de un servicio público que interesa a la comunidad.

Que, por lo demás al no haber variado los elementos de juicio que lo llevaron a decretar la suspensión provisional del acto acusado, como son la flagrante violación del mandato contenido en el artículo 91 del Decreto 1066 de 1988, al no tener en cuenta el Alcalde de Floridablanca el requisito de contar con la aprobación o consenso de las autoridades de los municipios del área metropolitana por los cuales pasan las rutas materia de adjudicación, se declaró la nulidad impetrada.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Manifiesta el impugnante que el artículo 164 del C.C.A., autoriza al juzgador para ocuparse de las excepciones de fondo que encuentra probadas, razón por la cual en lo que respecta a la falta de legitimación por lo activa, insiste, debe proferirse un fallo inhibitorio, si se tiene en cuenta que el acto acusado le otorgó a su representada una situación de derecho subjetivo que determinó que se le vinculara al proceso como tercero en interés directo, y que además, el mismo también afectaría situaciones

particulares de otros terceros, como el caso de los opositores, pues en el evento de prosperar sus demandas, la puerta que para ellos se había cerrado, podría quedar nuevamente abierta. Que sin embargo, el actor no ha acreditado ese interés directo, pues no ha probado ser empresario del transporte afectado real o parcialmente con los actos acusados, por lo que carece de legitimación .

Que, por otra parte, el Gobierno expidió en ejercicio de la potestad reglamentaria el decreto 1066 de 1988, y no podía so pena de exceder dichas facultades, hacer extensivas las autorizaciones contenidas en la ley 80 de 1987 a otro ente territorial denominado Area Metropolitana.

III. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

Conceptúa el Fiscal Primero de la Corporación que la sentencia se ajusta a la legalidad, y, por ende, no pueden prosperar las pretensiones del apelante, por cuanto el municipio de Floridablanca hace parte del Area Metropolitana de Bucaramanga, y en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1066 de 1988, para el establecimiento de rutas se requiere el consenso de las autoridades competentes y en el parágrafo del artículo 4o. del decreto 00263 de 1988, se está exigiendo un visto bueno pero posterior. Que, por lo demás, la Ordenanza No. 10 de noviembre de 1988 es clara al determinar que al Alcalde de Bucaramanga corresponde la vigilancia de la actividad transportadora municipal en la jurisdicción del área metropolitana, por lo que el decreto acusado pasó por alto el decreto 1066 de 1988 y la ordenanza antes citada.

Que, en cuanto a la excepción de inconstitucionalidad, las áreas metropolitanas están consagradas en la Constitución Nacional y organizadas por la ley, y su funcionamiento está encargado a las Asambleas, por lo que se constata no hubo la violación a la que se refiere el apelante.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

IV.1. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ACUSADOS

A través de las Resoluciones acusadas se dispuso - no obstante la oposición que presentaron otras empresas de transporte- adjudicar conforme a lo establecido en los artículos 39 y 40 del Decreto 1066 de 1988, una serie de rutas a la Empresa de Transporte Lusitania S.A. Es decir, que se creó en favor de la precitada sociedad una situación jurídica de carácter particular.

Como dichos actos administrativos no fueron demandados ante esta jurisdicción por las empresas de transporte opositoras a la adjudicación de las rutas señaladas en aquéllos, ni por otros terceros que no hubieren intervenido en la actuación administrativa

pero a quienes les pudiera haber afectado la decisión, ni por la propia Administración que los profirió, y se está en presencia, como se dijo, de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas individuales, particulares y concretas, se hace necesario dilucidar si contra ellas procedía la acción de nulidad incoada, o si es improcedente, conforme lo sostiene la empresa recurrente.

Para tal efecto, la Sala considera oportuno tener en cuenta los lineamientos jurisprudenciales trazados por esta Corporación para diferenciar la acción de nulidad de la de nulidad y restablecimiento de derecho (denominada de plena jurisdicción en la ley 167 de 1941).

IV.2. LAS ACCIONES DE NULIDAD Y DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Y SUS DIFERENCIAS

Como no obstante que el derecho procesal moderno, la doctrina y la jurisprudencia nacional y foránea han sido unánimes en la conclusión de que "la acción" es un concepto unívoco que no puede tener ninguna clasificación, porque todas las que se han hecho dicen relación con la pretensión, como cuando se habla de la acción ejecutiva, de la reivindicatoria o de la posesoria, o se refieren al significado de una determinada decisión, la legislación colombiana en materia contencioso-administrativa ha persistido en el criterio anterior de hablar de "acciones", en lugar de referirse a las diversas "pretensiones" que se pueden formular a través de la acción contencioso-administrativa, utilizando esa terminología legal, se hace indispensable establecer la distinción entre las denominadas "acción de nulidad" y "de nulidad y restablecimiento del derecho", según las concepciones jurisprudenciales que ha elaborado la Corporación, hasta el momento, y que se reducen a dos, según el estudio hecho por el H. Consejero, Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, en la ponencia que elaboró en el proceso promovido ante la Sección Primera de esta Corporación por Pedro Pablo Camargo, cuyo conocimiento no fue asumido recientemente por esta Sala por razones de orden estrictamente procesal, y que el Consejero que redacta la presente ponencia ha acogido, a saber:

"a) La de la naturaleza y contenido del acto, y

"b) La de los motivos y finalidades.

"a) **La doctrina de la naturaleza y contenido del acto:**

"Según esta teoría, que tuvo vigencia hasta el 9 de agosto de 1961, para diferenciar la acción de nulidad de la de plena jurisdicción (hoy de nulidad y restablecimiento del derecho), había que tener en cuenta la naturaleza interna del acto; si era creador de una situación jurídica general, únicamente procedía la acción de nulidad; si lo era de una situación jurídica de carácter particular, solamente cabía la acción de plena jurisdicción. Tal criterio jurisprudencial fue consagrado en sentencias de 13 de julio de 1938 (Anales Tomo XXXIV, página

637), de 15 de Septiembre de 1938 (Anales Tomo XXXV, página 915), de 9 de Diciembre de 1941 (Anales Tomo XLII, páginas 1196 y 1197), de 12 de Mayo de 1995 (Anales Tomo LXV, página 45), y de 1o. de Diciembre y 20 de Agosto de 1959 (Anales Tomos LXII páginas 45 y 685).

"b) **La doctrina de los motivos y finalidades:**

"1o. La sentencia de 10 de Agosto de 1961.

"Fue expuesta brillantemente por esta Sala en sentencia de 10 de Agosto de 1961, con ponencia del Consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta, en la cual se sostuvo que para distinguir las dos acciones no hay que tener en cuenta la naturaleza del acto sino los motivos determinantes y las finalidades que se persiguen a través de la acción.

"Para llegar a tal conclusión, se razonó así en dicha providencia:

"...En los artículos 62 a 65 de la ley 167 de 1941 se enumeran los actos de la administración susceptibles de enjuiciamiento ante la jurisdicción especial. En esos preceptos se relacionan decisiones de carácter reglamentario y objetivo, y providencias de naturaleza individual y subjetiva, no obstante esa enunciación indiscriminada de ordenamientos de una y otra clase, en el artículo 66 se dice que toda persona puede solicitar la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, siguiendo idéntico criterio de generalización, la regla 83 del mismo estatuto dispone que el contencioso de anulación puede ejercitarse en cualquier tiempo y contra todos los actos administrativos.

"Si en la ley se enumeran las decisiones acusables sin señalar distinciones entre providencias impersonales e individuales, y si a renglón seguido se dispone que la acción de nulidad es viable contra cualesquiera de tales ordenamientos, no aparece la razón para que la doctrina haya consagrado distingos que los textos repelen expresamente. Ni del tenor literal de esas reglas, ni del espíritu que las anima, se puede inferir que el recurso de anulación sólo proceda contra los actos generales y no contra las decisiones particulares. Por el contrario, la ley descarta semejante apreciación.

"No es la generalidad del ordenamiento impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación. El criterio a seguir para apreciar su procedencia es el que imponen esos mismos preceptos. Son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley, los elementos que sirven para identificarla jurídicamente y para calificar su procedencia. En los artículos 62 a 66 se repite insistentemente que "los motivos" que dan oportunidad a su ejercicio son la violación de la Constitución, de la ley y de las otras disposiciones superiores de derecho. Dentro de ese concepto de infracción de los estatutos quedan incluídos el abuso, la desviación de poder y la irregularidad formal, porque estas nociones, en realidad, son simples aspectos del fenómeno de la violación legal.

"De los preceptos en cita se colige que los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y que sus finalidades son las de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo. Pero como la causa y objetivo de la acción son incompatibles con la protección de derechos particulares, al utilizarla con este último propósito se desnaturaliza la esencia del sistema. Habría una simulación de motivos, de intereses y de fines que los textos rechazan implícitamente. La aceptación de ese sistema traería como consecuencia el desconocimiento de los mandatos legales sobre caducidad de la acción privada.

"Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas asignan a la acción. Es presumible esta similitud de causas y objetivos cuando se acciona por la vía del contencioso de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación contínua y permanente de la legalidad objetiva que afecta directamente a toda la comunidad y lesionan los derechos de todos en el presente y en el futuro. El posible interés que anime al demandante se diluye en el interés general de la sociedad. Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares. En este evento, el quebrantamiento de la legalidad no tiene el carácter de continuidad y permanencia, si no que es ocasional y episódico, y sólo afecta directa e inmediatamente a determinada persona.

"Cuando se utiliza el contencioso de anulación contra actos particulares, la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la ley.

"El contencioso popular de anulación es el contencioso exclusivo de la legalidad. Se desarrolla en torno de dos extremos únicamente: la norma violada y el acto violador. Las posibles situaciones subjetivas que se interpongan no juegan ningún papel en la litis. Es un sencillo proceso de comparación entre el derecho objetivo y la decisión administrativa que lo infringe, cuya finalidad es la de defender el orden jurídico en sí mismo.

Siguiendo el mismo proceso lógico, en los artículos 62 a 65 se enuncian las decisiones acusables ante la jurisdicción especial, sin establecer distinciones entre actos generales y particulares. A pesar de esa enumeración indiscriminada, en el artículo 67 se da acción a la persona lesionada en un derecho suyo para pedir que además de la anulación 'del acto' se le restablezca en el derecho. Las

situaciones jurídicas subjetivas pueden ser igualmente quebrantadas por una decisión reglamentaria que por una de contenido individual. El estatuto que infringe la Constitución o la ley, vióla simultáneamente el derecho de cada una de las personas protegido por aquellos ordenamientos superiores. Derecho objetivo y derecho subjetivo no son concepciones autónomas, sino nociones jurídicas que se complementan recíprocamente, como quiera que el uno no puede existir sin el otro. La ordenanza o el acuerdo que altere ilegalmente el régimen de la propiedad privada establecido en la Constitución y en las leyes, está modificado por el derecho subjetivo de cada uno de los propietarios. Quien acuse ese acto general por la vía del contencioso de plena jurisdicción, estará defendiendo el 'derecho suyo' reconocido por la norma civil o administrativa. Por esa razón, el artículo 67 habla de la anulación del 'acto', empleando esta locución en sentido genérico, que no en el específico de acto particular. Es texto legal no permite hacer esta distinción.

"De esta manera, en el precepto comentado se señala como motivo determinante de la acción de plena jurisdicción, el quebrantamiento de un estatuto civil o administrativo, pero sólo en cuanto ampara una situación jurídica subjetiva. La ley establece así el lindero preciso de los dos contenciosos. Dentro de ese orden de ideas, se indica que la finalidad de la acción de plena jurisdicción es la de obtener el restablecimiento del derecho a través de la declaratoria de anulación.

"El contencioso privado de plena jurisdicción es el contencioso del restablecimiento y de la responsabilidad estatal. En la regulación del artículo 67, la acción se desenvuelve en torno de estos tres elementos: la norma violada, el derecho subjetivo protegido por ella, y el acto violador de aquélla y éste. La decisión irregular de la administración infringe la regla legal y afecta de contragolpe la situación jurídica particular amparada por ella. Ya no hay un sencillo cotejo entre el precepto transgredido y el acto transgresor, porque entre esos extremos se interpone el derecho subjetivo lesionado cuya reparación constituye el objetivo esencial del recurso. Ese tercer elemento torna la simple violación en violación compleja, y la simple nulidad en nulidad con restablecimiento..."(subrayas fuera del texto). Anales del Consejo, año XXXVI, tomo LXIII, 392, 396, pág. 200 y ss.)".

"2o. **El auto de 8 de Agosto de 1972.**

"La doctrina de los motivos y finalidades fue aplicada en forma uniforme y reiterada por la Corporación a partir de 1961, pero fue objeto de aclaración en auto de esta Sala Plena de 8 de Agosto de 1972, con ponencia del Consejero doctor HUMBERTO MORA OSEJO. En esta providencia, se razonó así:

"...La Sala reitera la doctrina anteriormente expuesta, pero considera pertinente

hacer las siguientes aclaraciones:

"1. **La diferencia fundamental entre las acciones de nulidad y de plena jurisdicción consiste en que mientras aquélla tiene por objeto tutelar el orden jurídico abstracto** sobre la base de la vigencia del principio de la jerarquía normativa y origina un proceso que, en principio, no implica litigio o contraposición de pretensiones.....: **ésta, por el contrario, tiene por finalidad la garantía de derechos privados, civiles o administrativos, violados o conculcados por actos, hechos u operaciones administrativos, mediante sentencia que condene a la administración a restablecer el derecho o a resarcir el daño....".**

"...la acción de nulidad procede, en principio, contra todos los actos administrativos, generales o particulares, con el objeto de tutelar o garantizar el orden jurídico, como se ha expuesto; **pero si mediante la petición de nulidad del acto se pretende la tutela de derechos particulares, civiles o administrativos, para restablecerlos o precaver su violación,** como la Sala sostuvo en la mencionada sentencia, **se trata de una pretensión litigiosa, que se promueve contra la administración y que debe hacerse valer conforme al régimen de la acción de plena jurisdicción..."** (subrayas fuera de texto) (Anales Año XLVII, Tomo LXXXIII, números 435. 436. págs. 372 a 381)".

"3o. **El auto de 2 de Agosto de 1990**

La doctrina de los motivos y finalidades se mantiene aún vigente frente a la preceptiva de los artículos 84 y 85 del nuevo C.C.A. (Decreto-Ley 01 de 1984) (con las reformas hechas por los artículos 14 y 15 del Decreto-Ley 2304 de 1989), **pero fue objeto de modificación en el auto de 2 de Agosto de 1990, de la Sección Primera de esta Corporación, con ponencia del Consejero doctor PABLO J. CACERES CORRALES** (Expediente número 1482, actor Oswaldo Cetina Vargas), **en lo atinente a la procedencia de la acción de nulidad contra actos, particulares** pues, en dicho proveído **se llegó a la conclusión de que se circunscribe a los casos que expresamente ha señalado y señale en el futuro, la ley.** De tal auto, la Sala hace suyos los siguientes apartes:

"....Si observamos la evolución legislativa desde la ley 167 de 1941, Código bajo cuyo imperio se formuló la jurisprudencia de 1961, encontramos que la procedencia de la acción pública contra actos de contenido particular y concreto está precisamente regulada por la ley. El legislador colombiano ha venido considerando, en las diversas normas procesales expedidas desde 1941 hasta el Decreto extraordinario 2304 de 1989, cuáles relaciones individuales y concretas (creadas en el seno del derecho público) pueden afectar gravemente el orden jurídico y, por

supuesto, la vida social y, con esa presunción indiscutible(originada en la esencia política de la potestad legislativa), ha señalado expresamente los casos en que cualquier persona puede atacar ante el juez los actos administrativos de contenido individual.

"Veamos, como ejemplo, varias de estas previsiones en las cuales la ley faculta a los ciudadanos en general, sin que tengan que acreditar un interés privado, para intentar las acciones públicas contra actos particulares:

"a.- **El contencioso electoral.-** Con el fin de mantener la base democrática del sistema representativo fundamentado en el artículo 2o. de la Constitución, la ley procesal consagra la acción pública sobre actos electorales concretos. (Art. 223 y ss. del C.C.A.).

"b.- **Los contenciosos de nulidad de cartas de naturaleza.-** Con el fin de preservar la integridad misma de la Nación conformada por los colombianos según los principios del artículo 8o. de la Constitución Política. (Arts. 221 y ss. ibídem).

"c.- **Los contenciosos de nulidad de los nombramientos de empleados del control fiscal de la Nación.** En 1975 la Ley 20 (Art. 57) estimó de vital importancia para la eficacia y los fines del control fiscal, conferir a los ciudadanos la potestad de impugnar jurisdiccionalmente los nombramientos de los empleados de la Contraloría General de la República. Es un elemento de control popular frente a una institución que era necesaria someter a la mayor vigilancia posible según el concepto soberano del legislador colombiano producido en la coyuntura institucional que originó la ley 20.

"d.- **El contencioso de nulidad de los nombramientos ilegales de funcionarios.** El Decreto legislativo No. 2898 de 1953 confiere al Procurador General de la Nación la facultad de demandar, en cualquier tiempo, los nombramientos de funcionarios hechos en contra de las condiciones y exigencias legales. Existe un compromiso de orden público en esta excepción por tratarse del ejercicio de la función pública. (Para un análisis sobre la vigencia de esta acción de nulidad Cfr. C. de E. Sala Electoral. Sentencia del 24 de marzo de 1988, Consejero Dr. SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ. Actor: Procurador Regional de Neiva. Expediente No. E- 137).

"e.- **El contencioso de nulidad de marcas.** Establecido por el artículo 596 del Código de Comercio por causales especiales (arts. 585 y 586) y con una caducidad de cinco años.

"En todos los casos anteriores se trata de actos de contenido particular que la ley ha considerado de especial interés público y por ello ha entregado, expresamente, a los integrantes todos de la Nación colombiana, el derecho de impulsarlos ante la jurisdicción administrativa con el empleo de la acción de nulidad. Es interesante

anotar que la acción de nulidad no se distingue por el plazo de su utilización. La ley puede estimar que el ejercicio de la acción se someta o no a un término de caducidad, sin que tal lapso haga parte de su esencia. Lo básico en la definición del contencioso objetivo es el alcance de su titularidad. Cuando se consagra por la ley a favor de todas las personas o se adscribe como una función a los representantes del interés general de la Nación, podemos advertir que estamos en presencia de la acción de nulidad. En el caso listado arriba en la letra d) el Ministerio Público (Decreto legislativo 2898 de 1953) actúa en representación de la Nación y su demanda puede ser incoada a instancias o sugerencias de personas particulares que tienen conocimiento del nombramiento o la designación ilegal del funcionario en cuestión. Estas anotaciones sirven para destacar y distinguir dos situaciones: 1a.) cuando el representante de la Nación (el Ministerio Público, en el caso del Decreto 2898 de 1953) demanda en uso de la acción de nulidad expresamente consagrada para atacar los actos administrativos de contenido particular por existir una violación del orden superior, no necesita acreditar perjuicio o lesión algunos que haya recibido el Estado por efecto de las providencias acusadas. 2a.) cuando las entidades públicas demandan los actos particulares en el contencioso denominado en el derecho comparado **de lesividad,** es necesario acreditar ese daño pues se trata de una acción de restablecimiento del derecho como lo indicará la Sala más adelante. (Art. 136 del C.C.A.).

"La extensa y compleja legislación colombiana expedida a veces con la inspiración transitoria de la coyuntura político-social, ha considerado en el pasado otros casos similares a los anteriores, o, a veces, modalidades de las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho que, de todas maneras parten de un principio: el legislador es quien define exactamente la titularidad de las acciones y su alcance, siendo de todas maneras **excepcional** el permitir a cualquier persona atacar ante los jueces administrativos los actos de contenido particular y concreto. Jurisprudencialmente se han discutido esos casos debido a la dificultad técnica de precisar, dentro de nuestra metodología legislativa, su vigencia en medio de esa gigantesca normativa sustancial y procesal colombiana. (Cfr. Ley 135 de 1961, Ley agraria, art. 38, ya derogado).

" En consecuencia:

"a) **Utilización del contencioso de restablecimiento del derecho:** Cuando el acto administrativo que reconoce la situación particular y concreta o el derecho individual no tiene más alcance que el de la simple relación subjetiva, tal providencia causará estado y su demanda puede promover el juicio, siempre que el actor demuestre un interés y la presente dentro de los términos de caducidad de que habla el Código Contencioso Administrativo y las normas que lo complementen. En este sentido tiene plena aplicación la tesis de la ya citada jurisprudencia de 1961 porque únicamente con esta acción puede intentarse la anulación de los actos administrativos de contenido individual para obtener el

restablecimiento del derecho, pues el designio del actor se acomoda a los fines que la ley le atribuye al contencioso subjetivo. Esto explica que en la tramitación del juicio sean útiles y compatibles (por la remisión del art. 267 del C.C.A., al C. de P.C.), los instrumentos del procedimiento civil. Entre ellos se destaca la fijación de la cuantía, si es el caso, en función de la cuantificación del derecho o de la situación particular a discutir.

"Un caso especial dentro de esta hipótesis aparece en el inciso segundo del artículo 136 del C.C.A., que confiere a las Entidades públicas un término de dos años para intentar las acciones de restablecimiento del derecho y, en tratándose de actos que reconozcan prestaciones periódicas, en cualquier tiempo. (Cfr. inciso 3o.). La posibilidad de atacar sus propios actos en un juicio de restablecimiento del derecho es la institución que el derecho comparado (Español, fundamentalmente) ha denominado "recurso de lesividad". Varios principios están en juego dentro de su estructuración. Por una parte, los actos susceptibles de ser acusados de semejante manera, deben ser providencias declarativas de derechos individuales o de situaciones jurídicas de igual naturaleza. Esas providencias únicamente pueden ser revocadas, dentro de la actuación propia de la administración, en respuesta a la interposición de los recursos de la vía gubernativa o cuando, existiendo alguna de las causales de la revocación directa, el particular acepta expresamente la revocación. Si tales hipótesis no son viables ni se puede revisar de oficio el acto (revocación directa), sin el consentimiento del interesado, porque no tuvo su causa en medios ilegales (art. 73 inc. 2o.) la Entidad pública lesionada debe acudir a la jurisdicción administrativa para que mediante sentencia se lo anule, terminando así con su ejecutoriedad y la presunción de su legalidad. Unicamente en la vía jurisdiccional pueden, dentro de nuestro sistema jurídico, desaparecer esos reconocimientos que el Poder público hace de las situaciones y derechos individuales.

"El uso de la acción regulada por el inciso 2o. del artículo 136 (o recurso jurisdiccional de lesividad) supone que el acto sea declarativo de derechos y de contenido particular, porque si fuera de carácter general, la administración (es decir, la Entidad específica que dictó la providencia) posee la atribución de la derogatoria de sus propios actos abstractos, para cuyo ejercicio no necesita habilitación judicial alguna, o la acción de nulidad si se trata de un acto de otra persona jurídica de derecho público. Además, se requiere que la providencia resulte lesiva de los intereses públicos (económicos o de otra naturaleza) y contradiga el orden jurídico, porque la primera pretensión es la declaratoria de nulidad respaldada en el desconocimiento anotado. No se pueden alegar por la Administración, para lograr la anulación, motivos de conveniencia según las orientaciones de práctica de los Gobiernos, porque el problema se ubica no en el campo puramente jurídico. Si el acto se ajusta al orden vigente estará destinado a permanecer incólume aunque la Entidad pública alegue y pruebe una lesión objetiva. Ese daño no será ilegal porque la normativa superior respalda la validez

de la decisión administrativa atacada con estos mecanismos. Igual cosa ocurre con los particulares que, por ejemplo, reciban una sanción por el Estado. Si su aplicación se apoya plenamente en el orden jurídico, la afectación o disminución del derecho es legal y debe ser ejecutado. Claro está, que en nuestro sistema, no es necesaria la previa declaración administrativa de la lesividad como un presupuesto para intentar este tipo de acción, como ocurre, por ejemplo, en España. La ley exige, sin embargo, que el daño irrogado por el acto demandado se exprese en el mismo libelo con el cual se ejerce la acción.

"La ley ha limitado, pues, la propia facultad del Estado de atacar sus actos ante la jurisdicción administrativa y ha ubicado esta atribución en el ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho.

"b) **Utilización del contencioso objetivo de nulidad.** Los actos administrativos de carácter general son objeto de la acusación mediante la acción de nulidad en todos los casos por determinación del artículo 216 de la Constitución Política y de los artículos 82, 83, y 84 del C.C.A. que lo desarrollan. Su titularidad pertenece a cualquier persona pública o privada. Esta es la regla común y obvia. **Pero cuando el acto administrativo cree o reconozca una situación o un derecho individuales que, a juicio del legislador, afecten de alguna manera el ejercicio general de los derechos y libertades, impida su efectividad o sea incompatible con el orden jurídico y los fines del Estado, es atacable por la vía de la acción pública de nulidad, siempre y cuando la Ley haya previsto el uso de ese contencioso objetivo contra el acto individual.** Si la Ley no establece concretamente la acción popular y objetiva contra el tipo de acto subjetivo que se pretenda atacar ante el juez administrativo, tal providencia no será posible juzgarla en esa vía. Sólo de esta manera se asegura la compatibilidad de los propósitos del actor con los fines de las acciones contenciosas y, ante todo con la seguridad que el orden jurídico garantiza para las relaciones creadas conforme a la ley que, por ello, han causado estado.

Es de vital importancia anotar en favor de lo aquí sostenido que si la facultad de los ciudadanos de atacar jurisdiccionalmente actos administrativos de contenido subjetivo no tuviera ilimitación alguna y la acción del artículo 84 se pudiera emplear indiscriminadamente, no sólo contra los actos generales o reglamentarios, sino contra todos aquéllos creadores de situaciones particulares, derechos o relaciones de esta naturaleza, sin excepción alguna, carecería totalmente de sentido que la Ley hubiera establecido expresamente las acciones de nulidad en los casos arriba listados y en otros que, seguramente, la sabiduría del legislador dispondrá en su oportunidad. En tal supuesto bastaría la simple acción de nulidad de que habla el artículo 84 del C.C.A., para gobernar todas las hipótesis en que se impugnaran actos particulares por cualquier persona.

"Lo contrario es dejar al garete, a la deriva y sin gobierno los derechos individuales y quitarle a los actos administrativos particulares la virtud de ser ejecutorios. Es, sencillamente, acabar con el principio básico de la seguridad de las relaciones jurídicas que vertebra el derecho colombiano y le hace indispensable en el mantenimiento del sistema político. La misma Administración, al perder el privilegio de la ejecutoriedad, se encontraría en incapacidad de hacer cumplir lo dispuesto en sus providencias expuestas al ataque generalizado de cualquier persona.

" Es evidente que en tales circunstancias el desquiciamiento del orden jurídico sería inminente.

" La virtud ejecutoria de los actos administrativos de contenido particular tienen la doble atribución de permitir a la Administración ejecutarlos y aplicarlos tan pronto hayan causado estado y, así, satisfacer la obligación constitucional de las autoridades. Pero, además, el facilitar a las personas el empleo de los medios procesales para hacer valer sus derechos y darles la eficacia que les da la Constitución. La firmeza de los actos subjetivos, causada por la operación de la vía gubernativa o por las demás hipótesis legales, es la base de las relaciones jurídico-sociales y el elemento de la dogmática jurídica que posibilita, prácticamente, la integración del derecho en los intercambios y situaciones civiles de los asociados. Este principio es el que opera igualmente en las relaciones de derecho privado, **La certeza y la eficacia de los derechos reconocidos por la ley y los actos jurídicos concretos es la base del orden jurídico y, al mismo tiempo, su propósito...** (subrayas fuera de texto)".

"El pronunciamiento anterior, a juicio de la Sala, suministra certeza y seguridad jurídica a los derechos y situaciones jurídicas particulares, pues con la precisión que ha hecho el legislador, los actos que los reconozcan no pueden quedar sujetos a que en cualquier momento puedan ser cuestionados jurisdiccionalmente a través de la acción de nulidad.

"4o. **El auto de 16 de Mayo de 1991.**

"Esta Sala, en la providencia mencionada, con ponencia del Consejero Doctor ALVARO LECOMPTE LUNA, acepta que la ley ha señalado algunos casos en que procede la acción de nulidad contra actos particulares:

"...Unicamente en el caso de que la situación particular incida en los derechos ciudadanos, del Estado, de las libertades de los asociados y de la comunidad en general al trastornar el orden jurídico y los principios de la igualdad o equidad. Como ese acto administrativo, no obstante referirse a una situación individual o particular, tendría repercusiones de alcance general, es posible acudir a la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad simple. Así por ejemplo, **una acción de nulidad muy especial perfectamente posible, es la que se**

dirige contra actos electorales o de nominación concretos, al tenor de los arts. 223 y ss., del C.C.A., porque con esa acción ciudadana se busca, se tiene la finalidad de mantener o de proteger la pureza de las elecciones, populares o no, amén de que se nombren personas para la función pública con completo arreglo de las leyes, salvo la caducidad propia de la misma. Así por ejemplo, no obstante que **una carta de naturalización** confiere a una persona determinada un derecho concreto e individual, **es posible que cualquier persona haga uso de la acción de nulidad especial contra ese acto,** porque éste puede afectar la integridad de la nacionalidad al ignorar los principios que enmarcan el título II de la Carta de 1886, **y por eso los arts. 221 y ss. del C.C.A., la autorizan.** Así por ejemplo, **es posible incoar acción de nulidad especial, con caducidad de cinco años, contra actos referentes a marcas, conforme a los arts. 585, 586 y 596 del Código de Comercio.** Hay muchos otros ejemplos en los que es evidente la posibilidad de acción de nulidad, aunque sea especial, contra actos de contenido particular e individual. (subrayas fuera de texto). (Expediente número S-180 Actor: Juan Claudio Morales González).

"La doctrina de los motivos y las finalidades frente a los artículos 84 y 85 del Decreto Ley 01 de 1984.

"El auto de 2 de Agosto de 1990 de la Sección Primera demuestra que, pese a las aclaraciones hechas en la sentencia del 8 de Agosto de 1972, y las que se hacen en dicho proveído, la teoría de los motivos y finalidades conserva aún vigencia frente a la preceptiva de los artículos 84 y 85 del C.C.A. (con las modificaciones anotadas), y justifica que la Sala reitere dicha doctrina, con las rectificaciones mencionadas, de la siguiente manera:

"Para establecer la diferencia entre la acción de nulidad, que consagra el artículo 84 del C.C.A., de la de nulidad y restablecimiento del derecho, que consagra el artículo 85 ibídem, no es necesario tener en cuenta la naturaleza del acto; si es de carácter general o particular, sino los motivos determinantes de la acción y las finalidades que se persiguen a través de la misma.

"IV.3. PROCEDENCIA DE LAS DOS ACCIONES.

"La acción de nulidad procede contra los actos generales y aquellos actos particulares que la ley señala, y señale en el futuro, expresamente, si tienen como motivos determinantes la tutela del orden jurídico y la legalidad abstracta sobre la base del principio de la jerarquía normativa y si persiguen como finalidad someter a las entidades públicas y a las personas privadas que desempeñen funciones administrativas al imperio del derecho objetivo.

"Los actos de carácter particular susceptibles de enjuiciamiento a través de la acción de nulidad, que señala expresamente la ley, son: 1o.): Los actos electorales concretos (artículos 223 y siguientes del C.C.A.); 2o. los contentivos

de cartas de naturaleza (artículos 221 y siguientes *ibídem*); 3o.): los de nombramientos de empleados del control fiscal de la Nación (artículo 57 de la Ley 20 de 1975); 4o.) los de nombramientos ilegales de funcionarios (artículo 9o. del Decreto Legislativo 2898 de 1953; los de patentes (artículos 567 del C. Co.); 6o.): los de certificados de dibujos o modelos industriales (artículo 580 *ibídem*); 7o). los de certificados de marcas (artículo 596 *ibídem*); y 8o.): las resoluciones de adjudicación de baldíos expedidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria-INCORA-(artículo 13 de la Ley 30 de 1988, subrogatorio del artículo 37 de la Ley 135 de 1961).

"La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por su parte, cabe contra los actos de carácter general y de carácter particular si se tienen como motivos determinantes de su ejercicio el quebrantamiento de un estatuto civil o administrativo, en cuanto ampare una situación jurídica subjetiva, y si tiene como finalidad la garantía de los derechos privados, civiles o administrativos, violados por un acto administrativo.

"IV.4. DIFERENCIAS PROCESALES.

"Entre la acción de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho, existen principalmente las siguientes:

"1o.) **Titular:**

"La acción de nulidad puede proponerse por regla general por cualquier persona (artículo 84 del C.C.A.), salvo dos excepciones: a): la que va dirigida contra los actos de nombramiento de empleados del control fiscal de la Nación, que puede ser incoada por los ciudadanos (artículo 57 de la Ley 20 de 1975); y b): la de los actos de nombramientos ilegales de funcionarios (artículo 9 del Decreto Legislativo 2898 de 1953), que sólo puede ser instaurada por el Procurador General de la Nación.

"La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por su parte, solamente puede ser incoada por la persona que ha sido lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica.

"2o.) **Terceros:**

"En la acción de nulidad puede figurar como tercero cualquier persona a título de coadyuvante o impugnante (inciso 1o. del artículo 146 del C.C.A.); mientras que en la de nulidad y restablecimiento del derecho sólo lo puede hacer quien demuestre un interés directo en las resultas del proceso (inciso 2o. del mismo precepto).

"3o.) **Pretensiones:**

"En la acción de nulidad solamente se puede impetrar la nulidad del acto (artículo

84 ibídem); mientras que en la de nulidad y restablecimiento del derecho se puede impetrar la nulidad del acto y el restablecimiento del derecho, o la reparación del daño, que comprende: a): la sustitución, modificación o reforma del acto acusado; y b): el pago de las indemnizaciones o prestaciones correspondientes (art. 85 *ibídem*).

"4o.) **Caducidad:**

"Por regla general, la acción de nulidad puede incoarse en cualquier tiempo, es decir, es incaducable (artículo 136 ibídem), salvo tres excepciones: a) la de los actos electorales que caduca a los veinte (20) días (artículo 7o. de la Ley 14 de 1988); la de los certificados de marcas, que caduca a los cinco (5) años (artículo 596 del C.Co.); y c) la de los actos de adjudicación de baldíos, que caduca a los dos (2) años (artículo 13 de la Ley 30 de 1988).

"Por el contrario, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por regla general, según el artículo 136 del C.C.A., caduca al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, si se trata de acto expreso; o a partir del día siguiente a aquél en que se configura el silencio negativo, si se trata de un acto presunto. Ese término de caducidad varía en dos casos: a) si el demandante es una entidad pública será de dos años; y b) contra los actos de adjudicación de baldíos proferidos por el INCORA será de dos (2) años, contados desde la publicación cuando ella sea necesaria, o desde su ejecutoria en los demás casos. Excepcionalmente esta acción es incadulcable cuando va dirigida contra los actos que reconozcan prestaciones periódicas (inciso 3o. ibídem).

"5o.) **Desistimiento:**

La acción de nulidad es indesistible por tener como mira el interés público o general de la comunidad; mientras que la de nulidad y restablecimiento del derecho es desistible por sólo estar en juego el interés individual del accionante (artículo 15 del C.C.).

"6o.) **Perención:**

" Los procesos de nulidad no son susceptibles del decreto de perención; mientras que los de nulidad y restablecimiento del derecho sí (artículo 148 del C.C.A.).

"7o.) **Suspensión Provisional:**

"Para que se decrete la medida precautoria sólo se requiere demostrar en la acción de nulidad la violación manifiesta de la norma superior en la acción de nulidad la violación manifiesta de la norma superior del derecho, debe demostrarse además, en forma sumaria, el perjuicio que la ejecución del acto causa o podría causar al actor (artículo 152 *ibídem).*

"8o.) **Efectos de la sentencia:**

"En la acción de nulidad la sentencia es declarativa y produce efectos erga omnes (artículo 84 ibídem); mientras que en la de nulidad y restablecimiento del derecho es prevalentemente de condena y produce efectos inter partes (artículos 85 y 170 ibídem).

"9o.) **Condena en costas:**

"No cabe en los procesos de nulidad; mientras que en los de nulidad y restablecimiento del derecho sí (artículo 171 ibídem).

"10o.) **La Conciliación:**

"No cabe en los procesos de nulidad; mientras que en los de nulidad y restablecimiento del derecho sí (artículo 59 de la Ley 23 de 1991).

V. EL CASO SUB-JUDICE.

Teniendo las resoluciones demandadas, el carácter de actos particulares resulta incuestionable, a la luz del análisis hecho en esta parte considerativa, que no son susceptibles de enjuiciamiento a través de la acción de nulidad, dado que la ley no ha autorizado el ejercicio de la misma respecto de los actos relativos a la adjudicación de rutas de transporte urbano.

Tal conclusión, no es fruto de divagación, sino de una sujeción con fidelidad a la ley, la cual ha señalado en forma expresa los actos de carácter particular demandables por medio de la acción de nulidad con ello, como se anotó antes, salvo los casos excepcionados por la propia ley, se da certeza y seguridad jurídica a tales actos jurídicos, como a los derechos y situaciones jurídicas que de ellos se derivan.

Por lo demás, no siendo el demandante persona con interés directo en la actuación administrativa dentro de la cual se produjeron los actos acusados, ni tercero que, no obstante no haber intervenido en aquélla y en la vía gubernativa subsiguiente, resultará afectado con la decisión administrativa. debe concluírse que no estaba legitimado para accionar por la vía del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del C.C.A., si se interpretara por esta Sala la demanda y se considerara que la acción contenciosa realmente promovida por el actor fuera aquélla y no la de simple nulidad, que, como se ha dicho, tampoco era la procedente contra actos de la naturaleza de los enjuiciados.

Por consiguiente, deberá revocarse la sentencia apelada, para en su lugar, declararse la Sala inhibida para hacer un pronunciamiento de fondo por falta de legitimación en causa, por activa.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público.

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Santander con fecha 22 de mayo de 1990, y, en su lugar, se declara inhibido para conocer de la acción propuesta por falta de legitimación en causa de la parte demandante.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de las providencias de fechas 10 de agosto de 1961 con ponencia del Dr. GUSTAVO ARRIETA, auto de 8 de agosto de 1972 con ponencia del Dr. HUMBERTO MORA OSEJO, auto de 2 de agosto de 1990 proferido por la Sección Primera con ponencia del Dr. PABLO J. CACERES CORRALES Exp. 1482 y auto de 16 de mayo de 1991 con ponencia del Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA, Exp. S-180.

MONOPOLIO RENTISTICO- Explotación/ **ECOSALUD/ JUNTA DIRECTIVA-**Funciones/ **SUSPENSION PROVISIONAL.**

Las funciones que a ECOSALUD asignan los actos acusados no guardan relación con los aspectos referentes a costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad y la forma de distribuir el producto resultante de las ventas netas y las utilidades que puede hacer dicha sociedad, a que se contrae el artículo 43 de la Ley 10 de 1990. Si bien es cierto el artículo 26 del Decreto Ley 1050 de 1968 consagra en su literal a) la facultad de las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado de "formular la política general...", no lo es menos que tal facultad esta afecta a la política general del ORGANISMO, como sería en este caso precisamente la relativa a los aspectos reseñados anteriormente del artículo 43 de la Ley 10 de 1990, que resulta diferente de la política general sobre organización, administración, control y explota-

ción de los monopolios rentísticos, que en su momento pudo haber regulado la referida Ley 10 de 1990, lo cual no hizo, y que ahora en virtud del precepto contenido en el inciso 3o. del artículo 336 de la Carta Política, se evidencia aún más que tal regulación requiere hacerse a través de una ley, en este caso, de iniciativa gubernamental.

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

Consejero Ponente: *Doctor: Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2957. Acción: Nulidad. Actor: Jaime Vidal Perdomo.

Se decide el recurso de reposición interpuesto por la apoderada de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud ECOSALUD-. contra el proveído de 30 de Junio de 1994, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos de los literales a) y c) del artículo 2o. del Decreto Reglamentario No. 2433 de 29 de Octubre de 1991, expedido por el Gobierno Nacional "por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 43 de la Ley 10 de 1990".

I.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La inconformidad de la recurrente puede resumirse así:

1-. La Ley 10 de 1990 en su artículo 43 autorizó la constitución y organización de una sociedad de capital público hoy ECOSALUD S.A., cuyo objeto fuera la explotación y administración del monopolio rentístico creado por el artículo 42 de la misma Ley en beneficio del sector salud.

Como sociedad que es cuenta con socios como la Nación, los Departamentos y el Distrito Especial de Bogotá, y como empresa industrial y comercial del Estado se encuentra vinculada al Ministerio de Salud.

Por lo anterior es obvió que en su Junta Directiva, presidida por el propio Ministro de Salud, se puedan fijar las políticas que desarrollen la Empresa.

En efecto, el artículo 26 del Decreto Ley 1050 del 1968 dispone en su literal a) como funciones de las Juntas o Consejos Directivos, la de "formular la política general del organismo y los planes y programas que, conforme a las reglas que prescriban el Departamento Administrativo de Planeación y la Dirección General de Presupuesto, deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y, a través de éstos, a los planes generales de desarrollo".

2-. El Decreto 2433 de 1991 en las normas acusadas no está atribuyendo nuevas funciones a ECOSALUD S.A., sino desarrollando los mandatos de la Ley 10 de 1990, que ordena que la empresa se encargue de la administración y explotación del

monopolio, lo cual no podría realizar sin las pautas o políticas de su Junta Directiva.

3-. El artículo 336 de la Constitución Política ordena la expedición de una ley que regule las materias de los monopolios rentísticos. En materia de monopolio de juegos de suerte y azar la Ley existente es de Ley 10 de 1990 que determina cómo se desarrollará el ejercicio de éste por la empresa que se crea para tal efecto. La regulación de estos juegos sólo puede hacerla la empresa, la cual conoce las circunstancias económicas y financieras y las modalidades técnicas y operativas de cada uno de dichos juegos, según sus especificidades.

4-. En este caso no existe violación alguna y menos flagrante como lo exige la ley, por lo cual no existe argumento para la suspensión provisional.

II-. LA DECISION

Para resolver **se considera:**

Esta Corporación accedió al decreto de suspensión provisional de los efectos de los literales a) y c) del artículo 2o. del Decreto 2433 de 29 de octubre de 1991, que dispusieron como facultades de ECOSALUD las de "fijar la política general de explotación de juegos de suerte y azar de que trata la ley 10 de 1990" y "regular su operación", por cuanto al confrontarlos con el artículo 43 de la Ley 10 de 1990 que dicen reglamentar, consideró la Sala que excedían los términos de ésta, a quien correspondía determinar todos los aspectos referentes al monopolio establecido como arbitrio rentístico.

Esta consideración conserva plena virtualidad. En efecto, las funciones que a ECOSALUD asignan los actos acusados no guardan relación con los aspectos referentes a costos y gastos de inversión , producción, administración, venta y publicidad y la forma de distribuir el producto resultante de las ventas netas y las utilidades que puede hacer dicha sociedad, a que se contrae el artículo 43 de la Ley 10 de 1990.

Y si bien es cierto el artículo 26 del Decreto Ley 1050 de 1968 consagra en su literal a) la facultad de las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado de "formular la política general...", no lo es menos que tal facultad está afecta a la política general del ORGANISMO, como sería en este caso precisamente la relativa a los aspectos reseñados anteriormente del artículo 43 de la Ley 10 de 1990, que resulta diferente de la política general sobre organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos, que en su momento pudo haber regulado la referida Ley 10 de 1990, lo cual no hizo, y que ahora en virtud del precepto contenido en el inciso 3o. del artículo 336 de la Carta Política, se evidencia aún más que tal regulación requiere hacerse a través de una ley, en este caso, de iniciativa gubernamental.

Las anteriores razones conducen a la Sala a confirmar el proveído recurrido, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

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

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto de 30 de junio del presente año.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 5 de Septiembre de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

FUEL CONTROL- Pérdida/ **INFORMATIVO ADMINISTRATIVO/ TESTIMONIO DE OIDAS**-Valor Probatorio/ **INDICIOS GRAVES**-Inexistencia

Para que el hecho de haberse encontrado en poder del demandante un elemento similar al extraviado pudiera tomarse como indicio grave en su contra de que también se sustrajo el que fue objeto de la investigación, era menester acreditar que el elemento similar lo obtuvo ilícitamente por lo cual fue declarado responsable, pues sólo así puede partirse de la premisa de que si en la Institución se han perdido repuestos o accesorios y en algunos casos la responsabilidad ha recaído sobre el demandante, a quien la generalidad de los comentarios lo señalan como la persona responsable de tales pérdidas, se admita la conclusión de que también sea la responsable de la perdida objeto de los actos acusados. Ninguno

de los testimonios que sirvieron de fundamento para la expedición de los actos acusados pueden configurar indicios graves en contra del demandante dado que, como lo hizo notar el *a-quo*, se trata de testimonios de oídas. Si se analizan en su conjunto los testimonios se llega a la conclusión que a ninguno de los declarantes les consta el hecho de que el demandante haya sido quien se sustrajo el elemento objeto de la investigación. Además, según el comentario general, fuera del demandante había otras personas sospechosas. En estas circunstancias tales declaraciones no pueden ser consideradas como indicios graves que comprometan la responsabilidad del demandante.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de Septiembre de mil novecientos noventa y cuatro 1994.-

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2839. Recurso de apelación contra la sentencia de 2 de Septiembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor : José Vicente García Ortiz.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia de 2 de Septiembre de 1993, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró nulos los fallos administrativos acusados; y, como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, dispuso: que el actor no está obligado al pago ordenado en los actos anulados; y la devolución actualizada de las sumas a él descontadas por tal concepto.

I. ANTECEDENTES

I.1- El señor JOSE VICENTE GARCIA ORTIZ, a través de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., tendiente a que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

a): Se anulen los fallos de primera instancia de 17 de Abril y 22 de Julio de 1991, proferidos por el Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana y el Comandante General de las Fuerzas Militares, respectivamente, donde se le declara responsable de la pérdida de un Fuel Control, avaluado en la suma de $18.061.395.97.

b): Que como consecuencia de lo anterior, se le restablezca en su derecho, en el sentido de que no le sea descontada suma alguna de su pensión, ni le sea embargado ningún bien de su propiedad y, que en caso de haberse llevado a efecto cualquiera de las anteriores medidas, le sea devuelto lo descontado o embargado, teniendo en cuenta el lucro cesante, el daño emergente y la indexación correspondiente.

I.2.- En apoyo de sus pretensiones formuló, en síntesis, los siguientes cargos de

violación:

PRIMER CARGO:

Se violaron los literales a) y g) del artículo 7o. del Decreto 791 del 5 de Abril de 1979, por cuanto el 1o. señala que a quien le hayan sido encomendados bienes para su uso, custodia, administración o transporte, responderá personalmente por ellos y como quiera que al demandante no le fue entregado el Fuel Control a él cobrado, no se le puede responsabilizar.

En cuanto al literal g) del precitado artículo y Decreto, este establece que los elementos que no sean utilizados exclusivamente por una persona, sino que se encuentran al servicio de varias, estarán bajo la responsabilidad del respectivo comandante, gerente, director o jefe, por lo cual no se le puede responsabilizar al no haber ostentado ninguno de los anteriores cargos.

SEGUNDO CARGO:

Se violó el artículo 29 de la Constitución Nacional, al no seguírsele el debido proceso, pues el demandante no tuvo defensa con el supuesto de que no había sido localizado, no obstante que visitó en varias ocasiones la Base Aérea de Melgar y nada se le dijo al respecto. Además, no existió prueba en su contra que ameritará la sentencia dictada en el proceso administrativo, lo cual se deduce al analizar el acervo probatorio.

TERCER CARGO:

Fue desconocido el artículo 91 de la Carta, toda vez que se pretende responsabilizar a quien nada tuvo que ver y por el contrario se le exime de la misma al superior que es la persona sobre quien recae dicha responsabilidad, en tratándose de militares en servicio.

I.3-. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con ls expedición de la sentencia de 2 de Septiembre de 1993, que fue portunamente apelada por la demandada.

II-. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para acceder a las pretensiones de la demanda, el *a-quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

1-. Si bien es cierto que el Estado a través de los comandantes o autoridades competentes tiene la facultad para adelantar un informativo a fin de establecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se han infringido los reglamentos, la responsabilidad y la forma de sanción y determinar los perjuicios causados, no lo es menos que la acción administrativa que se adelante tiene unos principios rectores a los cuales debe ceñirse al analizar, calificar y fallar los informativos.

Debe entenderse por informativo administrativo, el conjunto de diligencias llevadas a cabo para establecer las causas, los responsables y el grado de responsabilidad, las cuales son el fundamento de los fallos de primera y segunda instancia, donde se exonera

o declara administrativamente la responsabilidad del acusado.

2-. Con el material probatorio recaudado en el proceso, se demostraron los siguientes hechos:

La Fuerza Aérea Colombiana adquirió, entre otros repuestos, un Fuel Control que ingresó al almacén (aunque no le figura salida), el cual quedó ubicado en la bodega de elementos de alto valor, que a su vez se encuentra dentro del almacén aeronáutico a cargo del D1 JAIME HERRERA TOVAR. El demandante TP. JOSE VICENTE GARCIA ORTIZ, laboraba en la Sección Hidráulicos, dependencia diferente del almacén aeronáutico.

3-. Como quiera que las pruebas allegadas al proceso deben ser apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 187 C. de P.C.), se señalan algunas peculiaridades de los testimonios tomados como fundamento para los fallos de primera y segunda instancia, así:

a): El Mayor JULIO CESAR GONZALEZ ESCOBAR, Comandante Escuadrón Abastecimientos, al ser preguntado sobre la forma como tuvo conocimiento de la pérdida de los elementos, afirmó que lo tuvo mediante información que recibió de los señores Tenientes JAIME IBARRA Y EDUARDO MONTOYA (folios 30 a 32).

b) A su vez, el Teniente JAIME IBARRA, al preguntársele cómo tuvo conocimiento del extravío de los elementos objeto de investigación, respondió que recibió dicha información del señor Teniente MONTOYA, el cual a su vez había sido informado de tales hechos, por un suboficial compañero (folio 36).

c) Por su parte, el Teniente LUIS EDUARDO MONTOYA, frente a la misma pregunta, expresó que al llegar de comisión fue informado por un suboficial técnico de mantenimiento, sobre la manipulación de un control combustible de HUGHES-500, por parte de una persona que nada tenía que ver con el equipo (folio 127).

4-. Las anteriores declaraciones son testimonios de "oídas", toda vez que lo que en ellos se relata, es la narración que sobre el hecho investigado o que se pretende demostrar, han efectuado otras personas.

5.- Si bien es cierto que los testimonios "de oídas" no deben ser desechados en forma absoluta, ya que no siempre es posible tener la prueba original, también lo es que, existiendo otros medios de prueba, debe procurarse su recepción, pues aquellos según la doctrina, no prueban el hecho sino las palabras.

6.- Por lo anterior, debe tenerse en cuenta la prueba original, esto es, la declaración del señor CARLOS ALBERTO HERRERA SANCHEZ, quien según obra en el expediente, fue el "testigo presencial de los hechos" y a la pregunta específica respecto de la información por él suministrada al Teniente MONTOYA en el caso del Fuel Combustible por parte del técnico GARCIA, manifestó no tener conocimiento alguno, así como el no haber hablado con el Teniente MONTOYA y mucho menos haberle dado información en el caso concreto del técnico segundo GARCIA.

7.- Es claro que el testimonio del señor HERRERA no ratifica lo manifestado por los testigos de "oídas" y sí, por el contrario, desvirtúa lo por ellos informado, por lo cual esta versión de quien se decía era "el testigo presencial de los hechos" y considerando que frente a éste no existe circunstancia alguna que haga sospechosa su declaración, desmiente las afirmaciones de los testimonios de oídas, de modo que deja carente de sustento cualquier cargo del cual pueda deducirse con claridad y certeza la responsabilidad sancionada en los actos acusados.

8-. No comparte la Sala la afirmación del ente demandado de que "con fundamento en todo lo expuesto, el Comando General considera que HERRERA SANCHEZ tuvo un motivo para negar que había informado al Teniente Montoya lo que éste comentó a sus superiores...", ya que no se demostró dentro del proceso la existencia de presión física o moral sobre el informante, además que en estricta lógica no es creíble una tesis semejante cuando quiera que sería un enfrentamiento muy desigual entre un miembro de un cuerpo armado y todo el estamento.

Respecto de los graves indicios encontrados en el desarrollo de la investigación, se hacen las siguientes apreciaciones:

La base indicadora de un indicio no puede ser otro indicio, pues no se puede injertar una presunción en otra para decidir un argumento probatorio ya que el valor de la presunción decrece a medida que se aleja de su centro.

En el caso de autos, el fallador de primera instancia en el expediente administrativo, analizó como indicios el hecho de la renuencia del demandante a comparecer a rendir diligencia de descargos; el que había sido visto en reiteradas ocasiones dentro del almacén aeronáutico; y los testimonios de "oídas".

Frente al primero, debe ser examinado en conjunto con las demás pruebas, de tal forma que el indicio no consista en mera sospecha o simple conjetura.

Respecto del segundo, en el expediente no aparece prueba plena sobre la preparación o práctica del ilícito adjudicado, razón por la cual no debe tenerse en cuenta; y en cuanto a los testimonios de "oídas" se reafirma lo expuesto anteriormente.

Siendo el indicio una prueba de difícil valoración, para otorgarle la calidad de plena prueba se debe aplicar el máximo rigor crítico y al no estar los llamados hechos indicadores plenamente probados, como en el caso subjúdice, se hace forzoso descartarlo, ya que no se configura ni siguiera un indicio grave de responsabilidad mínima, para poder sancionar administrativamente al actor.

9-. Al cargo de violación de los literales a) y g) del artículo 7o. del Decreto 791 de 1979 y del artículo constitucional que consagra el debido proceso, cabe señalar que no aparece demostrado que el bien objeto de controversia le haya sido encomendado al poderdante, ni que tampoco el investigado tuviera uno de los cargos enumerados en el literal g) al que ya se hizo referencia, por lo cual efectivamente se violó dicha norma, lo que conduce a la infracción del precepto constitucional y por ende el cargo prospera, toda vez que la autoridad administrativa no puede inventar trámites o procedimientos

no previstos en la ley, pues la función administrativa debe ejercerse dentro del principio de legalidad.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia de la recurrente con el fallo apelado pueden sintetizarse así:

1o.) No se tuvieron en cuenta todos los presupuestos procesales considerados por los falladores de primera y segunda instancia al proferir los actos administrativos que condenaron al actor al pago del elemento aeronáutico, por lo siguiente:

Al demandante le fue encontrado en su poder un control similar al extraviado, según lo manifestó el señor Teniente EDUARDO MONTOYA, quien por haber sido con anterioridad suboficial es conocedor muy a fondo de la indiosincrasia de sus compañeros.

No se probó que el actor fuera víctima de persecución por parte del personal de oficiales y que por ello se viera precisado a presentar las respectivas denuncias; además porque fue manifiesta la renuencia del mismo a ejercer su derecho de defensa, debiendo ser emplazado por edicto.

El análisis del *a-quo* no profundizó sobre "las premisas lógicas" que tuvieron en cuenta el Comandante de la Fuerza Aérea y el Comando General para proferir los actos acusados.

2o.): Algunos testimonios rendidos dentro del expediente administrativo deben ser apreciados en su conjunto, toda vez que indican que se está frente a un indicio grave de responsabilidad del demandante.

3o.): Se probó de manera amplia el indicio grave que se presentó en el informativo administrativo adelantado al actor con el lleno de los requisitos legales.

IV-. CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo se muestra partidaria que se confirme la sentencia apelada, porque, a su juicio, los hechos constitutivos de los indicios que dieron origen a la imposición de la sanción no se comprobaron, razón por la cual no se les puede atribuir eficacia probatoria.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El fundamento del recurso de apelación descansa en que el *a-quo* no tuvo en cuenta los siguientes indicios graves:

1-. El haber sido encontrado al demandante en su poder, un control similar al extraviado, según manifestación del Teniente Montoya.

Al respecto observa la Sala que dentro del expediente administrativo no obra prueba alguna que sustente el dicho del Teniente Montoya. Además, de ser cierto este hecho, tampoco constituye una inferencia lógica que pueda conducir a la conclusión de que el demandante se apropió del elemento objeto de la investigación, máxime cuando tampoco existe en el proceso prueba alguna que demuestre que por tal hallazgo se le inició una investigación en la cual se le demostró su responsabilidad. En otro giro, para que el hecho de haberse encontrado en poder del demandante un elemento similar al extraviado pudiera tomarse como indicio grave en su contra de que también se sustrajo el que fue objeto de la investigación, era menester acreditar que el elemento similar lo obtuvo ilícitamente por lo cual fue declarado responsable, pues sólo así puede partirse de la premisa de que si en la Institución se han perdido repuestos o accesorios y en algunos casos la responsabilidad ha recaído sobre el demandante, a quien la generalidad de los comentarios lo señalan como la persona responsable de tales pérdidas, se admita la conclusión de que también sea la responsable de la pérdida objeto de los actos acusados.

2-. El que no había sido comprobada la persecución al actor por parte de sus superiores, así como tampoco la instauración de las denuncias a que se hace referencia en los hechos.

Sobre este punto cabe observar que la no comprobación de tales hechos, es irrelevante y por lo tanto no es cuestión determinante para afirmar que con ello se configura otro indicio grave de responsabilidad contra el actor, porque aún habiendo sido probados, tal circunstancia no establecería la responsabilidad ni la exculpación del investigado.

3-. En cuanto a que el *a-quo* no profundizó sobre las "premisas lógicas" que tuvieron en cuenta los Comandantes de la Fuerza Aérea y de las Fuerzas Militares para la expedición de los actos acusados, no es cierta tal aseveración ya que él realizó un estudio profundo y serio sobre los hechos que dieron origen a la investigación que lo llevó a concluir que al demandante le fue conculcado el debido proceso, al haber sido sancionado bajo el supuesto de la existencia de unos indicios graves, que en realidad no lo fueron.

En efecto, ninguno de los testimonios que sirvieron de fundamento para la expedición de los actos acusados pueden configurar indicios graves en contra del demandante dado que, como lo hizo notar el *a-quo*, se trata de testimonios de oídas, además que confrontado el testimonio principal, esto es, el del Suboficial T2 Carlos Alberto Herrera Sánchez, señalado por el Teniente Montoya como el informante acerca de la sindicación del actor como responsable de la pérdida del elemento fuel control, afirmó: no haber tenido conocimiento sobre pérdidas o irregularidades relacionadas con repuestos o material aeronáutico; no haber hablado con el citado Teniente al respecto; y que aunque a nadie le consta, el comentario general en mantenimiento era que, entre otros, el demandante se llevaba los repuestos.

De tal manera que si se analizan en su conjunto los testimonios se llega a la conclusión que a ninguno de los declarantes les costa el hecho de que el demandante haya sido quien se sustrajo el elemento objeto de la investigación. Además, según el comentario general, fuera del demandante había otras personas sospechosas. En estas circunstancias tales declaraciones no pueden ser consideradas como indicios graves que comprometan la responsabilidad del demandante.

En conclusión, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 5 de Septiembre de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez* Rodríguez.

ACTO FICTO/ ACTO PRESUNTO/ RESERVA FORESTAL- Declaración/ **ACTO DE OCUPACION TEMPORAL/ PERJUICIOS/ PAGO/ DECLARACION JUDICIAL**

> **La no respuesta a la petición de pago de los mismos no es la causa de dichos perjuicios. Siendo ello así, mal puede considerarse como acto administrativo con efecto negativo, capaz de crear, modificar o extinguir una situación jurídica particular, individual y concreta a tal omisión de respuesta. Los perjuicios materiales y morales que, según los demandantes, se les han causado y constituyen el soporte de sus pretensiones, no tienen origen en el supuesto acto ficto o presunto que niega su reconocimiento sino en el hecho de la ocupación temporal del predio y en la declaratoria de zona de reserva forestal del área donde éste se encuentra que fue lo que les impidió ejercer los actos de señor y dueño, como por ejemplo llevar a cabo el proyecto de parcelación a que aluden en la demanda. Lo demandable sería el hecho de la ocupación y la declaratoria de reserva forestal, más no la omisión de respuesta a una petición de pago de perjuicios, máxime si a la Administración le está vedado reconocer y pagar suma alguna al respecto que no provenga de declaración judicial.**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santafé de Bogotá, D. C,. seis (6) de Septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Consejero Ponente: *Doctor: Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 2844. Recurso de apelación contra la sentencia de 5 de noviembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Actores: Esther Julia Bohórquez de Echeverri y Otros.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de los demandantes contra la sentencia de 5 de Noviembre de 1993, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por la cual se declaró inhibido para decidir sobre el fondo de la controversia.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. ESTHER JULIA BOHORQUEZ DE ECHEVERRI, VIDAL, MARIBEL y MAGALLY ECHEVERRI BOHORQUEZ, a través de apoderado, presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., tendiente a que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

1a): Es nulo el acto administrativo que mediante el silencio administrativo se profirió negativamente frente a la solicitud de perjuicios materiales y morales reclamados por los demandantes.

2a): Como consecuencia de lo anterior, el establecimiento público EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI, es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes, a que se refieren los hechos de la demanda, por haber ocupado el predio de su propiedad.

Los daños materiales comprenden: el valor total de lo que deben pagar los demandantes para hacer valer procesalmente sus derechos; los resultantes de la pérdida total del valor comercial que sufrió el predio de su propiedad a partir de la ocupación que la demandada hizo del mismo y la declaratoria como zona de reserva forestal; la suma de $232.000.000.oo que dejaron de percibir los demandantes en el proyecto de parcelación que iban a realizar; la valorización del predio; y el producto del trabajo en la actividad comercial que ejercen ellos a escalas mayores, que se estima en el 15% mensual del valor del predio ($211.120.000.oo) y la ganancia de la parcelación.

Los daños morales son el equivalente en pesos, desde la fecha de la providencia que los liquide, en gramo de oro fino, en la proporción admitida por la ley para cada uno de los demandantes, por el sacrificio sufrido desde que la demandada ocupó el predio que tenía un valor afectivo, además que con la prohibición de parcelarlo los demandantes han sido víctimas de la enemistad de profesionales que trabajaban en el proyecto.

I.2-. Como hechos relevantes de la demanda se destacan los siguientes:

1o): Con carta No. 2-GG-788 de 23 de Agosto de 1990, las Empresas Municipales de Cali se dirigieron a los demandantes para manifestarles a éstos la voluntad de devolverles el predio de su propiedad que por error ocuparon durante un tiempo y a la vez les advierten que dicho predio fue declarado zona de reserva forestal.

2o):En escrito de 2 de Octubre de 1990 los demandantes le reclamaron a la entidad el pago del daño emergente, incluídos en éste los perjuicios y el valor del predio, sin que se hubiera obtenido respuesta por lo cual operó el silencio administrativo negativo, quedando así agotada la vía gubernativa.

3o): Con base en el Decreto Extraordinario No. 00659 del 31 de Julio de 1986 (Código Urbano del Municipio de Cali) y en el Acuerdo No. 111 de 21 de Abril de 1987, se declaró como reserva forestal la zona donde se encuentra el predio. Ello obligaba a EMCALI a comprar dichos terrenos, lo cual no hizo, y por ello es que dicha entidad es la única responsable del no pago y de los perjuicios.

I.3-. Aducen los demandantes la violación de los artículos 5o. a 7o. y ss del C.C.A., concordantes con los artículos 42, 74 y 135 ibídem, y 30 de la Constitución Nacional de 1886 porque el derecho de petición y la garantía de la propiedad privada no fueron tenidos en cuenta en el acto acusado.

I.4-. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 5 de Noviembre de 1993, que fue oportunamente apelada por el apoderado de los actores.

II-. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para declararse inhibido de proferir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, considero el *a-quo,* en esencia, lo siguiente:

1o): Si se acepta la hipótesis de que hubo en realidad un acto administrativo, éste debió haberse controvertido ante la propia Administración a través de los recursos de la vía gubernativa. En efecto, se trataría de un acto resultante del ejercicio del derecho de petición y por lo tanto sujeto al análisis de la propia Administración antes de ser sometido a la controversia jurisdiccional. Ello es así porque el agotamiento de la vía gubernativa constituye un presupuesto procesal de la acción contenciosa administrativa, que al no cumplirse impide la iniciación del proceso.

2o): Desde otro punto de vista, y como simple observación de naturaleza procesal, la Administración no puede reconocer perjuicios por la vía del derecho de petición, pues conforme a disposiciones constitucionales, ella tan sólo puede pagar sumas previamente contempladas en el presupuesto o que hayan sido reconocidas judicialmente.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia del recurrente con el fallo apelado pueden sintetizarse así:

1o): El artículo 85 del C.C.A., autoriza a toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica para pedir la declaratoria de nulidad del acto administrativo y que se le restablezca en su derecho o se le repare el daño.

En este caso la Administración Pública- EMCALI- tomó una decisión el 23 de Agosto de 1990 que consistió en reconocer que por error había ocupado un predio de los demandantes. Frente a esta decisión que conlleva a decir que tal hecho no implicaría responsabilidad por parte del ocupante, los demandantes agotaron la vía gubernativa por escrito mediante el cual solicitaron la cancelación de los perjuicios ocasionados, el cual no obtuvo respuesta.

Se cumplieron los presupuestos del artículo 60 del C.C.A., y ningún recurso debían ni podían jurídicamente agotar, pues, conforme lo prevé el inciso 3o., ibídem, el silencio negativo implica pérdida de la competencia de la Administración para resolver los recursos.

2o): No estaban los demandantes haciendo uso del derecho de petición puesto que el oficio de EMCALI notificaba una decisión a la cual se refirieron aquéllos y es allí donde la Administración no responde y se configura el silencio administrativo, en este caso, negativo.

3o): Se demostró en el proceso la ocupación del predio, lo mismo que los perjuicios ocasionados.

Si se analizan la Ley 23 de 1991 y los Decretos Nos. 800 de 1991 y 2651 de 1992 se deduce que es factible frente a hechos como los planteados, realizar una conciliación.

Es extraño que el Tribunal se haya declarado inhibido por cuanto se admitió la demanda, se realizaron los trámites pertinentes y nunca se habló del agotamiento de la vía gubernativa. Además, el artículo 101 del C, de P.C., obliga a tomar las medidas conducentes a fin de evitar nulidades y sentencias inhibitorias.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A folios 23 y 24 del cuaderno principal obra el oficio No. 2-GG-788 de 23 de Agosto de 1990 dirigido por el Gerente General de las Empresas Públicas Municipales de Cali al señor Vidal Echeverri Bohórquez, en el cual el manifiesta que por equivocación se ocuparon terrenos de su propiedad y que la entidad ha decidido no adquirirlos y formalizar su devolución, reiterándole la reglamentación existente en la zona como área de reserva forestal.

Conforme obra a folio 8 ibídem, el demandante Vidal Echeverri Bohórquez, en carta dirigida el 2 de Octubre de 1990 a las Empresas Públicas Municipales de Cali, solicita el pago del daño emergente y el lucro cesante ocasionados como consecuencia de la invasión de terrenos de su propiedad.

De lo anterior y de los hechos y pretensiones de la demanda se deduce, inequívocamente, que los supuestos perjuicios de índole material y moral que reclaman los demandantes se originaron por la ocupación temporal del predio de su propiedad por parte de las Empresas Públicas Municipales de Cali y por la declaratoria del área donde se encuentra ubicado como zona de reserva forestal.

Luego, la no repuesta a la petición de pago de los mismos no es la causa de dichos perjuicios. Siendo ello así, mal puede considerarse como acto administrativo con efecto negativo, capaz de crear, modificar o extinguir una situación jurídica particular, individual y concreta a tal omisión de respuesta.

En otro giro, los perjuicios materiales y morales que, según los demandantes, se les han causado y constituyen el soporte de sus pretensiones, no tienen origen en el supuesto acto ficto o presunto que niegan su reconocimiento sino en el hecho de la ocupación temporal del predio y en la declaratoria de zona de reserva forestal del área donde éste se encuentra que fue lo que les impidió ejercer los actos de señor y dueño, como por ejemplo llevar a cabo el proyecto de parcelación a que aluden en la demanda.

Por tal razón, lo demandable sería el hecho de la ocupación y la declaratoria de reserva forestal, más no la omisión de respuesta a una petición de pago de perjuicios máxime si a la Administración le está vedado reconocer y pagar suma alguna al respecto que no provenga de declaración judicial.

Sostiene el recurrente que el Oficio de 23 de Agosto de 1990 contiene la decisión de reconocer el error en la ocupación del predio y lleva ínsita la de no responder por los perjuicios por lo cual la carta de 2 de octubre de 1990 constituye el agotamiento de la vía gubernativa.

Si en gracia de discusión se aceptara la tesis del recurrente, habría que concluir que la demanda sería inepta dado que los actores no inpugnaron el supuesto acto administrativo expreso sino tan sólo el que consideraron ficto o presunto, que operó respecto de la carta de 2 de Octubre de 1990, lo cual conduciría también indefectiblemente a un pronunciamiento inhibitorio.

Por las consideraciones precedentes habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 5 de Septiembre de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríquez Rodríguez.*

CONSEJO DE ESTADO BIBLIOTECA

REGISTRO DE MARCA-Renovación/ **ACCION DE NULIDAD**-Improcedencia.

El trámite de la solicitud de renovación del registro de una marca se circunscribe a una relación entre el interesado y la Administración, en el cual no procede la intervención de terceros ya que se trata de una simple prolongación en el tiempo del reconocimiento del derecho. El acto mediante el cual se accede a dicha solicitud es un acto administrativo que crea una situación jurídica de carácter particular y concreto. En el ordenamiento jurídico colombiano o comunitario no existe disposición alguna que expresamente consagre la procedencia de la acción de nulidad en contra de actos administrativos mediante los cuales se concede la renovación de registros marcarios.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., seis de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1811. Actor: Industrias Volmo S.A.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por Industrias Volmo S.A., en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra la Resolución No. 12.779 del 31 de diciembre de 1990, emanada de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, así como contra el acto presunto resultante del silencio administrativo negativo, al no haber respondido la administración hasta la fecha de la presentación de la demanda-, el recurso de apelación interpuesto contra el acto inicialmente identificado.

I.- ANTECEDENTES

a.- Las pretensiones de la demanda

La demanda instaurada busca, en primer término, se declare que ha operado el silencio administrativo negativo por no haberse resuelto el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 12.779 del 31 de diciembre de 1990. En segundo término, pretende la nulidad de los actos acusados, esto es, de la Resolución No. 12.779 y del acto presunto por el cual se entiende denegado el recurso de apelación interpuesto contra la resolución precitada. En consecuencia, se solicita la cancelación del certificado de renovación, otorgado mediante Resolución No. 12.779.

b.- Los actos acusados

Ellos son los siguientes:

1o.- La Resolución No. 12.779 del 31 de diciembre de 1990, mediante la cual la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, renovó el registro No. 14301 correspondiente a la marca GE, clase 9a. del Decreto No. 755 de 1972, durante el período comprendido entre el 10 de mayo de 1989 y el 10 de mayo de 1994.

2o.- El acto, por medio del cual se entiende despachado desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto contra la resolución a que se hizo referencia en precedencia.

c.- Los hechos de la demanda

Los hechos que cita el actor como fundamento de sus pretensiones son, en forma resumida, los siguientes:

En marzo 3 de 1989 la sociedad General Electric Company, presentó ante la Superintendencia de Industria y Comercio, División de Propiedad Industrial, la solicitud de renovación del registro No. 14.301, correspondiente a la marca GE, para distinguir productos comprendidos en la clase 9a. del Decreto 755 de 1972, solicitud a la que fue asignado el expediente No. 299.139.

Narra la actora que la entidad demandada, con base en una prueba que a su juicio era deficiente, por no reunir los requisitos de ley, mediante Resolución No. 12.779 concedió la renovación del registro No. 14.301.

Contra la resolución anteriormente mencionada, la apoderada de Industrias Volmo S.A., notificándose por conducta concluyente, interpuso recurso de apelación, habiendo transcurrido más de dos meses sin que a la fecha de la presentación de la demanda la administración hubiese resuelto dicho recurso, operando así el fenómeno del silencio administrativo negativo.

d.-Las normas presuntamente vióladas y el concepto de la violación

La demandante considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que, en forma resumida, se expresan a continuación (fls.26 a 29):

1o.- Se violó el artículo 70 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, (incorporado al ordenamiento jurídico colombiano mediante Decreto No. 1190 de 1978), por cuanto en éste se establece que "para tener derecho a la renovación, el interesado deberá demostrar ante la Oficina Nacional Competente respectiva que está utilizando la marca en cuestión en cualquier país miembro", por lo que mal hizo la División de Propiedad Industrial al considerar como prueba la copia de una página del directorio telefónico, para establecer que la Sociedad General Electric Company produce bienes o artículos comprendidos en la clase 9a. del Decreto No. 755 de 1972; que usa públicamente la marca cuya renovación solicita, para producir bienes por ella fabricados (cuando en el documento que aporta como prueba no aparece el nombre de dicha sociedad); y que el uso de la marca por parte de General Electric Company, se ha hecho antes de la fecha de vencimiento del registro marcario en cuestión, esto es, dentro del período de vigencia del registro cuya renovación se pretende.

2o- De igual manera considera la actora que fue violado el artículo 187 del C. de P.C., que señala que el juez apreciará las pruebas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, por cuanto insiste en que la prueba presentada por la Sociedad General Electric Company, no era apta para probar los presupuestos de hecho a fin de obtener la renovación de la marca, dándole la División de Propiedad Industrial a dicha prueba, un alcance que no tiene.

3o.- De igual manera se transgredió el artículo 177 del C. de P.C., que señala que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigan, así como el que los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, no requieren de prueba.

Lo anterior, por cuanto correspondía a las tantas veces mencionada General Electric Company probar (lo que considera la accionante no hizo), que producía bienes comprendidos dentro de la clase 9a. del Decreto 755 de 1972; que es ella y no los anunciantes de las páginas amarillas, quien usa públicamente la marca cuya renovación solicita y que el uso por parte de la misma se ha hecho antes de la fecha de vencimiento del registro marcario en cuestión y cuya renovación fue concedida mediante la resolución demandada.

e.- Las razones de la defensa

Tal y como se expuso en el auto admisorio de la demanda, por inferirse de los actos acusados que con ellos la sociedad General Electric Company - titular de la renovación de registro de marca impugnada - tenía interés directo en el resultado del proceso, se dispuso notificarle la demanda, sociedad que en su contestación y en el alegato de conclusión expresó, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 44 a 93 y 400 a 426).

A pesar de que Industrias Volmo S.A., instauró demanda de nulidad contra las resoluciones acusadas, en el fondo lo impetrado es una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Lo anterior por considerar la compañía en cuestión que Industrias Volmo S.A., tiene un claro interés en que se declare la nulidad de la Resolución No. 12.779 del 31 de diciembre de 1990, pues así podría seguir infringiendo libremente la marca GE, Registro No. 104.301 y apropiarse de tal marca, mediante las solicitudes de registro de marcas similares que presentó ante la División de Propiedad Industrial. Considera que además la sociedad demandante pretende evitar que General Electric Company inicie las acciones judiciales pertinentes en defensa de sus marcas, al poner *sub judice* su marca GE.

Apoya lo anterior en un extenso relato de la trayectoria de la General Electric Company, en el que menciona las diferentes marcas que ha adoptado hasta la fecha y el uso de las mismas, señalando que durante todo el tiempo que han estado vigentes los registros de sus marcas, tanto en Colombia como en el mundo, los ha usado para distinguir los productos de su fabricación. Agrega que dentro de sus marcas, la marca gráfica compuesta por las letras G y E entrelazadas, escritas en letra inglesa dentro de un círculo, aparece en todos los artículos producidos por la General Electric Company, siendo esta marca (entre otras a las que también se refiere), la que le ha dado la fama a sus productos, convirtiéndose mundialmente en marca notoria. Anota que esta marca está registrada en Colombia bajo el número 9753-A del 3 de julio de 1935, en la clase 9a. del Decreto 755 de 1972.

Relata también que General Electric Company tuvo conocimiento en 1987 de que Industrias Volmo S.A., fabricaba y comercializaba sin su autorización plantas eléctricas, utilizando sus marcas. Ante esta situación envió una carta a la citada sociedad, solicitándole se comprometiera a no infringir en el futuro sus marcas. Indica que el 27 de febrero de 1987, el representante legal manifestó respecto del contenido de la carta enviada, que prometía formalmente no fabricar en el futuro ningún artículo con la marca General Electric Company, a menos que contase con la debida autorización de la misma. Dicha promesa formal no fue cumplida, toda vez que a finales de 1990 la compañía tuvo conocimiento de que Industrias Volmo S.A., continuaba fabricando y vendiendo planchas, utilizando sin autorización sus marcas. Añade que en la intención de Industrias Volmo S.A., de aprovecharse de la fama de General Electric Company, se ve en forma clara la intención de confundir al público consumidor, con una presentación casi idéntica de los productos de las dos compañías (anexa fotografías para demostrarlo).

Además, General Electric Company tuvo conocimiento de que Industrias Volmo S.A., solicitó a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, el registro de las marcas Gelectric y Gelectric + gráfica en las clases 7a., 9a. y 11 internacional, todas las cuales corresponden a marcas confundiblemente semejantes a las marcas de propiedad de General Electric Company (G.E., y General Electric + gráfica).

Ante la situación descrita, General Electric Company envió a Industrias Volmo S.A., una carta de reclamo en la que le solicitaba abstenerse inmediatamente de producir, vender y comercializar cualquier clase de producto, usando las marcas de su propiedad exclusiva o usando expresiones confundiblemente semejantes con las marcas suyas, al igual que la destrucción de todas las planchas, avisos empaques y demás tipo de propaganda producidas en detrimento de sus derechos. De igual manera solicitó indemnizarla por los perjuicios morales y materiales ocasionados por las infracciones anteriores y el desistimiento ante la División de Propiedad Industrial, de las solicitudes de registro de marcas a las que se aludió anteriormente.

Continúa la apoderada de General Electric Company relatando que Industrias Volmo S.A., no respondió al reclamo, por lo que el 1o. de abril de 1991 hubo necesidad de enviarle nuevamente una carta, respondiéndola el 27 de mayo del mismo año en el sentido de que una vez estuviera el Presidente de la Compañía en Colombia, atenderían el correspondiente reclamo. Observa la apoderada que para la anterior fecha, la abogada de Industrias Volmo S.A., ya había interpuesto el recurso de apelación contra la Resolución No. 12779 del 31 de diciembre de 1990. Sigue indicando que no hubo respuesta al reclamo, a pesar de habérseles enviado otras cartas recordatorias. Agrega que posteriormente se tuvo conocimiento de que Industrias Volmo S.A., había solicitado el registro de las marcas Celectric, Celectric +gráfica, Selectric y Selectric+ gráfica en las clases 9a., 7a. y 11. Sostiene además que Industrias Volmo S.A., modificó la forma de utilización de las marcas de General Electric Company en las planchas y empaques, planchas que fueron vendidas por industrias Volmo S.A., como "General Electric", tal y como consta en un recibo que aporta como prueba, al igual que el listado de los centros de servicio autorizado (supuestamente de General Electric), donde aparece "Directo de Fábrica", figurando la dirección de Industrias Volmo S.A.

Por último, advierte que Industrias Volmo S.A., desistió ante la División de Propiedad Industrial de la solicitud de algunas marcas, modificó otras, pidió luego no tener en cuenta los desistimientos y finalmente volvió a modificar las solicitudes de registro de marca Electrica a Gelectric, con lo cual se observa que Industrias Volmo S.A., persiste en llevar a cabo actos de usurpación marcaria y de competencia desleal contra General Electric Company.

Concluye que con las pruebas que aporta con el escrito de contestación de demanda, se demuestra que la marca GE es una marca notoria que, como tal, tiene una protección especial. Observa que la marca notoria supone el conocimiento que de ella tiene un gran sector de la población, de tal forma que la marca es ampliamente conocida y si es conocida es porque ha sido usada en forma continua dentro de un determinado territorio y en una época específica. En consecuencia, si la marca es notoria es porque su uso también ha sido notorio, por lo que de acuerdo con el inciso 2o. del artículo 177 del C. de P.C., ni su existencia ni su uso requieren de prueba.

La apoderada de la General Electric Company propone como excepciones las siguientes:

1a. Inexistencia de la acción intentada: porque Industrias Volmo S.A., como tercero que es no puede intervenir en un procedimiento administrativo de renovación de una marca, en el que sólo pueden tomar parte la administración (División de Propiedad Industrial) y el interesado (titular de la marca). Sustenta su afirmación en los artículos 69 y 70 de la decisión 85 del Acuerdo de Cartagena. Señala que, en consecuencia, la actora no podía notificarse de la Resolución No. 12.779 del 31 de diciembre de 1990, ni apelarla ni demandarla ante la jurisdicción contencioso administrativa, esto último por cuanto siendo de contenido particular y concreto el acto administrativo mediante el cual se concede la renovación de un registro de marca, el mismo sólo puede ser impugnado a través de la acción de nulidad ejercida si existiese una disposición legal que expresamente la consagre, la cual no existe en el ordenamiento jurídico colombiano. Todo lo anterior conforme lo ha considerado la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de la providencia de 2 de agosto de 1990, de la cual fue ponente el Consejero doctor Pablo J. Cáceres Corrales.

De otra parte, tampoco se puede ajustar la acción impetrada a la especial de nulidad establecida en el artículo 596 del Código de Comercio, por cuanto ésta sólo se prevé para causales específicas de cancelación o de irregistrabilidad (art. 585 y 586 ibídem) de un registro de marca, dentro de un período de tiempo determinado, contado a partir de la fecha de registro de la marca. Debido a que al momento de los hechos el registro de una marca se otorgaba por cinco años, al permitirse la acción del citado artículo 596 del C. de Co. contra las renovaciones de marca, la acción de nulidad no estaría sujeta al término de caducidad establecido en la norma. Además, el Consejo de Estado actuaría como legislador, creando causales de irregistrabilidad diferentes a las consagradas en los artículos 585 y 586 del C. de C o los que los han sustituido, por cuanto en el trámite de renovación no se cuestiona la legalidad del registro marcario.

2a.- Falta de jurisdicción: porque la entidad competente para conocer de la cancelación de los registros de marca es la Oficina Nacional Competente (División de Propiedad Industrial), tal y como lo establece el artículo 76 del citado Acuerdo 85 y no el Consejo de Estado. Además porque la acción intentada por Industrias Volmo S.A., es el medio para inhabilitar la marca GE, lo cual esconde un conflicto de carácter particular que es de conocimiento de la justicia ordinaria y no de la jurisdicción contencioso administrativa.

3o.- Ausencia de poder: ni la División de Propiedad Industrial ni el Consejo de Estado, tienen poder para revivir un proceso legalmente concluido, cual es el de la renovación de la marca No. 14301, al admitir recurso o demandas contra el acto administrativo con que aquél termina.

4a.- Trámite diferente: sea que se trate de una acción de la que debe conocer la División de Propiedad Industrial o los jueces civiles del Circuito de Bogotá, ha debido tramitarse por el procedimiento establecido en el artículo 76 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena o por el procedimiento ordinario del artículo 396 del C. de P.C.

5a.- Indebida notificación: por no haberse entregado al momento de traslado de la demanda el poder que autorizaba a la apoderada de la demandante para apelar la

resolución impugnada, ni el Certificado de Existencia y Representación Legal de la misma.

6a.- Ausencia de causa: los fundamentos de derecho en los que basa la demandante la violación de norma superior, no existe.

Ahora bien: en su alegato de conclusión la General Electric Company reafirma en términos generales lo dicho en la contestación de la demanda e insiste en que se trata de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no de nulidad, razón por la que se encontraba vencido el término de caducidad y en consecuencia al Consejo de Estado no le es posible acceder a las pretensiones de la demandante.

Por último, invoca el fenómeno jurídico de la "Supervención" para contrarrestar lo alegado por la sociedad demandante en el sentido de que la General Electric Company no demostró el uso de la marca nominativa GE. Para explicar dicho fenómeno trae a colación la sentencia de esta Corporación proferida dentro del expediente No. 342, Sección Primera, Consejero Ponente Doctor Guillermo Benavides Melo, que en resumen dijo:

> "Esta situación especialísima... apareja o refleja justamente el fenómeno jurídico de la llamada Supervención o aparecimiento del nuevo derecho, esto es, la legalización de lo que antes era ilegal, la institucionalización de lo que otrora contrariaba el ordenamiento jurídico o la constitucionalidad sobreviniente que dice la Corte Suprema, equivalente a la superlegalización..."

Con la anterior sentencia pretende demostrar que como con los ordenamientos posteriores a la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, esto es, las decisiones 311, 313 y 314, no es necesario acreditar el uso de la marca para obtener la renovación del registro, el vicio de ilegalidad fundamentado en no uso de la marca ha desaparecido con la nueva ley, operando el fenómeno de la Supervención, lo que exime al Consejo de Estado de cualquier pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad de la prueba de uso.

De otra parte, la Superintendencia de Industria y Comercio expuso en la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión, los siguientes razonamientos para su defensa (fls. 96 a 98 y 397 a 399):

Se opone a las pretensiones de la demanda por cuanto carecen de apoyo jurídico y consiguientemente de sustento de derecho.

Respecto de la pretendida violación de las normas, aducida por la demandante, expresa que de conformidad con las atribuciones legales otorgadas a la entonces División de Propiedad Industrial, especialmente las contenidas en el entonces vigente Decreto Ley No. 1479 de 1976 y en la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, aquella expidió la Resolución No. 12779 del 31 de diciembre de 1990, previó cumplimiento del trámite administrativo establecido, respetándose el debido proceso y otorgándose a la General Electric Company, como titular exclusiva, plenas garantías para el ejercicio del derecho de defensa, tal y como consta en el expediente No. 299139.

Destaca que el registro marcario No. 104301 fue otorgado hace muchos años a la General Electric Company, circunstancia que por si sola pone de manifiesto en forma clara e inequivoca, lo que ha sido su permanencia en el mercado mundial y especificamente en el colombiano, así como su aplicación y empleo comercial e industrial, lo que en su criterio constituye un hecho notorio respecto de la marca G E (etiqueta).

F. **LA ACTUACION SURTIDA**

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., al proceso se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto del 25 de septiembre de 1991 se admitió la demanda y se ordenó darle el trámite correspondiente (fl.34).

Por auto visible a folio 194 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pérdidas por las partes.

Dentro del término para alegar de conclusión, hicieron uso de tal derecho la parte demandada (fl. 397) y la sociedad General Electric Company (fl 400). La parte demandante no ejerció su derecho de alegar de conclusión.

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Delegado ante esta Corporación no rindió concepto.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con la excepción denominada "Inexistencia de la acción intentada", la cual se fundamenta en que la Resolución No. 12.779 de 3 de mayo de 1991 que concedió a la sociedad General Electric Company la renovación del registro de la marca GE para distinguir productos comprendidos en la Clase 9 del Decreto 755 de 1972 es un acto de contenido particular y concreto, contra la cual no es posible ejercer la acción de nulidad instaurada, puesto que ninguna norma legal la consagra expresamente, la Sala observa y considera lo siguiente:

1o.- Industrias Volmo S.A., en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. solicita la declaratoria de nulidad de la mencionada resolución por no haberse aportado prueba idónea del uso de la marca registrada, conforme a lo previsto en el artículo 70 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y del acto mediante el cual se decidió "presuntamente y en forma desfavorable" el recurso de apelación interpuesto en contra de aquella. Como consecuencia de la anulación solicita se cancele el certificado de renovación.

2o.- Como quiera que el derecho sobre la marca nace desde el acto de concesión de su registro, de ello, y del contenido del artículo 70 de la mencionada

Decisión 85, vigente al momento de expedirse el acto acusado, se infiere que el trámite de la solicitud de renovación del registro de una marca se circunscribe a una relación entre el interesado y la Administración, en el cual no procede la intervención de terceros, ya que se trata de una simple prolongación en el tiempo del reconocimiento del derecho, como lo destacó esta Sección en sentencia de 11 de noviembre de 1993, proferida dentro del expediente No. 520, actor: Pizza Hut Inc. y permite concluir que el acto mediante el cual se accede a dicha solicitud es un acto administrativo que crea una situación jurídica de carácter particular y concreto.

3o.- En lo referente a la procedencia de la acción de nulidad contra actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas, esta Corporación se ha pronunciado en buen número de providencias, entre las cuales se encuentra la que se transcribe a continuación:

> "2o.- La jurisprudencia de esta Sección, a partir de la providencia de 2 de agosto de 1990, de la cual fue ponente el doctor Pablo J. Cáceres Corrales, proferida dentro del expediente No. 1482, Actor: Oswaldo Cetina Vargas, ha sido constante y reiterativa, en el sentido de considerar que "... el ejercicio de la acción pública de nulidad contra actos de contenido particular está supeditado a que las situaciones individuales y concretas a que se refiera el acto administrativo tengan repercusiones de alcance general, cuando la ley expresamente lo haya señalado, no siendo procedente, en consecuencia, frente a aquellos que sólo se refieren y afectan intereses netamente individuales" (Sentencia de 12 de marzo de 1992, Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, Actor: Oscar Esparragoza Urina, Expediente No. 248).
>
> 3o.- En la mencionada providencia de 2 de agosto de 1990, luego de un amplio análisis histórico y crítico de la evolución de la acción pública de nulidad a partir de la ley 167 de 1941, bajo la cual se formuló la jurisprudencia denominada de los motivos y finalidades de 1961, se concluyó que la procedencia de dicha acción...contra actos de contenido particular y concreto está precisamente regulada por la ley, procediendo tan sólo su ejercicio, frente a dichos actos, en los casos expresamente señalados en la misma, "...que la ley ha considerado, de especial interés público y por ello ha entregado, expresamente, a los integrantes todos de la Nación Colombiana, el derecho de impugnarlos entre la jurisdicción administrativa con el empleo de la acción de nulidad".
>
> "4o.- De igual manera, y en relación con la doctrina de los motivos y finalidades a que alude la anterior jurisprudencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 16 de mayo de 1991, de la cual fue ponente el Consejero Alvaro Lecompte Luna, dentro del expediente radicado bajo el No. S-180, Actor: Juan Claudio Morales González, expresó en uno de sus apartes:

"Es cierto que en este último caso hipotético, el interesado ha de ser llamado para que defienda sus derechos en el proceso, más en verdad, los derechos y las situaciones particulares que sólo afectan intereses puramente individuales y que no tienen nada que ver con los derechos ciudadanos ni con las libertades públicas, deben quedar en firme desde un instante determinado y no sometidos al vaivén de las demandas genéricas que se pueden incoar para someterles a juicio. Unicamente en el caso de que la situación particular incida en los derechos ciudadanos, del Estado, de las libertades de los asociados y de la comunidad en general al transtornar el orden jurídico y los principios de la igualdad y equidad. Como ese acto administrativo, no obstante referirse a una situación individual o particular, tendría repercusiones de alcance general, es posible acudir a la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad simple. Así por ejemplo, una acción de nulidad muy especial perfectamente posible, es la que se dirige contra actos electorales o de nominación concretos, al tenor de los arts. 223 y ss. del C.C.A., porque con esa acción ciudadana se busca, se tiene la finalidad de mantener o de proteger la pureza de las elecciones, populares o no, amén de que se nombren personas para la función pública con completo arreglo de las leyes, salvo la caducidad propia de la misma. Así por ejemplo, no obstante que una carta de naturalización confiere a una persona determinada un derecho concreto e individual, es posible que cualquier persona haga uso de la acción de nulidad especial contra ese acto, porque éste puede afectar la adecuada integridad de la nacionalidad al ignorar los principios que enmarcan el título II de la Carta de 1886, y por eso los arts. 221 y ss. del C.C.A., la autorizan. Así por ejemplo, es posible incoar acción de nulidad especial, con caducidad de cinco años, contra actos referentes a marcas, conforme a los arts. 585, 586 .596 del Código de Comercio. Hay muchos otros ejemplos en los que es evidente la posibilidad de acción de nulidad, aunque sea especial, contra actos de contenido particular e individual" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 24 de abril de 1992, Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez. Actor: Nemesio Camacho Rodríguez. Expediente No. 886)

4o.- Como quiera que en el ordenamianto jurídico colombiano o comunitario no existe disposición alguna que expresamente consagre la procedencia de la acción de nulidad en contra de actos administrativos mediante los cuales se concede la renovación de registros marcarios, como el acusado, lo cual sería razón más que suficiente para que se declarase probada, sin más consideraciones, la excepción bajo análisis, la Sala, obrando bajo la base del poder reconocido al juez administrativo para interpretar la demanda y consciente de que lo que determina la naturaleza de la acción no es la calificación que de la misma se haga en el libelo de damanda, sino los fines que la determinaron y el objeto mismo que se pretende proteger contra los efectos del acto demandado, procede a realizar su estudio con el fin de establecer si la acción ejercida es la de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., y la viabilidad de la misma frente al acto acusado.

Para lo anterior, previamente se considera que la mencionada acción es, en su amplia concepción, aquella que consagra la ley en favor de cualquier persona que pretenda demostrar que un acto administrativo le vióla un derecho legítimo, transgrediendo, de esta manera y al mismo tiempo, la norma superior que directa o indirectamente establece, protege o reconoce tal derecho. Es decir, el fin determinante del ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., es el restablecimiento del derecho transgredido por el acto que se acusa, el cual ha de traducirse en la petición de reparación del daño que con el se ocasionó o bien, mediante su simple declaratoria de nulidad, restablecer automáticamente el derecho violado, hacer cesar los efectos del mismo o prevenir los efectos nocivos que de su aplicación pueden derivarse.

Aplicados los parámetros expuestos a la demanda presentada, la Sala observa y concluye lo siguiente:

a) En su demanda la sociedad accionante no expresa ni de ella se deduce cual ni en que medida, el acto cuya nulidad solicita ha transgredido un derecho que le reconozca o consagre en su favor las normas superiores que cita en apoyo de su solicitud, circunstancia esta que trae como inmediata consecuencia el considerar que si ningún derecho ha sido violado a la demandante, ella carece de vocación para ejercer la acción que consagra el artículo 85 del C.C.A., como lo concluyó esta misma Sala en un caso similar al que se analiza (sentencia de 3 de diciembre de 1993, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Expediente No. 2243, Actor: Sociedad E.R. Squibb & Sons. Inc.).

b) Si como ya se analizó, en el trámite de la solicitud de renovación de un registro de marca no existe la posibilidad de hacer oposiciones u observaciones, y la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, vigente cuando se expidió la Resolución que concedió el registro de la marca, sólo previó la acción de cancelación por causales de irregistrabilidad, dentro de las cuales no se encontraba la de no haberse aportado la prueba idónea de su uso, que se alega en la demanda, de ello cabe concluir que, aún aceptando en gracia de discusión que la actora tuviese interés en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ella resultaría improcedente, pues la ley sólo lo reconoce para el trámite de la solicitud de concesión del registro de una marca por primera vez y frente a taxativas causales de irregistrabilidad, por lo cual en esta instancia jurisdiccional no cabría invocar dicho interés, presupuesto básico para el ejercicio de la mencionada acción.

En consecuencia, al encontrarse probada la primera de las excepciones, ello hace innecesario el estudio de los restantes medios de defensa invocados por la Sociedad General Electric Company, y descarta la posibilidad de analizar la legalidad del acto enjuiciado a la luz de las disposiciones superiores invocadas en la demanda, todo lo cual conduce a que se emita un pronunciamiento inhibitorio sobre el fondo del asunto, como en efecto se hará en la parte resolutiva de esta sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Primero.-DECLARASE PROBADA la excepción de inexistencia de la acción intentada, propuesta por la Sociedad General Electric Company.

Segundo.- DECLARASE INHIBIDO para un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Ordénase la publicación de esta sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2o. del Decreto 209 de 1957.

Cuarto.- En firme esta providencia, hágase entrega a la Sociedad General Electric Company del objeto mueble aportado y decretado como prueba del proceso, consistente en una plancha marca "G ELECTRIC", de número ilegible, el cual se encuentra al cuidado de la Secretaría de la Sección 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 cinco de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríquez* Rodríguez.

DERECHO DE IGUALDAD/DERECHO AL SUFRAGIO/DERECHO AL VOTO/JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES/FONDO DE INVERSIONES COMUNITARIAS/RECURSOS-Distribución.

El mecanismo adoptado en el acto cuya declaratoria de nulidad se solicita para distribuir los recursos del Fondo de Inversiones Comunitarias, quebranta el principio de igualdad, toda vez que no resulta jurídicamente admisible ni defensable hacer depender dicha asignación a cada Comuna o Corregimiento del mayor o menor número de votos que emitan sus habitantes en las elecciones de miembros que integran sus Juntas Administradoras Locales, no sólo por cuanto uno de los fines del Estado es el de "promover la prosperidad general", sino debido a que las necesidades básicas de la población son las mismas, independientemente de que ella ejerza o se abstenga de ejercer el derecho al sufragio para elegir a sus dignatarios, pues si bien es cierto que conforme a lo previsto por el artículo 258 de la Carta Política tal derecho también constituye un deber ciudadano, no lo es menos que el mismo no está instituído en nuestro ordenamiento constitucional como una obligación, cuyo incumplimiento pueda acarrear la imposición de sanciones o la adopción de medidas discriminatorias. Si ninguna disposición constitucional o legal autoriza o permite la asignación de recursos provenientes del erario público con base en la mayor o menor participación de los ciudadanos en los comicios electorales, las autoridades a quienes se les ha atribuído esa función deberán tener en cuenta para ello otros criterios que permiten, de una manera justa y equilibrada, la satisfacción de las necesidades básicas de la población.

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

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2520. Actor: Pablo Felipe Robledo del Castillo y Otros.

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 el 12 de noviembre de 1993 por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

I.- ANTECEDENTES

a.- Los actores, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

Los ciudadanos Pablo Felipe Robledo del Castillo, Juan Carlos Grillo Posada, Guillermo Alberto Angel Muñoz y Erick Drews Ortiz, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandaron ante el Tribunal Administrativo de Risaralda la declaratoria de nulidad del artículo 7o. del Acuerdo No.63 de 14 de octubre de 1992, "por medio del cual se establece la División Territorial del Municipio de Pereira y se definen procedimientos de participación comunitaria, se crea (sic) unos nuevos corregimientos y se fija la jurisdicción de las inspecciones municipales de Policía", expedido por el Concejo Municipal de dicha localidad "... en ejercicio de las facultades otorgadas por los artículos 311 y subsiguientes del decreto 1333 de 1986, y por los artículos 313 y 318 de la Constitución Nacional".

b.- El acto acusado

El citado artículo 7o. del Acuerdo No.63 de 1992, el cual forma parte integrante del Capítulo II, denominado "FONDO DE INVERSIONES COMUNITARIAS", es del siguiente tenor:

> "Artículo 7o.- Para la distribución de los recursos del fondo se asignará a cada comuna o corregimiento un presupuesto equivalente al porcentaje que del total de votos obtenga cada una de las divisiones territoriales en las elecciones de Juntas Administradoras Locales, pero deberá hacerse mínimo una obra en cada comuna o corregimiento, en proporción al número de habitantes" (fl. 20 Cdno.Ppal).

c.- Los hechos de la demanda

Ellos se refieren a la expedición del Acuerdo parcialmente acusado por parte del Concejo Municipal de Pereira, a las facultades constitucionales y legales en que se fundamenta y al contenido de algunas de sus disposiciones.

Para lo anterior, previamente se considera que la mencionada acción es, en su amplia concepción, aquella que consagra la ley en favor de cualquier persona que pretenda demostrar que un acto administrativo le vióla un derecho legítimo, transgrediendo, de esta manera y al mismo tiempo, la norma superior que directa o indirectamente establece, protege o reconoce tal derecho. Es decir, el fin determinante del ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., es el restablecimiento del derecho transgredido por el acto que se acusa, el cual ha de traducirse en la petición de reparación del daño que con el se ocasionó o bien, mediante su simple declaratoria de nulidad, restablecer automáticamente el derecho violado, hacer cesar los efectos del mismo o prevenir los efectos nocivos que de su aplicación pueden derivarse.

Aplicados los parámetros expuestos a la demanda presentada, la Sala observa y concluye lo siguiente:

a) En su demanda la sociedad accionante no expresa ni de ella se deduce cual ni en que medida, el acto cuya nulidad solicita ha transgredido un derecho que le reconozca o consagre en su favor las normas superiores que cita en apoyo de su solicitud, circunstancia esta que trae como inmediata consecuencia el considerar que si ningún derecho ha sido violado a la demandante, ella carece de vocación para ejercer la acción que consagra el artículo 85 del C.C.A., como lo concluyó esta misma Sala en un caso similar al que se analiza (sentencia de 3 de diciembre de 1993, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Expediente No. 2243, Actor: Sociedad E.R. Squibb & Sons. Inc.).

b) Si como ya se analizó, en el trámite de la solicitud de renovación de un registro de marca no existe la posibilidad de hacer oposiciones u observaciones, y la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, vigente cuando se expidió la Resolución que concedió el registro de la marca, sólo previó la acción de cancelación por causales de irregistrabilidad, dentro de las cuales no se encontraba la de no haberse aportado la prueba idónea de su uso, que se alega en la demanda, de ello cabe concluir que, aún aceptando en gracia de discusión que la actora tuviese interés en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ella resultaría improcedente, pues la ley sólo lo reconoce para el trámite de la solicitud de concesión del registro de una marca por primera vez y frente a taxativas causales de irregistrabilidad, por lo cual en esta instancia jurisdiccional no cabría invocar dicho interés, presupuesto básico para el ejercicio de la mencionada acción.

En consecuencia, al encontrarse probada la primera de las excepciones, ello hace innecesario el estudio de los restantes medios de defensa invocados por la Sociedad General Electric Company, y descarta la posibilidad de analizar la legalidad del acto enjuiciado a la luz de las disposiciones superiores invocadas en la demanda, todo lo cual conduce a que se emita un pronunciamiento inhibitorio sobre el fondo del asunto, como en efecto se hará en la parte resolutiva de esta sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Primero.-DECLARASE PROBADA la excepción de inexistencia de la acción intentada, propuesta por la Sociedad General Electric Company.

Segundo.- DECLARASE INHIBIDO para un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Ordénase la publicación de esta sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2o. del Decreto 209 de 1957.

Cuarto.- En firme esta providencia, hágase entrega a la Sociedad General Electric Company del objeto mueble aportado y decretado como prueba del proceso, consistente en una plancha marca "G ELECTRIC", de número ilegible, el cual se encuentra al cuidado de la Secretaría de la Sección 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 cinco de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríquez* Rodríguez.

DERECHO DE IGUALDAD/DERECHO AL SUFRAGIO/DERECHO AL VOTO/JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES/FONDO DE INVERSIONES COMUNITARIAS/RECURSOS-Distribución.

El mecanismo adoptado en el acto cuya declaratoria de nulidad se solicita para distribuir los recursos del Fondo de Inversiones Comunitarias, quebranta el principio de igualdad, toda vez que no resulta jurídicamente admisible ni defensable hacer depender dicha asignación a cada Comuna o Corregimiento del mayor o menor número de votos que emitan sus habitantes en las elecciones de miembros que integran sus Juntas Administradoras Locales, no sólo por cuanto uno de los fines del Estado es el de "promover la prosperidad general", sino debido a que las necesidades básicas de la población son las mismas, independientemente de que ella ejerza o se abstenga de ejercer el derecho al sufragio para elegir a sus dignatarios, pues si bien es cierto que conforme a lo previsto por el artículo 258 de la Carta Política tal derecho también constituye un deber ciudadano, no lo es menos que el mismo no está instituído en nuestro ordenamiento constitucional como una obligación, cuyo incumplimiento pueda acarrear la imposición de sanciones o la adopción de medidas discriminatorias. Si ninguna disposición constitucional o legal autoriza o permite la asignación de recursos provenientes del erario público con base en la mayor o menor participación de los ciudadanos en los comicios electorales, las autoridades a quienes se les ha atribuído esa función deberán tener en cuenta para ello otros criterios que permiten, de una manera justa y equilibrada, la satisfacción de las necesidades básicas de la población.

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

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2520. Actor: Pablo Felipe Robledo del Castillo y Otros.

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 el 12 de noviembre de 1993 por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

I.- ANTECEDENTES

a.- Los actores, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

Los ciudadanos Pablo Felipe Robledo del Castillo, Juan Carlos Grillo Posada, Guillermo Alberto Angel Muñoz y Erick Drews Ortiz, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandaron ante el Tribunal Administrativo de Risaralda la declaratoria de nulidad del artículo 7o. del Acuerdo No.63 de 14 de octubre de 1992, "por medio del cual se establece la División Territorial del Municipio de Pereira y se definen procedimientos de participación comunitaria, se crea (sic) unos nuevos corregimientos y se fija la jurisdicción de las inspecciones municipales de Policía", expedido por el Concejo Municipal de dicha localidad "... en ejercicio de las facultades otorgadas por los artículos 311 y subsiguientes del decreto 1333 de 1986, y por los artículos 313 y 318 de la Constitución Nacional".

b.- El acto acusado

El citado artículo 7o. del Acuerdo No.63 de 1992, el cual forma parte integrante del Capítulo II, denominado "FONDO DE INVERSIONES COMUNITARIAS", es del siguiente tenor:

> "Artículo 7o.- Para la distribución de los recursos del fondo se asignará a cada comuna o corregimiento un presupuesto equivalente al porcentaje que del total de votos obtenga cada una de las divisiones territoriales en las elecciones de Juntas Administradoras Locales, pero deberá hacerse mínimo una obra en cada comuna o corregimiento, en proporción al número de habitantes" (fl. 20 Cdno.Ppal).

c.- Los hechos de la demanda

Ellos se refieren a la expedición del Acuerdo parcialmente acusado por parte del Concejo Municipal de Pereira, a las facultades constitucionales y legales en que se fundamenta y al contenido de algunas de sus disposiciones.

Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que bajo la forma de cargos se resumen a continuación, expresadas en la demanda y en el alegato de conclusión (fls.39 a 59 Cdno. Ppal y 198 a 212 Cdno. No. 2):

Primer cargo.- Violación del artículo 13 incisos primero y segundo de la Constitución Política, pues al establecerse en el acto acusado como parámetro para la distribución de recursos del erario público la asistencia de los ciudadanos a las urnas, ello implica que si el ciudadano, libre y espontáneamente, toma como opción política o filosófica la de no votar, su comuna o corregimiento se verá afectada negativamente en la distribución de los dineros provenientes del Fondo de Inversiones Comunitarias, apropiados como una partida del presupuesto municipal.

Aunque no se trata de justificar la abstención electoral, la cual no es la opción política más acertada pero sí constitucional, el acto acusado conlleva la imposición del voto obligatorio, atando la distribución de las partidas a un resultado electoral, votar o no votar son conductas perfectamente legales y si los ciudadanos optan por la negativa, ello indica que no se sienten interpretados por las personas, partidas o movimientos que se presentan a la consideración popular.

El acto acusado quebranta el derecho a la igualdad, ya que al existir comunas que tienen menos habitantes que otras, ello haría "...que en primera instancia estuviesen castigadas esas localidades sin haber empezado las elecciones, además existen comunas o corregimientos que en cuanto a población pueden tener el mismo número de habitantes, pero en ciudadanos hábiles para ejercer el derecho al voto no lo son, por presentar, por ejemplo, un número distinto de habitantes inhabilitados para ejercer el derecho de elegir".

Si bien es cierto que de acuerdo con la doctrina algunas normas o autoridades pueden decidir, eventualmente, acudir a reglas o criterios de evaluación que generan un trato diferencial o discriminatorio, también lo es que éstas deben ser razonables, objetivas y fundadas y que si no son de ese perfil, tales decisiones vulnerarían el derecho a la igualdad.

La violación del derecho a la igualdad por parte del acto acusado trae como consecuencia inevitable que determinadas comunas o corregimientos, por sus convicciones políticas o filosóficas queden excluídas de beneficios "...que deben ser para toda la comunidad ya que la inversión social no puede ir encaminada única y exclusivamente hacia aquellos grupos que han decidido participar con su voto. En nuestro concepto, es ilógico pensar que las necesidades son sólo de las personas que sufragan y que los que no lo hacen, se abstienen porque les sobran las comodidades".

Con la expedición del acto demandado, el Concejo Municipal de Pereira, atenta contra la obligación del Estado a promover las condiciones para que el respeto a la

igualdad sea real y efectiva, en el sentido de que crea un mecanismo que no procura por la igualdad, sino que, a contrario sensu, patrocina la desigualdad en el trato de las personas que hacen parte de determinadas comunas o corregimientos.

El ciudadano que no vota, que lo hace en blanco o que elige a un determinado candidato se encuentra en igualdad de derechos y, por ello, "...no puede predicarse ningún tratamiento diferente respecto de unos u otros, y menos negarle beneficios que tienen como destino toda la comunidad como son los recursos presupuestales".

Si bien la nueva Constitución busca que la democracia sea participativa, ello no puede confundirse con la democracia obligatoria.

Por último, el derecho a la igualdad no está supeditado a la participación del ciudadano en los asuntos que le interesan mediante el ajercicio del derecho al voto ni implica que al abstenerse de hacerlo esté rechazando de plano las garantías constitucionales, como lo alega la parte demandada, pues ello sería tanto como pretender que si las personas no se interesan por la gestión de sus gobernantes, pueden ser discriminados y violentados sus derechos.

Segundo cargo.- Violación del artículo 40 numerales 1 y 2 de la Constitución Política, que consagra el derecho fundamental de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y cuya efectividad se concreta básicamente en la posibilidad de elegir y ser elegido y de tomar parte en las elecciones, cualesquiera que ellas sean, mediante el ejercicio del voto, pues los mandatos contenidos en el acto enjuiciado implican que quienes decidan no votar estarían soportando una carga ilegal, en el sentido de verse desfavorecidos en las asignaciones presupuestales previstas para las Juntas Administradoras Locales. "Dicho de otra manera se está penalizando desde el punto de vista del progreso a los ciudadanos que actuando bajo la normatividad, es decir, en ejercicio de un derecho y no de una obligación, se inhibieron de votar y lo que es peor, se está perjudicando a ciudadanos que aún votando salieron lesionados por pertenecer a comunas o corregimientos que en términos generales presentaron cierto grado de abstención".

De otra parte, el mecanismo consignado en el acto cuya declaratoria de nulidad se impetra "... es un premio a las personas que deciden ejercitar el derecho al voto, pero por otro lado se crea un castigo injustificado para quienes no lo hacen, lo que a todas luces es una simulación del voto obligatorio implantado en nuestro país, ya que el ciudadano que habita en una comuna o corregimiento de la ciudad de Pereira, tiene la real amenaza de perder acceso a partidas presupuestales si no ejercita su derecho al voto, lo cual es a todas luces ilegal".

Tercer cargo.- Violación del artículo 324 inciso primero de la Constitución Política, pues si bien esta norma, por estar referida al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, no es aplicable en forma directa a los demás municipios del país, su aplicación analógica al acto acusado resulta válida, no sólo por cuanto así lo han considerado

importantes tratadistas de Derecho Constitucional, sino porque al carecer los municipios de norma expresa en cuanto a los aspectos de mecánica presupuestal para las Juntas Administradoras Locales, las homólogas de la Capital de la República "...son sin lugar a dudas similares a las de los otros municipios, ambas deben tener un presupuesto para inversiones... (...) ...pues al fin y al cabo éstas son las mismas corporaciones públicas, y lo único que cambia es que por el factor territorial unas se encuentran en Santafé de Bogotá y otras no". Adicionalmente, no se puede permitir que en los demás municipios del país se creen parámetros distintos al reparto de acuerdo con las necesidades básicas insatisfechas de la población, pues ello sería contradictorio con el sentido y el destino que el Constituyente quiso dar a esos recursos.

Cuarto cargo.- Violación del artículo 366 de la Constitución Política, pues en la medida en que el acto acusado contradice los postulados de la Hacienda Pública moderna, no hace mención a las necesidades básicas insatisfechas de las distintas localidades y reparte los recursos con base en simples resultados electorales, deja de cumplir con la finalidad social del Estado, con los objetivos fundamentales de su actividad y con la prioridad del gasto público social, consagrados en dicha disposición constitucional.

Con base en criterios doctrinales sobre eficiencia del gasto público, según los cuales aquello que se busca es no sólo que existan los dineros o que estos se inviertan simplemente por invertir, sino que los dineros que existan, sean pocos o muchos, se inviertan de la mejor manera posible, la parte actora sostiene que si se aceptan esos postulados de la Hacienda Pública moderna, habría que concluir "... que el criterio utilizado por el Concejo de Pereira para la distribución de las partidas que tendrían como destinatarias a las Juntas Administradoras Locales es, como se ha venido anotando, totalmente antitécnico, pues no puede ser razonable que si de lo que se trata es de dar bienestar social general y mejorar el nivel de vida estos dineros se repartan sin tener en cuenta unos estudios o planes de inversión en donde se pueda establecer cuáles comunas o corregimientos están más urgidas de recursos, y no que los dineros vayan con destino a localidades por el simple hecho de haber obtenido unos porcentajes importantes sobre el total de votos en las elecciones de Juntas Administradoras Locales".

El acto acusado tampoco tiene en cuenta el segundo objetivo fundamental de la actividad del Estado, al cual alude la norma que se indica como violada, consistente en la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, al igual que desconoce el carácter prioritario del gasto social sobre cualquier otra asignación, pues si la actividad del municipio debe encaminarse a la satisfacción de las necesidades, al mejoramiento de la calidad de vida y al bienestar general de la comunidad, "... cómo puede entenderse que unos recursos que deben ir a satisfacer esas necesidades, sean repartidos con un criterio electorero y sin ninguna clase de técnica presupuestal".

e.- **Las razones de la defensa**

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión, la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 142 a 148 y 193 a 197 Cdno. No. 2):

En relación con el primer cargo.- Si se parte de la base que en la nueva Carta Política existe una orientación generalizada a complementar y, en algunos casos, a reemplazar la democracia representativa con instituciones o mecanismos que conduzcan hacia una democracia participativa, de ello resulta que el acto acusado no supone la disminución o la negación de derechos y garantías a las personas, pues no fija la distribución de los recursos del Fondo bajo la premisa de pertenecer a un determinado grupo político, raza o religión. El ciudadano debe participar en las decisiones del Estado, derivado ello del mismo principio de igualdad, pues su sentido es el de que opere el acercamiento entre gobernantes y gobernados.

La nueva Constitución encierra el diseño de una democracia diferente, en el cual los colombianos tienen la posibilidad de ser orientadores de su destino. En esa ruta, es finalidad de las comunas y corregimientos el mejoramiento de los servicios y la participación de la ciudadanía en el manejo de los asuntos públicos locales. La participarción comunitaria se garantiza, entre otros, con el mecanismo de elección de las Juntas Administradoras Locales, el cual asegura que la prestación de los servicios municipales no se desarrolle con indiferencia frente a la colectividad receptora de los mismos. Además, "la apatía no puede premiarse, hay que buscar mecanismos para que el ciudadano se motive y entienda que su voto vale, que su voz cuenta y que su participación es eficaz para producir los resultados que a él le interesan". Por ello, "el que no vota está rechazando de plano las garantías constitucionales, porque si no hace uso del derecho y el deber de participar en los asuntos que le interesan, está desconociendo el derecho de buscar conjuntamente con la administración la solución de sus propios problemas".

El acto acusado no viola la norma constitucional en que se fundamenta el cargo, ya que en el presupuesto municipal se incluyen las partidas necesarias para la inversión en todo el Municipio de Pereira, teniendo en cuenta las necesidades básicas de la comunidad, como se observa "...en el presupuesto de egresos y concretamente Capítulo IX- Secretaría de Obras Públicas, Códigos 501 y siguientes, en los cuales se consignan las partidas para Inversión Institucional, Vías Públicas, Educación, Recreación, Seguridad y Defensa, Servicios Públicos, Acueducto y Alcantarillado, Electrificación, Obras Varias, etc.".

En relación con el segundo cargo.- El acto acusado no viola el artículo 40 numerales 1 y 2 de la Carta Política, toda vez que no conculca la garantía de participación de los ciudadanos con capacidad para tomar parte activa en la vida

política, tampoco limita la designación directa que debe hacer cada ciudadano del representante de sus simpatías y menos limita la decisión que el ciudadano tome a través de su voto libre y espontáneo.

De otra parte, el derecho de todo ciudadano de participar en el ejercicio y control del poder político se efectiviza mediante "... la vocación que se le reconoce para elegir y ser elegido, para tomar parte en las elecciones, y el que no vota, no participa quien decide no hacer uso del derecho que le otorga la Constitución Nacional, está rechazando de plano las garantías constitucionales, porque si no hace uso del derecho y el deber de participar en los asuntos que le interesan, está desconociendo el derecho de buscar conjuntamente con la Administración la solución de sus propios problemas".

Además, "la apatía no puede premiarse...", porque una de las características del estado social de derecho es el de ser participativo y pluralista. Por ello, el artículo 2o. de la Constitución señala entre los fines esenciales del Estado el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.

En relación con el tercer cargo.- El acto demandado tampoco transgrede el artículo 324 inciso primero de la Constitución Nacional, pues esta norma se aplica exclusivamente al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, en razón de los grandes y diferentes problemas que lo afectan, debido a su gigantismo urbanístico, a la mezcla de gentes de distintas procedencias u orígenes y por ser la sede de las autoridades nacionales.

No es posible la aplicación analógica de dicha norma constitucional al presente caso, pues mientras que el Distrito Capital se divide en localidades de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, los demás municipios del país se dividen en comunas y corregimientos. Además, en dichas localidades se debe hacer el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas, y a sus autoridades les corresponde la gestión de sus propios asuntos.

En relación con el cuarto cargo.- No se encuentra relación alguna entre el acto enjuiciado y el artículo 306 de la Constitución Política, pues los actores parten de un supuesto falso, ya que pretenden hacer creer que la partida global asignada en el Presupuesto de Rentas y Gastos para el Fondo de Investigaciones Comunitarias fuera la única destinada a dar solución a las necesidades insatisfechas de la población, deconociendo que por Acuerdo No. 22 de 1989 se adoptó el Plan Integral de Desarrollo para el Area Metropolitana Pereira-Dosquebradas, que con base en sus mandatos el Concejo Municipal de Pereira, mediante Acuerdo No. 85 de 1992, expidio el Plan Integral de Desarrollo, en el que se contemplan y concretan las acciones a seguir "...en todas las materias que deben contener los planes de desarrollo..." (se enumeran), y que en el Presupuesto de Rentas y Gastos del Municipio de Pereira para la vigencia fiscal de 1993 se distribuyeron los ingresos para realizar inversiones en acueducto y

alcantarillado, electrificación, recreación, vías y obras varias, es decir, en él se contienen "...las partidas necesarias para cumplir con las normativas sociales sobre prioridad del gasto plasmadas en la Constitución Nacional y obedece a la prescripción planificadora de que está impregnada la Carta Magna".

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 28 de abril de 1993 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado, decisión ésta última que, recurrida la apelación como fue, se confirmó por auto de 19 de julio del citado año (fls. 94 a 104 y 145 a 153 Cdno. Ppal.).

Mediante proveído de 15 de junio de 1993 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 152 a 153 Cdno. No. 2).

Por auto de 23 de julio de 1993 se corrió traslado a las partes para que alegasen de conclusión y al Procurador Judicial ante el Tribunal para que emitiese su concepto, habiendo hecho uso de dicho traslado aquéllas y éste (fls. 186 a 213).

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante la sentencia recurrida el tribunal de origen denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 214 a 233 Cdno. No. 2).

En relación con los cargos primero y segundo.- El acto acusado no lesiona el derecho al ejercicio del sufragio, pues sus mandatos sólo apuntan a motivar a la ciudadanía para que participe en el llamado que le hace la democracia con la finalidad de conformar las Juntas Administradoras Locales.

Tampoco se advierte que el acto enjuiciado cambie la naturaleza jurídica del derecho al sufragio, pasándolo de deber a obligación, pues su "...espíritu no es otro que el de motivar a los gobernados pereiranos a participar en las decisiones que los afecten en relación con la administración local, de acuerdo con finalidades que, precisamente, quedaron consagradas en el artículo 2o. de la C.N.", con lo cual se busca contrarrestar la atonía y la anorexia ciudadana cuando se produzca la controversia "...para escoger a sus gobernantes, para integrar, fomentar y conservar las diferentes asociaciones o agrupaciones democráticas llamadas a permitir el cumplimiento del deber precisado respecto de cada persona y de cada ciudadano en el artículo 95 de la Carta Magna, consistente en 'participar en la vida política, cívica y comunitaria del país'".

Además de lo anterior, el estímulo que se contempla en el acto acusado conlleva el fomento del mencionado deber ciudadano, entregándoles adicionalmente a quienes

lo atienden una suma de dinero directamente proporcional a su participación para obras que contribuyan al beneficio colectivo, sin que tal "contraprestación" (sic) implique un castigo a quienes no atiendan ese llamado, "... pues ello no es óbice para que cada ciudadano pueda ejecutar el derecho consagrado en el artículo 107 del Código Político, consistente en fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y en la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse, lo mismo que de pertenecer a organizaciones sociales a través de las cuales se ejerza, a la vez, el propio derecho a manifestarse y participar en los eventos políticos, cristalizado ello en el sufragio y expresar así su propia opinión política o filosófica".

Tampoco puede admitirse que el acto demandado desatienda el derecho a la igualdad cuando los ciudadanos no acudan a elegir a los miembros de las Juntas Administradoras Locales, puesto que en él se establece que anualmente, de los dineros del Fondo, se hará como mínimo para cada comuna o corregimiento una obra en proporción al número de habitantes. Se hace notar lo de los dineros del Fondo, para precisar que la atención igualitaria de todos los pereiranos no se ve disminuída con el acto acusado, pues ello, circunscrito a lo propio de las comunas y corregimientos tendrá que quedar cada año anotado en el presupuesto municipal de Pereira, en partidas globales diferentes a las propias del Fondo.

En relación con los cargos terceros y cuarto.- No son de recibo los cargos de violación de los artículos 324 inciso primero y 366 de la Constitución, por las siguientes razones:

a.- La analogía que predican los actores no tiene cabida en el asunto bajo estudio, como quiera que los artículos 122 y 6o. de la Carta Política disponen, en su orden, que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley y por omisión en el ejercicio de sus funciones.

b.- El estímulo de que da cuenta el acto acusado en nada lesiona las citadas normas constitucionales, porque los parámetros establecidos en ellas se tienen que acatar, cuando de erogaciones se trate, pues las respectivas Juntas Administradoras Locales de Pereira no podrán al garete distribuir las partidas del Fondo que creó el Acuerdo parcialmente acusado, ello en virtud del deber que les impone su artículo 8o., de presentar el proyecto de inversiones para ser adoptado por el Alcalde. Además, tal proyecto tendrá que mirar exclusivamente a los fines taxativamente sañalados en el artículo 7o. de la Ley 12 de 1986, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5o. del mencionado Acuerdo.

Lo anterior permite concluir que "... la forma como se tienen que atender al final las obras, después de haberse estructurado los proyectos respectivos, de acuerdo con parámetros técnicos, no permiten señalar el resurgir de los auxilios, preocupación de los actores".

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Como quiera que los fundamentos del recurso de apelación son, en esencia, los mismos consignados en la demanda y en el alegato de conclusión formulado en el curso de la primera instancia, los cuales se resumieron en el numeral I de esta providencia, la Sala se abstiene de transcribirlos.

IV.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, el señor Procurador Décimo Delegado ante esta Corporación solicita la revocatoria del fallo apelado y, en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 32 a 38 Cdno. No. 3):

1o.- Al establecer en el acto acusado que la distribución de los recursos del Fondo de Inversiones Comunitarias se repartirán de acuerdo con el porcentaje total de votos que obtenga cada una de las divisiones territoriales, se observa que su intención va más allá de lo dispuesto por el artículo 13 numerales 1 y 2 de la Constitución, que predica un trato igualitario para todas las personas, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Por ello, se comparte lo expresado por los demandantes, en el sentido de que la norma de carácter municipal está dándole al voto el carácter de obligación y no de derecho con facultad para ser ejercido o no por los ciudadanos.

De otra parte, tampoco es justo y razonable que las partidas del Fondo se asignen con base en el posible número de votantes que habitan en una comuna, pues bien es sabido que la heterogeneidad y número de los habitantes aptos para sufragar varía de un lugar a otro por muchas razones. Además no sería lógico castigar de esta manera a un ciudadano que sí ejerce su derecho y concurre a sufragar así sea un solo habitante, por el solo hecho que los demás de su comuna no lo hagan.

2o.- A pesar de que el artículo 40 numerales 1 y 2 de la Constitución otorgan al ciudadano la libre elección para ejercer su derecho al voto y, de acuerdo con sus mandatos, los electores son libres de ejercer este derecho político, sin que por su no ejecución se establezca en ellos sanción alguna, el acto acusado sanciona a todos los abstencionistas privándolos de beneficiarse de los recursos del Fondo, que deberán destinarse para las obras de interés general de la comunidad, e igualmente perjudicando a quienes, ejerciendo su derecho al voto, hacen parte de comunidades con elevado grado de abstencionistas.

3o.- El acto acusado desatiende abiertamente los criterios señalados en el artículo 366 de la Constitución para lograr los fines allí previstos, toda vez que "...para la asignación de los recursos del Fondo y su inversión se ha tenido en cuenta el criterio del favoritismo político que es antitécnico y no consulta en nada el mejoramiento y la calidad de vida de los habitantes de la comuna o corregimiento".

4o.- En el fallo apelado se incurre en una equivocada interpretación de las normas constitucionales, pues una es la conducta perfectamente válida de las autoridades para lograr que los habitantes ejerzan su derecho al sufragio, utilizando para ello campañas educativas, propaganda, etc.; "... y otra es la de incentivar a los sufragantes con posibles beneficios de carácter material, lo que conlleva, así sea de manera muy sutil, una coacción con determinados fines, que desnaturaliza la filosofía consignada en lo que se ha conocido como la pureza del sufragio".

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con los cargos primero y segundo, en los cuales se insiste en el quebrantamiento de los artículos 13 incisos primero y segundo y 40, numerales 1 y 2 de la Carta Política, la Sala considera lo siguiente:

Como quiera que el principio de igualdad de todas las personas ante la ley se traduce en que los administrados que se encuentren en una misma situación deben recibir el mismo trato de las autoridades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófia, de ello resulta, sin lugar a dudas, que el mecanismo adoptado en el acto cuya declaratoria de nulidad se solicita para distribuir los recursos del Fondo de Inversiones Comunitarias, quebranta el principio de igualdad, toda vez que no resulta jurídicamente admisible ni defensable hacer depender dicha asignación a cada Comuna o Corregimiento del mayor o menor número de votos que emitan sus habitantes en las elecciones de los miembros que integran sus Juntas Administradoras Locales, no sólo por cuanto uno de los fines del Estado es el de "promover la prosperidad general", sino debido a que las necesidades básicas de la población son las mismas, independientemente de que ella ejerza o se abstenga de ejercer el derecho al sufragio para elegir a sus dignatarios, pues si bien es cierto que conforme a lo previsto por el artículo 258 de la Carta Política tal derecho también constituye un deber ciudadano, no lo es menos que el mismo no está instituido en nuestro ordenamiento constitucional con una obligación, cuyo incumplimiento pueda acarrear la imposición de sanciones o la adopción de medidas discriminatorias.

De acuerdo con lo anterior y sin desconocer el loable propósito que, según los argumentos de la defensa y el fallo de primera instancia se atribuye al acto acusado, consistente en motivar a los gobernados para que mediante el ejercicio del derecho al voto se involucren directamente en la solución de sus necesidades comunitarias y, de esta manera, se efectivice la democracia participativa en que se inspira la Carta Política, para la Sala es indiscutible que dicho acto atenta contra el mencionado principio de igualdad ante la ley, pues no puede admitirse que dicho propósito, por loable que sea, constituya fundamento válido para consagrar una desigualdad de hecho ante la ley que es aquello que se deriva de la aplicación del mecanismo adoptado en sus disposiciones.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 209 de la Constitución Política, **la función administrativa,** entendida como la actividad que concreta en la realidad la voluntad del Estado, **está al servicio de los intereses**

generales y se desarrolla con fundamento, entre otros principios, en el de igualdad, y que al Estado corresponde promover las condiciones para que la la igualdad sea real y efectiva, como lo ordena el artículo 13 *ibídem.*

Por último, la Sala considera que si ninguna disposición constitucional o legal autoriza o permite la asignación de recursos provenientes del erario público con base en la mayor o menor participación de los ciudadanos en los comicios electorales, las autoridades a quienes se les ha atribuído esa función deberán tener en cuenta para ello otros criterios que permitan, de una manera justa y equilibrada, la satisfacción de las necesidades básicas de la población.

Como quiera que las precedentes consideraciones implican la prosperidad de los cargos analizados, ello es suficiente para que, sin necesidad del estudio de los restantes, se proceda a revocar la sentencia apelada y, en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA :

Primero.- REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, de fecha 12 de noviembre de 1993, y, en su lugar, se dispone :

DECLARASE la nulidad del artículo 7o. del Acuerdo No. 63 de 14 de octubre de 1992, expedido por el Concejo Municipal de Pereira.

Segundo.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de cinco de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

*Yesid Rojas Serrano,*Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

BIENES DE CAPITAL-IMPORTACION TEMPORAL DE LARGO PLAZO

Los bienes de capital, entendiendo por tales los equipos y sus repuestos, partes o accesorios que vengan en el mismo embarque, conforme al artículo 214 del Decreto 2666 de 1984, o los representados por máquinas, equipos, material de transporte y sus accesorios, partes y repuestos, que vengan en el mismo embarque, de acuerdo con el artículo 40 literal b) del Decreto 1909 de 1992, están sujetos a importación temporal de largo plazo. Las maquinarias, equipos y repuestos, partes y accesorios que vengan en un mismo embarque, cuando sean objeto de un contrato de arrendamiento, con o sin opción de compra, están también sujetos a importación temporal de largo plazo. Puede afirmarse que es la misma ley la que ha fusionado los dos conceptos para que produzcan un mismo efecto: que su importación temporal sea de largo plazo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de Septiembre 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.

El ciudadano OSCAR MAURICIO BUITRAGO RICO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante está Corporación con el fin de que mediante sentencia se

declare la nulidad del artículo 2o. de la resolución No. 0130 del 25 de junio de 1993 "Por la cual se modifica el artículo 6o. de la resolución No. 408 de 1992" y de la Circular Externa No. 003013 del 25 de junio de 1993, expedidas por la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

I.- CAUSA *PETENDI*

En apoyo de sus pretensiones el actor adujo los siguientes cargos de violación:

1o): **Desviación de las atribuciones propias del funcionario**

La resolución No. 0130 de 25 de junio de 1993 está motivada en las facultades conferidas al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales por el literal f) del artículo 13 del Decreto 2117 de 1992 y de conformidad con el artículo 40 del Decreto 1909 de 1992.

Dicha resolución en su artículo 2o. al incluír las importaciones temporales de mercancías en arrendamiento con o sin opción de compra como importaciones temporales a largo plazo está reformando los artículos 222 a 224 del Decreto 2666 de 1984, modificados por los artículos 1o. del Decreto 1704 de 1991, que da autonomía e identidad propia a las importaciones temporales de mercancías en arrendamiento.

Las facultades otorgadas en el referido artículo 13 literal f) no le permiten al Director cambiar el espíritu del legislador que es verdaderamente claro en la autonomía otorgada a las importaciones de leasing.

Con la creación de la figura jurídica de importaciones temporales de mercancías en arrendamiento el legislador atiende la modalidad consistente en conservar el dominio del bien en su propietario original en el extranjero y entrar a Colombia con mero título de tenencia pero con la facultad de explotar el bien importado en forma temporal.

El Decreto 1740 de 1991 en su artículo 1o. se acomoda a la realidad admitiendo esta figura indispensable y en ello está empeñado el actual Gobierno con su política de apertura económica e internacionalización de la economía, pero el espíritu del legislador se ve truncado con la resolución acusada pues pareciera que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se aferrara a instituciones tan viejas como las importaciones temporales de corto y largo plazo y no admitiera cambio alguno en ellas, ya que por definición legal únicamente pueden ser objeto de importación temporal a largo plazo los bienes de capital. Y si para la Direccción de Impuestos y Aduanas Nacionales las importaciones de mercancías en arrendamiento son una especie de importaciones temporales a largo plazo, solamente serían objeto de un contrato de leasing internacional los bienes de capital, lo cual es absurdo, pues éstos tienen en la práctica un manejo muy diferente a las mercancías objeto de contrato de arrendamiento financiero. Un bien de capital puede ser objeto de un contrato de arrendamiento financiero, pero es una mentira que sea el único objeto del mencionado contrato.

Si el Decreto 1740 de 1991 crea las importaciones temporales en leasing; el Decreto 1909 de 1992 reforma la normatividad aduanera y no las deroga; la resolución No. 473 de 1992 reglamenta las importaciones en leasing y la resolución No. 408 de 1992 reglamenta el Decreto 1909 de 1992 y las importaciones temporales y no toca para nada las de leasing, no puede una resolución sin ninguna motivación cambiar la voluntad del legislador.

2o): **Falsa motivación**

La resolución acusada invoca el artículo 40 del Decreto 1909 de 1992 para fusionar los conceptos de importaciones temporales a largo plazo e importaciones temporales de mercancías en arrendamiento.

El artículo 40 mencionado se refiere únicamente a importación de mercancías de corto y largo plazo y en ningún momento, como ya se demostró, el Decreto 1909 de 1992 ha derogado los otros tipos de importaciones temporales. Por lo tanto, no puede motivarse la resolución acusada en dicho artículo 40, pues éste no está cambiando el régimen total de las importaciones temporales sino simplemente está haciendo una clasificación por el mayor o menor tiempo de permanencia en el país de tales importaciones.

Las importaciones de leasing son de largo plazo por el tiempo de permanencia en el país, así como también lo son la internación de vehículos extranjeros a zonas fronterizas y la importación para perfeccionamiento activo. Pero no por esa característica se pueden confundir todas estas modalidades de importaciones temporales con las específicamente denominadas importaciones temporales de largo plazo creadas exclusivamente para bienes de capital.

3o): **La Circular Externa No. 003013 de 25 de junio de 1993 viola el principio constitucional de legalidad así:**

a): La citada Circular viene a reglamentar las resoluciones Nos. 0130 de 1993 y 408 de 1992.

El primer párrafo de dicha Circular cae en el mismo error de la resolución No. 0130 de 1993 también acusada al confundir en un solo concepto las importaciones temporales de largo plazo y las temporales en leasing, cambiando el sentido de las normas que la crearon y sobrepasando las facultades otorgadas por el legislador al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales.

La resolución No. 408 de 1992 interpretada en la Circular no sirve de base para motivar esta última, pues tal resolución deja en plena vigencia los apartes de la resolución No. 473 de 1992 reguladores de las importaciones leasing, por lo cual hay una falsa motivación en la aludida circular.

b): El párrafo 2o. de la Circular cuestionada crea una expresa prohibición de importar mercancías a largo plazo por fuera de las subpartidas arancelarias enunciadas

en el artículo 6o. del Decreto 840 de 1991, dando el mismo tratamiento a las temporales de largo plazo como a las temporales en virtud de un contrato de arrendamiento, lo cual le quita la autonomía que estas últimas poseen por disposición legal.

c): El párrafo 3o. *ibídem* está imponiendo la aplicación de las sanciones que contempla el artículo 59 del Decreto 1909 de 1992 con seis meses de retroactividad, lo que a todas luces viola el principio de legalidad.

d): El párrafo 4o. *ibídem* hace una interpretación forzada en los casos de leasing admitidos por actos administrativos ejecutoriados para desconocerlos al día de hoy y así decir que son lo mismo que una importación temporal de largo plazo.

e): El párrafo 5o. está creando sanciones con vigencia retroactiva, pues los intereses no son otra cosa que una nueva sanción, lo cual viola el artículo 29 de la Constitución Política.

f): La parte final de la circular demandada o párrafo 6o. crea procedimientos nuevos al sugerir que los particulares voluntariamente acudan a los bancos a realizar su propia declaración de corrección, perdonándoles así el cobro de intereses.

La revocación de un acto administrativo que crea una situación jurídica de carácter particular y concreto, a la luz del artículo 73 del C.C.A., no puede darse sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Se pregunta: puede dar su consentimiento un particular para que se le afecte su patrimonio y se le impongan sanciones con base en normas abiertamente ilegales?

Los actos acusados no pueden aplicarse sin antes revocar los actos administrativos de aceptación de garantías y del régimen aduanero de importación temporal de mercancías en leasing. Y como puede darse esto, si estos actos se ajustan perfectamente, al derecho y la ilegalidad, está en las normas nuevas que se impugnan?.

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. Contestación de la demanda

La Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, a través de apoderada, contestó la demanda y para oponerse a las pretensiones del actor adujo, en esencia, lo siguiente:

1o.): El capítulo XXI del Decreto No. 2666 de 1984, modificado en su totalidad por el artículo 1o. del Decreto No. 1740 de 1991, reglamentó todos los aspectos relativos a la importación temporal y en su artículo 209 especificó las mercancías que podrían importarse temporalmente sin que dentro de ellas se señalaran los bienes de capital. El artículo 214 incluyó los bienes de capital, en la modalidad de importación a largo plazo.

Se concluye entonces que las demás mercancías relacionadas en el artículo 209, quedaban bajo el régimen de importación temporal a corto plazo y tratándose de bienes de capital la importación temporal sería a largo plazo.

En los artículos 222 y siguientes se reglamentó la importación temporal de mercancías en arrendamiento, limitándolos a bienes de capital, es decir a maquinarias, equipos, repuestos, partes y accesorios que vengan con ellos en un mismo embarque, tal y como debe entenderse dicho concepto al tenor de los artículos 214 y 222 del Decreto No. 2466 de 1984.

Así mismo, el Decreto No. 1909 de 1992 en su artículo 40 definió las clases de importación temporal como de corto y largo plazo, limitando estas últimas a los bienes de capital y dando a entender que si las importaciones a corto plazo superan los seis meses, serán de largo plazo.

El artículo 6o. del Decreto No. 840 de 1991 precisó qué mercancías se consideraban bienes de capital, de conformidad con las partidas del arancel de aduanas, precisión esta que fue recogida en el artículo 1o. de la resolución No. 130 de 1993, al expresar qué mercancías pueden importarse temporalmente a largo plazo.

Por lo anterior, la resolución acusada se limita a precisar el alcance de las normas de carácter superior.

2o.): En lo que toca con la retroactividad atribuída a la Circular No. 003013, cabe señalar que el Decreto No. 1902 de 1992 reglamentó las liquidaciones oficiales de corrección y revisión, los hechos irregulares sancionables y las sanciones que se originarían por la ocurrencia de los mismos. Dichas disposiciones entraron a regir, tal y como lo establece el artículo 113 del citado Decreto, el 1o. de enero de 1993.

Es así como las declaraciones presentadas a partir del 1o. de enero de 1993, están sometidas al régimen sancionatorio previsto en el Decreto No. 1909, por lo cual no es acertado afirmar que son creación de la Circular acusada y menos aún que ésta tenga el carácter de retroactiva.

3o.): En virtud de la derogatoria expresa del artículo 156 del Decreto No. 2666 de 1984, por parte del artículo 111 del Decreto No. 1909 de 1992, desapareció la disposición que consagraba la aceptación provisional de la declaración de importación por parte de la Aduana, no existiendo por tanto a partir del 1o. de enero de 1993 el acto administrativo que sugiere el actor, por lo cual no puede aceptarse el argumento de que existía imposibilidad legal de aplicar la Circular No. 003013 de 1993 a las declaraciones de importación, presentadas a partir del 1o. de enero de 1993.

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Noveno Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista fiscal expresa que de la resolución acusada se infiere

que ésta tiene como finalidad la de modificar el artículo 6o. de la resolución No. 408 de 1992, modificación que está orientada a reglamentar lo atinente a las mercancías que pueden importarse a largo plazo, incluyendo en éstas a las importaciones derivadas de contratos de arrendamiento, con o sin opción de compra.

Que en el artículo 2o. de dicha resolución se advierte que hay un desfase porque el artículo 6o. de la resolución No. 408 de 1992 nada tiene que ver con la importación de mercancías en arrendamiento, no obstante que en el fondo tiene un mismo propósito pero diferente regulación. En efecto, si se analiza con detenimiento que tanto para la importación temporal a largo plazo de mercancías así como para la importación temporal de mercancías en arrendamiento cada una tiene una regulación especial, no se concibe el por qué ni para qué expedir disposiciones que comprendan el tema si en últimas se va a sostener que se trata de un mismo asunto. Ello explica que no es lo mismo realizar una importación de mercancías a largo plazo a cuando se importan mercancías en arrendamiento o a través de un contrato de leasing. Así se deduce de lo preceptuado en los Decretos Nos. 1740 de 1991, artículos 208 a 221; 0408 de 1992, artículos 6o. a 17; 1909 de 1992, artículos 39 y 40 literal b); y 0473 apartes 1.3, 3.3, 3.2 y 3.4.2.

No existiendo la fuente legal propuesta, hay falsa motivación ya que se están involucrando aspectos jurídicos parecidos pero con diferentes resultados o connotaciones, lo cual genera nulidad.

Respecto de la Circular No. 003013, se observa que el asunto enunciado en la misma es la "Importación temporal a largo plazo de vehículos y la Formulación de Liquidaciones Oficiales de Corrección", pero dentro de su contexto, en especial en los párrafos primero, segundo, tercero y cuarto, se entra a desarrollar lo dispuesto en la resolución No. 0130, es decir lo referente a las mercancías que pueden ser objeto de importación temporal a largo plazo, incluyendo aquí la importación temporal a largo plazo producto de un contrato de arrendamiento con o sin opción de compra, lo cual a primera vista es contrario con el asunto enunciado (importación de vehículos) y son válidas las consideraciones expuestas en el análisis de la resolución No. 0130, en el sentido de que al ser tratadas en idéntica forma las importaciones temporales a largo plazo y las importaciones temporales en leasing con o sin opción de compra, los actos acusados se encuentran viciados de nulidad, pues a cada una dentro de nuestro ordenamiento jurídico se le da un tratamiento diferente, no teniendo en común sino que a través de ambas modalidades se pueden importar mercancías por un lapso determinado y expirado el mismo deben devolverse al país de origen.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.-Según el actor el artículo 2o. de la resolución No.0130 de 25 de junio de 1993 al incluir las importaciones temporales de mercancías en arrendamiento con o sin opción de compra como importaciones temporales a largo plazo está reformando los artículos 222 a 224 del Decreto No. 2666 de 1984 modificados por el artículo 1o. del Decreto No. 1740 de 1991, que le dio autonomía e identidad propia a las importaciones

temporales de mercancías en arrendamiento; y que así mismo incurre en falsa motivación al confundir en una sola las modalidades de importación temporal con las específicamente denominadas importaciones de largo plazo creadas exclusivamente para bienes de capital.

Prescribe la resolución acusada:

"**ARTICULO PRIMERO:** Modifícase el artículo 6o. de la resolución No. 408 de 1992, el cual quedará así:

"**Mercancías que pueden importarse temporalmente a largo plazo.** Podrán declararse en importación temporal de largo plazo, en las condiciones previstas en el artículo 39 del Decreto No.1909 de 1992 y conforme a los parámetros señalados en el literal b) del artículo 40 del mismo decreto, los bienes de capital o sus partes, a que se refiere al artículo 6o. del decreto No. 840 de 1991 con excepción de la subpartida arancelaria que a continuación se señala: 87.06.00.90.40.

"**ARTICULO SEGUNDO:** Para los efectos anteriores, se entenderá que la importación temporal a largo plazo incluye aquellas derivadas de contratos de arrendamiento con o sin opción de compra...".

Al respecto, cabe observar:

De acuerdo con el artículo 209 literal k) del Decreto No. 2666 de 1984, modificado por el artículo 1o. del Decreto No. 1740 de 1991, pueden ser objeto de importación temporal "Los Bienes de capital o sus partes...".

El artículo 210 *ibídem* señala las clases de importación temporal, a saber: a corto plazo (máximo seis meses, prorrogables hasta por tres meses) y a largo plazo (hasta de cinco años).

El artículo 214 *ibídem* estatuye que "Las maquinarias y los equipos destinados a obras públicas y a otras actividades importantes para el desarrollo económico o social del país; además, los bienes de capital, equipos y sus repuestos, partes o accesorios, que vengan en el mismo embarque, al ser importados temporalmente a largo plazo..."

El artículo 222 *ibídem* prevé que "Se podrán importar temporalmente al país las maquinarias, equipos y los repuestos, partes y accesorios, que vengan con ellos en un mismo embarque, para desarrollar una actividad económica o social, cuado sean objeto de un contrato de arrendamiento con o sin opción de compra, ingresen por un plazo superior a seis (6) meses...".

El Artículo 223 *ibídem* estatuye: "Plazo de la Importación Temporal. El plazo para la importación de las maquinarias, equipos y elementos referidos en el Artículo anterior, no podrá exceder de sesenta (60) meses...".

El artículo 40 del Decreto 1909 de 1992 señala las clases de importación temporal y en su literal b) prescribe: "De largo plazo, cuando se trate de bienes de capital representados por máquinas, equipos, material de transporte y sus accesorios, partes y repuestos, que vengan en el mismo embarque. El plazo máximo de esta importación será de cinco (5) años".

De las normas antes enunciadas se infiere: que los bienes de capital, entendiendo por tales los equipos y sus repuestos, partes o accesorios que vengan en el mismo embarque, conforme al artículo 214 del Decreto 2666 de 1984, o los representados por máquinas, equipos, material de transporte y sus accesorios, partes y repuestos, que vengan en el mismo embarque, de acuerdo con el artículo 40 literal b) del Decreto No. 1909 de 1992, están sujetos a importanción temporal de largo plazo.

Las maquinarias, equipos y repuestos, partes y accesorios que vengan en un mismo embarque, cuando sean objeto de un contrato de arrendamiento con o sin opción de compra, están también sujetos a importación temporal de largo plazo.

Luego, si el acto acusado dispuso que los bienes de capital pueden declararse en importación temporal de largo plazo y que tal importación incluye a los derivados de un contrato de arrendamiento con o sin opción de compra, no está reformando los artículos 222 a 224 del Decreto No. 2666 de 1984, modificados por el artículo 1o. del Decreto No.1740 de 1991, ni está tampoco falsamente motivado al fusionar los conceptos de importación temporal de largo plazo de bienes de capital con las importaciones temporales de mercancías en arrendamientos ya que estando representados los bienes de capital por maquinarias, equipos, repuestos y partes o accesorios que vengan en el mismo embarque y pudiendo estos bienes ser objeto de un contrato de arrendamiento con o sin opción de compra, puede afirmarse que es la misma ley la que ha fusionado los dos conceptos para que produzcan un mismo efecto: que su importación temporal sea de largo plazo. Por esta razón no están llamados a prosperar los dos primeros cargos.

2.- La Circular Externa No. 003013 de 25 de junio de 1993, establece lo siguiente:

> "...Teniendo en cuenta algunas inquietudes presentadas en cuanto a las mercancías que pueden ser objeto de importación temporal a largo plazo, es importante reiterar el contenido del artículo 6o. de la resolución 408 de 1992 y de la resolución 0130 del 25 de junio de 1993, en el sentido de que sólo los bienes de capital o sus partes señalados en el artículo 6o. del Decreto 840 de 1991, con la excepción introducida por la última de las resoluciones citadas, pueden ser objeto de importación temporal a largo plazo, incluso si esta modalidad se aplica como consecuencia de un contrato de arrendamiento con o sin opción de compra.
>
> En este orden de ideas, mercancía distinta a aquella que se clasifique por las subpartidas arancelarias a que hace referencia el artículo 6o. del Decreto 840 de 1991, no puede ser importada temporalmente a largo plazo, ni por el sistema de arrendamiento financiero o leasing que también puede revestir esta modalidad.

En consecuencia, y en razón a las facultades de fiscalización y control posterior que posee la Direccción de Aduanas Nacionales, tal como lo dispone el Título II del Decreto 1909 de 1992, serán formuladas liquidaciones oficiales de corrección a todas aquellas declaraciones de importación presentadas a partir del 1o. de enero de 1993, que amparen mercancías que por su naturaleza no podían ser objeto de la modalidad de importación temporal a largo plazo, toda vez que se configuró erróneo diligenciamiento del respectivo formulario, lo que generó la aplicación de un tratamiento tributario improcedente.

En efecto, el diligenciamiento del formulario tiene como punto de partida la declaración de una modalidad de importación que, según el caso, trae consigo la aplicación de unas normas aduaneras especiales y de determinado tratamiento tributario en relación con los tributos aduaneros que se generan, su liquidación y forma de pago. Por consiguiente, declarar una modalidad de importación con suspensión de tributos aduaneros, cuando no se cumplía con los requisitos para el efecto, al tratarse de mercancías que no podían ser objeto de importación a largo plazo implica un erróneo diligenciamiento del formulario como quiera que el pago de los tributos Aduaneros fue suspendido cuando lo que procedía era su cancelación inmediata.

Las liquidaciones oficiales que se deberán formular por las Administraciones de Impuestos y Aduanas, contendrán la correspondiente cuenta adicional por los tributos aduaneros suspendidos, tal como lo dispone el inciso 4o. del artículo 75 del Decreto 1909 de 1992, además de los intereses corrientes causados sobre los tributos dejados de percibir desde la fecha de presentación de la declaración de importación temporal hasta la fecha de formulación de la señalada liquidación oficial de corrección de que trata la presente circular. Si formulada la liquidación oficial de corrección por la Administración, el responsable no paga dentro de los cinco (5) días hábiles a su formulación, se generarán intereses de mora.

Por todo lo anterior, los usuarios aduaneros para evitar la formulación de estas liquidaciones oficiales por parte de la Administración, deberán presentar voluntariamente una declaración de corrección en los bancos y demás entidades financieras autorizadas, en la cual se corrija la modalidad de importación inicialmente declarada, por la importación ordinaria y se cancelen los tributos aduaneros pendientes. En este caso no se generarán intereses corrientes ni moratorios...".

En lo tocante a los cargos de violación frente a los dos primeros párrafos son valederas las consideraciones precedentes hechas respecto de la resolución acusada, por lo cual los cargos frente a ellos no están llamados a prosperar.

En lo concerniente a las censuras que se endilgan a los párrafos tercero a sexto de la Circular Externa *Sub-exámine* la Sala observa que las regulaciones allí previstas tienen fundamento en los artículos 70 inciso 2o. y 75 inciso 4o. del Decreto No. 1909

de 1992, los cuales prevén la formulación de liquidación oficial de corrección y de cuenta adicional en los casos de erróneo diligenciamiento del formulario y que la declaración de corrección podrá efectuarse cuando se presente error en el diligenciamiento del formulario.

Como quiera que el Decreto en referencia entró en vigencia el 1o. de enero de 1993, conforme a lo dispuesto en su artículo 113, resulta obvio que las liquidaciones oficiales de corrección procedieran frente a las declaraciones de importación formuladas a partir de esa fecha en las cuales se hubiere incurrido en error respecto de mercancías que por su naturaleza no podían ser objeto de la modalidad de importación temporal a largo plazo, pues ello implicaba un tratamiento tributario diferente dado que es en dicha declaración cuando se señala la modalidad de importación, la liquidación privada de los tributos y el tratamiento preferencial a que hubiere lugar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del citado Decreto No. 1909. Por ello, no están llamadas a prosperar tales censuras.

Fluye de lo expresado como conclusión que deben denegarse las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

DEVUELVASE la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 15 de septiembre de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Al no resultar jurídicamente viable haberse adoptado como fundamento para la expedición de las resoluciones acusadas el artículo 143 del Decreto 1594 de 1984, ello obliga al juez administrativo a hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4o. de la Carta Política.

DECLARASE LA NULIDAD DE LAS SIGUIENTES DISPOSICIONES: De los artículos primero, segundo y tercero, en su integridad, de la resolución 0420 de 1o. agosto de 1991, de la expresión "... Cancele el valor de que trata el artículo 1o. de la presente resolución y se...", contenida en el artículo 5o. de la resolución 020 del 1o. de agosto de 1991, del artículo 2o. de la resolución 0756 de 27 de noviembre de 1991, en las partes que corresponden en esencia a las disposiciones de la resolución 0420 de 1991 cuya nulidad se declara.

SERVICIO DE ELIMINACION O CONTROL/TASA RETRIBUTIVA.

Si el inciso 2o. del artículo 338 de la Carta Política defiere expresamente a la ley la fijación del sistema y el método para definir los costos y beneficios de los servicios que se proporcionen a los particulares, y en el asunto *sub-exámine* el legislador no ha procedido a ello, el artículo 13 del Decreto 1594 de 1984 no podía, como norma de carácter reglamentario que es, servir de fundamento para la expedición de los actos acusados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciseis de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2874. Actor: Sociedad Andina de Curtidos S.A.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, de fecha 8 de octubre de 1993.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

La Sociedad Andina de Curtidos S.A. a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad de las resoluciones Nos. 420 del 1o. de agosto de 1991 y 756 del 27 de noviembre del mismo año, expedidas por el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente - Inderena-, Regional Antioquia, solicitó que como consecuencia se declare que dicha sociedad no está obligada a pagar por concepto de tasa retributiva por el primer semestre de 1991, la suma de dinero allí establecida.

b.- Los actos acusados

Ellos son los siguientes:

1o.- La Resolución No. 420 del 1o. de agosto de 1991, mediante la cual se liquidó la tasa retributiva a cargo de la parte actora, en la suma de $17.822.727,oo, distribuída así: a favor del Inderena $5.346.818,10 que representa el 30% del total y $12.475.908,10 correspondiente al restante 70%, que deberá ser empleada en el tratamiento de las agua residuales industriales producidas por dicha empresa (arts. 1o. y 2o.); se indicó el número de la cuenta en la que debía consignarse la suma a favor del Inderena (art.3o.); se dispuso que la sociedad actora debía realizar y presentar al Inderena en el término de 90 días un estudio de tratabilidad para seleccionar la alternativa más apropiada de tratamiento de los residuos líquidos industriales (art. 4o.); se resolvió que una vez cancelada la suma en favor del Inderena y se presente el cronograma de actividades para dar solución al problema de los residuos líquidos, se otorgaría el permiso provisional de vertimiento (art.5o.); se indicó que el incumplimiento de lo resuelto conllevaría a la imposición de sanciones y la procedencia del recurso de reposición (arts. 6o. y 7o.).

2o.- La resolución No. 0756 de 27 de noviembre de 1991, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la primera de las citadas, aclarándola en el sentido de señalar que cuando ese dicho acto se menciona la Empresa Andina de Curtidos, deberá entenderse que se trata de la Sociedad Andina de Curtidos S.A. (art.1o.), revocando su parte resolutiva, para luego de ello determinar el texto de la misma (art.2o.), denegando el recurso subsidiario de apelación (art.3o.) y declarando agotada la vía gubernativa (art.4o.).

c.- **Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación**

Primer cargo.- Violación del artículo 35 del C.C.A. por adolecer los actos acusados, de los siguientes defectos formales:

a) No especificó el período gravable a que correspondía.

b) No dijo cuáles fueron las fuentes utilizadas por la actora para utilizar aguas o hacer vertimientos.

c) No explicó cuáles fueron los parámetros previstos en el artículo 143 del Decreto 1594 de 1984, para llegar a la conclusión de que el valor de la tasa correspondía a $17.822.727,oo.

d) No se hizo la liquidación tomando como base la caracterización promedio de vertimientos en el semestre inmediatamente anterior.

e) No se indicaron las normas sobre vertimientos aplicables al caso.

f) No se señalaron cuáles eran los servicios de eliminación o control llevados a efecto por el Inderena, respecto de las cargas atribuídas a la demandante.

Segundo cargo.- Desconocimiento de los artículos 143, 144, 146, 147 y 148 del Decreto 1594 de 1984 (asumiendo que son compatibles con normas de superior jerarquía).

Lo anterior por cuanto en dichas normas se establece que si las llamadas EMAR (caso del Inderena) no prestan servicios de eliminación o de control de vertimientos nocivos, tampoco pueden cobrar las tasas retributivas, puesto que además éstas se causan como contraprestación en la medida en que se presten los servicios anteriormente aludidos y no como fuente de ingresos para su funcionamiento, o para ser aplicadas en menesteres diferentes. En consecuencia, no habiendo prestado el Inderena dichos servicios de eliminación y control específico dentro del semestre inmediatamente anterior, esto es el segundo de 1990, mal podría exigir que se le retribuyera la tasa liquidada.

De otra parte, en la resolución No. 756 se dice que lo que se tuvo en cuenta para liquidar la tasa retributiva, fue la caracterización presentada por la Sociedad Andina de Curtidos, lo cual es contrario a lo señalado en el artículo 143 del tantas veces mencionado Decreto 1594 de 1984, por cuanto en éste se establece que se tomará como base la caracterización promedio de vertimiento en el semestre inmediatamente anterior y consta en el expediente administrativo de Andina de Curtidos S.A., que la caracterización se hizo el 30 de enero de 1991 para cumplir con exigencias de información que efectuó tal entidad con el fin de que se fijara el uso del Río Medellín con miras a la construcción, por iniciativa del poderdante, de una planta de tratamiento

de aguas, con lo que quiere indicar que sólo se tuvo en cuenta una caracterización, contrariando así lo dispuesto en el artículo 143.

Tercer cargo.- De conformidad con lo previsto en el artículo 4o. de la Constitución Política, el Decreto 1594 de 1984 es incompatible con el artículo 338 de la Constitución de 1991, por cuanto en dicha disposición se establece que la ley puede facultar a las autoridades administrativas para fijar las tarifas de tasas y contribuciones que cobren como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que las proporcionen, siempre y cuando tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto, sean fijados por la ley, por lo que no puede entenderse que se pueda hacer mediante un decreto reglamentario, como lo es el 1594 de 1984, con fundamento en el cual se liquidó la tasa retributiva de la sociedad demandante.

d.- **Las razones de la defensa**

En las contestación de la demanda y en su alegato de conclusión, la parte demandada expresa que, en términos generales, la competencia del Inderena es la protección del ambiente y la administración y manejo de los recursos renovables.

Agrega que mediante el Decreto 1594 de 1984 se reglamentó el uso de las aguas y los residuos líquidos, señalándose en los artículos 2o. y 3o. que el Inderena tiene el carácter de EMAR, esto es, de entidad encargada del manejo y administración del recurso.

Respecto de los vicios formales se pronunció así:

En cuanto a que a la demandante no se le indicó la fórmula del artículo 143 del Decreto 1594 de 1984 para deducir la tasa retributiva, responde la apoderada del Inderena que éste toma las caracterizaciones presentadas por los usuarios, aplicando a las mismas, las fórmulas y procedimientos establecidos en el artículo 143 del mencionado decreto. Agrega que en la parte motiva de las resoluciones demandadas se consagró el procedimiento utilizado para la imposición de la tasa retributiva y se señalaron las normas sobre la materia, no estando la administración obligada a transcribir los artículos en que funda sus decisiones, pues ello no se deduce del artículo 35 del C.C.A.

Referente a que en la liquidación de la tasa retributiva no se partió de la caracterización promedio, sino sólo de la caracterización presentada por la misma sociedad, ello no quiere decir que se desconozca el parágrafo 2o. del artículo 143 del Decreto 1594 de 1984, puesto que se supone que si el usuario sólo presenta una caracterización dentro del semestre, es porque siempre tuvo la misma descarga.

A la réplica de no haberse invocado las normas técnicas sobre vertimientos en la resoluciones acusadas, la apoderada del Inderena observa que cuando se estructuraron

dichas resoluciones, en la parte motiva de las mismas se indicaron las normas específicas en que se fundaban y en todo caso remitían al Decreto 1594 que regula de manera integral la materia.

A la aseveración de que el Inderena no realizó actividades de control específico sobre los vertimientos que realiza la sociedad actora al río Medellín, violando así los artículos 142 y 147 del Decreto 1594 de 1984, la entidad demandada le responde que tal y como lo expresan los artículos 18 y 19 del Decreto 2811 de 1974 y los que se citan como violados en la demanda, las EMAR recaudarán el producto de las tasas retributivas cuando lleven a cabo el servicio de eliminación o control de los vertimientos a fuentes de agua, control que ejerció el Inderena y que se traduce en la vigilancia de las normas sobre la materia, visitas de campo, análisis de estudios y caracterizaciones presentadas por los usuarios, seguimiento a las actividades, recomendaciones a los usuarios del recurso, etc., actividades que a su juicio habilitan al Inderena como EMAR para el cobro de la tasa retributiva.

A la queja de la sociedad demandante consistente en que el Inderana se sirvio de una información que había pedido con un fin específico (tramitar la fijación de límites permisibles de descargas), para fijar la tasa retributiva correspondiente al primer semestre de 1991, señala la demandada que tal y como se expresó en la resolución No.756 de 1991, de conformidad con el artículo 164 del Decreto 1594 de 1984, el Inderena puede pedir en cualquier tiempo a los usuarios de fuentes de agua la caracterización de sus vertimientos, tema este último que está íntimamente ligado al cobro de las tasas retributivas, razón por la cual el hecho de adelantar un trámite para la concesión del respectivo permiso de vertimientos, no exonera al usuario del recurso del pago de la tasa retributiva. Añade que la sociedad demandante no sólo no ha cancelado la tasa retributiva, sino que tampoco ha dado cumplimiento a las demás exigencias que se consagraron respecto al trámite de permiso de vertimientos.

Por último, respecto de la incompatibilidad del Decreto 1594 de 1984 frente al artículo 338 de la Constitución, arguye el Inderena que la tasa retributiva por el uso de fuentes de agua para los vertimientos líquidos, es de creación legal, por cuanto es en el artículo 12 de la Ley 23 de 1973 y en el Decreto Ley 2811 de 1974 artículos 18 y 19, donde se consagra la tasa retributiva, teniendo el último decreto mencionado la misma fuerza legislativa de la ley, por haber sido expedido con base en las facultades conferidas en la Ley 23 citada y en el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional de 1886. En consecuencia, el Decreto 1594 de 1984 sólo se limitó a fijar la tarifa de dicha tasa (creada por la ley), lo cual se compadece con lo preceptuado en el artículo 338 de la Constitución Nacional vigente.

En el alegato de conclusión, la entidad demandada reitera lo sostenido en la contestación de la demanda y además realiza un amplio análisis de la consagración constitucional que ha tenido la protección al medio ambiente, la cual prevé como deber del Estado el proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de

importancia ecológica y en general buscar una racional utilización de los recursos naturales (artículos 79, 80 y 81 C.N.):

e.- **La actuación surtida**

De conformidad con las normas correpondientes 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 del 10 de febrero de 1992 se admitió la demanda (fl. 30 del Cdno. Ppal.).

Mediante proveído del 23 de junio de 1992 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por las partes (fl. 47 del Cdno. Ppal).

Por auto del 23 de abril de 1993 (fl. 58 del Cdno. Ppal.), se corrió traslado a las partes y al señor Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso la parte demandada (fl. 67 del Cdno. Ppal), la parte demandante (fl. 73 del Cdno. Ppal), y el Agente del Ministerio Público (fl. 59 del Cdno. Ppal.).

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante la sentencia recurrida el tribunal de origen denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 79 a 89 del Cdno. Ppal.):

Respecto de la pretendida violación del artículo 338 de la Constitución Nacional por parte del Decreto Reglamentario No. 1594 de 1984, el *a-quo* considera que no es de recibo este argumento por cuanto éste se limita a desarrollar los criterios de costo-beneficio que consagran la Ley 23 de 1973 en su artículo 12 y los artículos 18 y 19 del Decreto 2811 de 1974 que disponen:

Artículo 12 (Ley 23 de 1973):

> "El Gobierno Nacional creará los sistemas técnicos de evaluación que le permitan hacer participar a los usuarios de los recursos ambientales en los **gastos de protección y renovación de éstos, cuando sean usados en beneficio de actividades lucrativas**" (negrillas del Tribunal).

A su vez los artículos 18 y 19 del Decreto 2811 de 1974 disponen respectivamente:

> "La utilización directa o indirecta de la atmósfera, de los ríos, arroyos, lagos y aguas subterráneas, y de la tierra y el suelo para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades lucrativas, **podrán sujetarse al pago de tasas retributivas del servicio de eliminación o control de las consecuencias de las actividades nocivas expresadas**".

"También podrán fijarse tasas para compensar los gastos de mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales renovables."

"El Gobierno Nacional calculará, por sectores de usuarios y por regiones que individualizará, **los costos de prevención, corrección o eliminación de los efectos nocivos al ambiente**" (negrillas del Tribunal).

Agrega el tribunal que de las normas anteriores se infiere que en ellas se consagran una serie de criterios que deben ser utilizados para determinar las tasas retributivas que generan la actividad lucrativa del usuario, criterios que a su vez son usados por el Decreto Reglamentario 1594 de 1984, artículos 142 y siguientes, al establecer las fórmulas que deben aplicarse para determinar el valor de las tasas.

En este sentido, el fallador de primera instancia trae a colación lo expresado por la Sección Primera del Consejo de Estado, al definir la acción de nulidad entablada contra el Decreto 1169 de 1992, artículo 1o.:

"De tal suerte que no es como lo ha entendido el actor, que se requiere de otra ley que establezca dicho monto global y la correspondencia que se ha de observar en la fijación de las tasas entre los gastos de operación y el costo de los programas, así como los métodos y sistemas que permiten determinar la fijación, pues es bien sabido que la ley señala los parámetros generales para que sea el reglamento quien se ocupe de las particularidades que la hagan expedita en su aplicación. Por esta razón el acto acusado lo que hace es desarrollar dichos parámetros, procediendo a la fijación de las tasas y por este solo hecho no se presenta la violación que aduce el demandante frente a las normas invocadas como transgredidas". (Sentencia del 27 de noviembre de 1992, Consejero Ponente, Doctor Miguel González Rodríguez, Expediente No. 2106).

Concluye el tribunal afirmando que más que "incompatible" con la nueva Constitución, el Decreto 1594 de 1988 se identifica totalmente con la intención del Constituyente, cual fue la de consagrar el derecho que tiene toda persona a un ambiente sano y la obligación del Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponiendo las sanciones legales y exigiendo la reparación de los daños causados (artículos 79 y 80 de la Carta).

En lo que toca con la insuficiente motivación, el Tribunal de Antioquia considera que en los actos impugnados se expresa que la determinación de la tasa se hizo de acuerdo con la caracterización presentada por la empresa y tomando para el efecto las fórmulas establecidas en el artículo 143 del Decreto 1594 de 1984 y bajo las normas técnicas y legales previstas en el referido ordenamiento, razón por la cual las motivaciones expresadas en los actos impugnados cumplen con el requisito de motivación breve y sumaria exigido por las normas legales.

Por último, el tribunal de origen entra a estudiar la pretendida violación al artículo 143 y siguientes del Decreto 1594 de 1984 y por no haberse dicho en los actos acusados

cuáles son las actividades desarrolladas por el Inderena que lo autorizan a cobrar la tasa y, por no haberse tomado el promedio de las caracterizaciones correspondientes al semestre anterior al que se cobra la tasa retributiva, mediante los actos demandados.

Advierte el tribunal que más que violación de la ley, el cargo del que debe hablarse propiamente es el de error o falsedad en los motivos del acto, toda vez que lo que se discute tiene relación con los supuestos de hecho invocados en los actos, que no corresponden a los supuestos legales o hipótesis normativas descritas en los actos demandados.

Señala el tribunal que el parágrafo del artículo 164, así como el artículo 167 del Decreto 1594 de 1984, indican que los usuarios deberán caracterizar sus vertimientos y reportar los resultados de manera periódica a las EMAR, en este caso el Inderena.

Como quiera que en el expediente administrativo que obra en el proceso, se observa que la demandada en forma más o menos regular exigió a la demandante la presentación de las caracterizaciones y demás estudios necesarios para el cumplimiento de sus funciones de control, la circunstancia de que el usuario no haya cumplido con dicha obligación, no impide al Inderena cobrar la tasa y además usar para tal efecto la caracterización que se presentó por la actora para otros fines, pues los resultados de dicha caracterización no pueden ser diferentes, según se trate del cobro de una tasa o de otra actividad diferente.

Concluye el tribunal señalando que es lógico pensar que si las caracterizaciones son hechas por el usuario, al presentar éste una sola, se entiende que si aquellas no se efectuaron dentro del semestre anterior es porque no hubo variación en los vertimientos, que es lo que explica el patrón promedio tomado a fin de que el usuario pague lo que efectivamente le corresponde. Por tal razón no podrá predicarse la nulidad por estos motivos.

Para terminar el *a-quo* observa que lo que dá lugar a la imposición de la tasa retributiva y a su posterior cobro, es la labor desarrollada por el Inderena, encontrándose en el caso en comento que éste realizó las labores de control y vigilancia del vertimiento de aguas de la sociedad demandante, a través de visitas de campo, examen de estudios y análisis presentados que así lo demuestran. Apoya además su convencimiento en el testimonio rendido por el ingeniero de la entidad demandada, considerando que por ser funcionario de la misma, puede dar fe de las actividades desplegadas por el instituto en el asunto objeto de dicusión.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que bajo la forma de cargos se sintetizan a continuación (fls. 95 a 97 del Cdno. Ppal.):

Primer cargo.- Insiste en que el Decreto Reglamentario No. 1594 de 1984, es incompatible con el artículo 338 de la actual Constitución, por cuanto ésta es norma de

normas y por tanto toda la legislación existente debe ser confrontada con ella. Sostiene que antes de la expedición de la Constitución de 1991, las autoridades ejecutivas establecían a su antojo ciertas contribuciones obligatorias, específicamente en el campo de las tasas. Por ello, el Constituyente de 1991 estableció que los supuestos básicos de las tasas y contribuciones, deben emanar directamente de las leyes, ordenanzas y acuerdos, los cuales podrán atribuir competencia a las autoridades administrativas para fijar las tarifas retributivas de servicios o de beneficios reportados por los mismos a los contribuyentes, siempre y cuando el sistema y el método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto, fuesen fijados directamente por las leyes, ordenanzas o acuerdos. En consecuencia al constar en los artículos 142, 143, 144, 147 y 148 del Decreto Reglamentario No. 1594 de 1984, el sistema para fijar las tarifas, aquél excede la Constitución.

Segundo cargo.- No resuelve el tribunal de origen, cuáles son los costos que el Inderena está autorizado para recuperar de los usuarios. Señala que la ley es clara cuando remite a los gastos de protección y renovación de recursos usados en beneficio de actividades lucrativas (Ley 23 de 1973, artículo 12), pero ello no autoriza al Inderena para que por la sola gestión suya de vigilancia de los usuarios, cause a cargo de los mismos la obligación de pagar tasas que no guardan proporción con esos gastos de protección y renovación del recurso, de que habla la ley.

Tercero cargo.- Considerando en gracia de discusión que los artículos 142 y siguientes del Decreto 1594 de 1984 puedan seguir siendo aplicados a la luz de la actual Carta Política, el Inderena no hizo la liquidación acusada con base en el promedio semestral de vertimientos, como lo dispone el artículo 143*ibídem*. Aduce que el tribunal avaló una actuación del Inderena realizando disquisiciones improcedentes, toda vez que en parte alguna ha señalado la ley que este organismo pueda liquidar las tasas retributivas del servivio, por cualquier caracterización que presenten los usuarios, y mucho menos si aparece con la claridad que se ha verificado respecto de vertimientos en un período de 24 horas.

IV.- LA IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte demandada no compareció en esta etapa del proceso.

V.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Delegado ante esta Corporación, no rindio concepto en el trámite de la segunda instancia.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo.- En él se plantea que en virtud de los mandatos del artículo 338 de la Constitución Política, el INDERENA no podía liquidar con fundamento en las disposiciones del Decreto Reglamentario 1594 de 1984 la tasa retributiva del servicio de eliminación o control de los vertimientos que realiza en el río Medellín la sociedad accionante, a lo cual procedio mediante los actos acusados, por

cuanto no existe norma de categoría legal que determine el sistema y el método para definir los costos de tal servicio y los beneficios que reportan a los responsables de dichos vertimientos ni la forma de hacer su reparto entre los interesados.

Este cargo corresponde en esencia a la tercera acusación formulada en el libelo demandatorio y frente a él la Sala entiende que en el mismo se solicita la declaratoria de la excepción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 142, 143, 144, 147 y 148 del Decreto 1594 de 1984, con base en los cuales, según la actora, el INDERENA liquidó la correspondiente tasa retributiva y, como consecuencia de ello, su inaplicabilidad al asunto *sub-júdice.*

En el expresado orden de ideas, la Sala observa y considera lo siguiente:

El artículo 338 de la Constitución Política señala que "La ley, las Ordenanzas y los acuerdos pueden 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; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las Ordenanzas o los acuerdos".

Mediante los artículos 12 de la Ley 23 de 1973 y 18 y 19 del Decreto 2811 de 1974, o Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y Protección del Medio Ambiente, en su orden, se facultó al Gobierno Nacional para crear los sistemas técnicos de evaluación que le permitan hacer participar a los usuarios de los recursos ambientales en los gastos de protección y renovación de éstos, cuando sean utilizados en beneficio de actividades lucrativas; se estableció la posibilidad de sujetar al pago de tasas retributivas el servicio de eliminación o control de las consecuencias que se deriven de los ríos, arroyos, entre otros, para el vertimiento de desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, etc., que sean el resultado de actividades lucrativas y se autorizó al Gobierno Nacional para calcular, por sectores de usuarios y por regiones, los costos de prevención, corrección o eliminación de los efectos nocivos al medio ambiente.

A su vez, los artículos 142, 143, 144, 147 y 148 del Decreto 1594 de 1984, en su orden, disponen que la utilización directa o indirecta de las fuentes de agua para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales y, en general, sustancias nocivas que sean el resultado de actividades lucrativas, se sujetará al pago de tasas retributivas del servicio de eliminación o control de las consecuencias de tales actividades nocivas; establecen las ecuaciones matemáticas que deben aplicarse para el cálculo de la tasa retributiva ordinaria diaria y sus modificaciones; determinan que las entidades encargadas del manejo y administración del recurso recaudarán el producto de dichas tasas cuando lleven a cabo el servicio de eliminación o control de las mencionadas consecuencias nocivas, y prescriben que los usuarios que cumplan con las normas de vertimiento pagarán la tasa retributiva ordinaria diaria.

Como quiera que lo dispuesto por el artículo 4o. de la Constitución Política habilita a los jueces para abstenerse de aplicar la ley u otra norma jurídica en los casos concretos en que se presente su contradicción frente al ordenamiento constitucional, corresponde determinar si en efecto, como lo sostiene la recurrente, las mencionadas disposiciones de carácter reglamentario o algunas de ellas se oponen y son incompatibles con el inciso segundo del artículo 338 de la Carta Política.

Del examen de los citados artículos 12 de la Ley 23 de 1973 y 18 y 19 del Decreto Ley 2811 de 1974, la Sala constata que en ninguna de sus disposiciones se determina el sistema y el método para definir los costos de los servicios de eliminación o control de las consecuencias que se derivan de la utilización de las fuentes de agua para introducir o arrojar en ellas sustancias nocivas que sean el resultado de actividades lucrativas, con base en los cuales la Administración ha de fijar la tarifa de la tasa, así como tampoco se establece la forma de hacer su reparto, sino que simplemente en ellos se facultó al Gobierno Nacional para crear los sistemas técnicos de evaluación que le permitan hacer participar a los usuarios de los recursos ambientales en los gastos de protección y renovación de éstos, para sujetar al pago de tasas retributivas los mencionados servicios y para calcular los costos de prevención, corrección o eliminación de los efectos nocivos del ambiente.

En efecto, las mencionadas disposiciones de rango legal disponen lo siguiente:

1o.- Ley 23 de 1973:

"ARTICULO 12.- El Gobierno Nacional creará los sistemas técnicos de evaluación que le permitan hacer participar a los usuarios de los recursos ambientales en los gastos de protección y renovación de estos, cuando sean usados en beneficio de actividades lucrativas".

2o.- Decreto Ley 2811 de 1974:

"ARTICULO 18.- La utilización directa o indirecta de la atmósfera, de los ríos, arroyos, lagos y aguas subterráneas, y de tierra y el suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades lucrativas, podrá sujetarse al pago de tasas retributivas del servicio de eliminación o control de las consecuencias de las actividades nocivas expresadas.

"También podrán fijarse tasas para compensar los gastos de mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales renovables".

"ARTICULO 19.- El Gobierno Nacional calculará, por sectores de usuarios y por regiones que individualizará, los costos de prevención, corrección o eliminación de los efectos nocivos al ambiente".

Ahora bien, las precedentes constataciones y conclusiones implican, como paso subsiguiente de este análisis, la tarea de establecer si los artículos 142, 143, 144, 147 y 148 del Decreto 1594 de 1984 o algunas disposiciones contenidas en ellos definen el sistema y el método para determinar los costos y beneficios del servicio de eliminación o control de las consecuencias que se deriven de la utilización de las fuentes de agua para el vertimiento de desechos nocivos y la forma de hacer su reparto, pues solo en dicha medida cabría declarar la correspondiente excepción de constitucionalidad, en cuanto ellos hubiesen constituído el fundamento de los actos acusados, como quiera que de conformidad con lo previsto por el inciso segundo del artículo 338 de la Carta Política, tales aspectos son del resorte de la ley.

Las citadas normas disponen lo siguiente:

"ARTICULO 142.- De acuerdo con el artículo 18 del Decreto 2811 de 1974, la utilización directa o indirecta de los ríos, arroyos, lagos y aguas subterráneas para introducir o arrojar en ellos desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen y sustancias nocivas que sean resultado de actividades lucrativas, se sujetará al pago de tasas retributivas del servicio de eliminación o control de las consecuencias de las actividades nocivas expresadas. Dichas tasas serán pagadas semestralmente en los términos del presente decreto".

"ARTICULO 143.- La tasa retributiva diaria (TO) se calculará mediante la aplicación de la siguiente ecuación:

$$TO = C\,C \times SM1 + TOX \times SM2$$

$$CC = \frac{2DBO + DOO}{3} + S.S.$$

$$SM1 = A \times SMD$$

$$SM2 = B \times SMD \times P$$

"Parágrafo 1o.- Para efectos de la aplicación de las ecuaciones a que se refiere el presente artículo, se adoptan las siguientes convenciones:

CC = Carga combinada, en kg/día.

TO = Tasa retributiva ordinaria diaria, en pesos.

DBO = Demanda bioquímica de oxígeno a cinco (5) días, en kg/día.

DQO = Demanda química de oxígeno, en kg/día.

SS = Sólidos suspendidos, en kg/día.

TOX = Sumatoria de sustancias de interés sanitario, en kg/día.

SM1 = Factor que permite expresar el costo del programa de control por unidad de carga combinada, en pesos/kg.

SM2 = Factor que permite expresar el costo del programa de control de las sustancias de interés sanitario, en pesos/kg.

SMD = Salario mínimo diario vigente en la fecha de evaluación.

A = 2.5 x 10 -4 días/kg.

B = 0.2 días/kg.

P = Factor que prevé la acumulación de sustancias de interés sanitario en el recurso. Se considera igual a 20".

"Parágrafo 2o.- Para la aplicación de las ecuaciones se tomará como base la caracterización promedio del vertimiento en el semestre inmediatamente anterior, teniendo en cuenta los períodos en que se produjo, siempre y cuando haya habido notificación previa por parte del usuario".

"ARTICULO 144.- Los factores A. y B de la tasa retributiva ordinaria diaria (TO) se podrán modificar mediante la aplicación de la siguiente ecuación:

$$A = \frac{CACC}{TCC \times 365 \times SMD}$$

$$B = \frac{CATOX}{TTOX \times 365 \times SMD}$$

"Parágrafo.- Para los efectos de la aplicación de la ecuación a que se refiere el presente artículo, se adoptan las siguientes convenciones:

CACC: Costo administrativo y de investigación del programa de control de los parámetros de la carga combinada, en pesos/año.

TCC: Total de carga combinada vertida al recurso dentro del área de jurisdicción, en kg/año, descontando la carga que existe en el punto de captación del recurso, siempre y cuando el vertimiento ocurra en el mismo cuerpo de agua.

CATOX: Costo administrativo y de investigación del programa de control de sustancias de interés, sanitario, en pesos/año.

TTOX: Total de sustancias de interés sanitario vertidas al recurso dentro del área de jurisdicción en kg/año, descontando la carga existente en el punto de captación del recurso, siempre y cuando el vertimiento ocurra en el mismo cuerpo de agua.

SMD: Salario mínimo diario vigente en la fecha de evaluación".

"ARTICULO 147.- Las EMAR recaudarán el producto de las tasas retributivas cuando lleven a cabo el servicio de eliminación o control de las consecuencias de las actividades nocivas a que se refiere el artículo 142 de este decreto. Cuando se adelanten por parte del Ministerio de Salud o sus entidades delegadas, con su participación, así como por cualesquiera otras entidades, deberá previamente convenirse entre ellas el porcentaje de participación que a cada una corresponde".

"ARTICULO 148.- Los usuarios que cumplan con las normas de vertimiento pagarán la tasa retributiva ordinaria diaria".

Una vez realizada la confrontación de las disposiciones *ut-supra* con el artículo 338 inciso segundo de la Constitución Política, para los efectos indicados en el parágrafo anterior, la Sala considera lo siguiente:

1o.- El artículo 142 no es incompatible con el inciso segundo del artículo 338 de la Carta Política, pues si bien fue uno de los fundamentos normativos invocados para la expedición de los actos acusados, mediante sus disposiciones simplemente se concreta el mandato del artículo 18 del Decreto Ley 2811 de 1974, en cuanto a la sujeción al pago de tasas retributivas del servicio de eliminación o control de las consecuencias de las actividades nocivas en él expresadas.

2o.- En cuanto al artículo 143, en el cual se consagra la ecuación matemática a aplicar para el cálculo de la tasa retributiva ordinaria diaria, la Sala, con base en el significado de sus convenciones, considera que ella constituye el método para definir el costo del programa de control de las sustancias de interés sanitario.

De otra parte, de la motivación de los actos acusados (fls. 7 y 9 a 11 Cdno. Ppal.), la Sala advierte que mediante la aplicación de dicha norma el INDERENA liquidó a la sociedad actora el valor de la tasa retributiva a su cargo.

De lo anterior resulta evidente que si el inciso segundo del artículo 338 de la Carta Política defiere expresamente a la ley la fijación del sistema y el método para definir los costos y beneficios de los servicios que se proporcionen a los particulares, y en el asunto *sub-exámine* el legislador no ha procedido a ello, el mencionado artículo 143 del Decreto 1594 de 1984 no podía, como norma de carácter reglamentario que es, servir de fundamento para la expedición de los actos acusados.

3o.- En lo referente al artículo 144 del Decreto 1594 de 1984, la Sala se abstiene de formular cualquier consideración al respecto y de pronunciarse sobre su eventual compatibilidad o incompatibilidad con el artículo 338 inciso segundo de la Carta Política, por la sencilla razón de que sus disposiciones no fueron aplicadas para la expedición de los actos acusados, como se evidencia de sus partes motivas.

4o.- En cuanto hace relación al artículo 147 del citado decreto, la Sala encuentra que en nada contradicen los mandatos de la norma constitucional con la cual se confronta, sino que, por el contrario, se aviene a ellos, toda vez que el recaudo es esencial a la finalidad que se persigue mediante el establecimiento de las tasas como recuperación de los costos de los servicios que el Estado preste a los particulares o la participación en los beneficios que les proporcione, sin que ello contraríe la norma constitucional.

5o.- En lo atinente al artículo 148 del Decreto 1594 de 1984, la Sala se abstiene de analizarlo, por las mismas razones expresadas en el ordinal 3 que antecede.

Las precedentes consideraciones llevan a la Sala a concluir que al no resultar jurídicamente viable haberse adoptado como fundamento para la expedición de las resoluciones acusadas el artículo 143 del Decreto 1594 de 1984, ello obliga al juez administrativo a hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4o. de la Carta Política y, en tal virtud, así se declarará en la parte resolutiva de este fallo con respecto de dicha norma, por no ser aplicable al asunto bajo examen.

Ahora bien, para efectos de establecer en qué medida dicha declaratoria de inconstitucionalidad acarreará, no sólo la revocatoria de la sentencia apelada, sino la declaratoria de nulidad total o parcial de los actos acusados, la Sala precisa lo siguiente:

a) Como quiera que mediante la resolución No. 0756 de 27 de noviembre de 1991 se revocó la parte resolutiva de la resolución No. 0420 de 1o. de agosto del mismo año, y se dispuso que su texto se quedaría en la forma que en su artículo 2o. se indica, de ello resulta que las decisiones finalmente adoptadas en dicha resolución No.0420, fueron las siguientes:

> "ARTICULO PRIMERO: La Tasa retributiva liquidada a la SOCIEDAD ANDINA DE CURTIDOS S.A., suma ($17.822.727,oo) de los cuales deberá cancelar al INDERENA la suma de ($5.346.818.10) que representa el 30% del total; tasa retributiva que corresponde al primer semestre del año de 1991 y que obedece a los vertimientos directos de residuos industriales que hace la SOCIEDAD ANDINA DE CURTIDOS S.A. al Río Medellín.
>
> ARTICULO SEGUNDO: La SOCIEDAD ANDINA DE CURTIDOS S.A. deberá emplear en el Plan de Tratamiento de las aguas residuales industriales producidas por sus empresas el 70% del total de la Tasa retributiva de que habla el artículo anterior y que asciende a la suma de ($12.475.908,10).
>
> ARTICULO TERCERO: La suma a favor del INDERENA deberá consignarse en la Cuenta INDERENA Fondos Especiales Nro. 1303-053819-6 de la Caja Agraria Principal de la Ciudad de Medellín".
>
> ARTICULO CUARTO: LA SOCIEDAD ANDINA DE CURTIDOS S.A. deberá realizar y presentar al INDERENA un estudio de tratabilidad con el fin

de seleccionar la alternativa de tratamiento de los residuos líquidos industriales más apropiada en un término de (90) días contados a partir de la fecha de ejecutoria de esta resolución.

ARTICULO QUINTO: Una vez se cancele el valor de que trata el ARTICULO PRIMERO de la presente resolución y se presente el cronograma de actividades tendientes a darle solución al problema de los residuos líquidos industriales, se procederá al otorgamiento del permiso provisional de vertimiento.

ARTICULO SEXTO: En caso de incumplimiento de lo indicado en la presente providencia, se procederá a la imposición de las sanciones pertinentes de acuerdo a las normas legales en materia ambiental.

ARTICULO SEPTIMO: Contra la presente resolución procede únicamente el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación".

b) A pesar de que en la demanda se solicita la declaratoria de nulidad de los actos acusados en su integridad, en ella únicamente se cuestiona la legalidad de los mismos en cuanto a la tasa retributiva liquidada a la sociedad actora, más no en lo relativo a las demás decisiones adoptadas por el INDERENA.

De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que la declaratoria de nulidad impetrada en la demanda sólo resulta viable hacerla, en la parte dispositiva de esta providencia, respecto de las siguientes disposiciones:

a) De los artículos primero, segundo y tercero, en su integridad, de la resolución No. 0420 de 1o. de agosto de 1991.

b) De la expresión "...cancele el valor de que trata el artículo primero de la presente resolución y se..." contenida en el artículo 5o. de la resolución No. 0420 de 1o. de agosto de 1991.

c) Del artículo 2o. de la resolución No. 0756 de 27 de noviembre de 1991, en las partes que corresponden en esencia a las disposiciones de la resolución No. 0420 de 1991, a que se hizo referencia en los literales precedentes, a saber: "ARTICULO PRIMERO", "ARTICULO SEGUNDO" y "ARTICULO TERCERO", en su integridad, y la expresión "...Cancele el valor de que trata el ARTICULO PRIMERO de la presente resolución se..." contenida en el "ARTICULO QUINTO".

Por último, en cuanto a la declaratoria que se solicita en la demanda a título de restablecimeinto del derecho, la Sala encuentra que ella es procedente, por cuanto es la consecuencia obvia de las nulidades que habrán de declararse.

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:

REVOCASE la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, el 8 de octubre de 1993. En su lugar se dispone:

1o.- DECLARASE la excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 143 del Decreto 1594 de 1984 y, en consecuencia, declárase su no aplicación al asunto objeto de esta sentencia.

2o.- DECLARASE la unidad de las siguientes disposiciones:

a) De los artículos primero, segundo y tercero, en su integridad, de la resolución No. 0420 de 1o. de agosto de 1991.

b) De la expresión "...Cancele el valor de que trata el artículo primero de la presente resolución y se ...", contenida en el artículo 5o. de la resolución No. 0420 de 1o. de agosto de 1991.

c) Del artículo 2o. de la resolución No. 0756 de 27 de noviembre de 1991, en las partes que corresponden en esencia a las disposiciones de la resolución No. 0420 de 1991, cuya nulidad se declara en los literales a) y b) anteriores, a saber:

- "ARTICULO PRIMERO: La Tasa retributiva liquidada a la SOCIEDAD ANDINA DE CURTIDOS S.A., suma ($17.822.727,oo) de los cuales deberá cancelar al INDERENA la suma de ($5.346.818.10) que representa el 30% del total; Tasa retributiva que corresponde al primer semestre del año de 1991 y que obedece a los vertimientos directos de residuos industriales que hace la SOCIEDAD ANDINA DE CURTIDOS S.A. al Río Medellín" (sic).

- "ARTICULO SEGUNDO: La Sociedad ANDINA DE CURTIDOS S.A. deberá emplear en el Plan de Tratamiento de las aguas residuales industriales producidas por sus empresas el 70% del total de la Tasa retributiva de que habla el artículo anterior y que asciende a la suma de ($12.475.908.10)" (sic).

- "ARTICULO TERCERO: La suma a favor del INDERENA deberá consignarse en la cuenta INDERENA Fondos Especiales Nro. 1303-053819-6 de la Caja Agraria Principal de la Ciudad de Medellín".

- La expresión ...cancele el valor de que trata el ARTICULO PRIMERO de la presente resolución y se ...", contenida en el "ARTICULO QUINTO".

3o.- DECLARASE que la Sociedad Andina de Curtidos S.A. no está obligada a pagar por concepto de Tasa retributiva por el primer semestre de 1991 la suma de $17.822.727,oo.

4o.- CANCELASE la Póliza Judicial No. 122152, expedida por Seguros del Comercio S.A. Ofíciese en tal sentido a dicha compañía aseguradora y desglósese a favor de la parte actora.

5o.- DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha quince de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA-Requisitos/**CONSULTA**-Improcedencia.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 184 inciso 1o. del C.C.A., el grado de jurisdicción de consulta opera frente a sentencias de los tribunales administrativos que impongan, en primera instancia, una obligación a cargo de cualquier entidad pública y los autos, también de primera instancia, que liquiden condenas en abstracto, cuando unas y otros no fueron apelados por la administración. Como quiera que en el asunto *sub-exámine* la Sala advierte que las decisiones adoptadas en la sentencia de primera instancia no imponen obligación alguna a cargo de la Nación-Superintendencia de Industria y Comercio, de ello se concluye, en forma inmediata e ineludible, que dicha sentencia carece del supuesto que consagra el artículo 184 del C.C.A para que fuese susceptible de estudio por parte de esta Corporación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciseis de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2923. Actor: Gratiniano Bueno Valenzuela

Procede la Sección Primera a resolver el grado de consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, de fecha 22 de julio de 1993.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

El ciudadano Gratiniano Bueno Valenzuela, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la declaratoria de nulidad de las resoluciones números 1498 de 10 de agosto de 1987 y 052 de 1o. de febrero de 1988, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante las cuales se impuso al demandante una sanción de multa en cuantía de un millón de pesos ($1´000.000,oo), y el restablecimiento del derecho violado con dichos actos, el cual se traduce en las siguientes peticiones adicionales a la de nulidad:

1.- "... en el evento de que el doctor GRATINIANO BUENO VALENZUELA hubiese cancelado el valor de la mencionada multa, condénese a la NACION COLOMBIANA - SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO a reintegrar y pagar al citado la suma correspondiente a dicha multa junto con los intereses comerciales corrientes y de mora, desde el momento en que la obligación se haga exigible hasta cuando se realice el pago.

2.- "Condénase además a la NACION COLOMBIANA - SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO a pagar al doctor Gratiniano Bueno Valenzuela, el valor de los perjuicios morales sufridos con ocasión de la expedición de los actos demandados, que se estiman como mínimo en 1.000 gramos oro.

3.- "Las sumas de dinero a que sea condenada la demandada serán ajustadas en su valor de acuerdo con los índices de precios al consumidor que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística 'DANE'. Igualmente, las referidas sumas devengarán intereses comerciales corrientes durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso e intereses comerciales de mora después de dicho término".

b.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

La parte actora considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por los conceptos que exponen en su demanda y en el alegato de conclusión (fls. 5 a 9 y 181 a 183 Cdno. Ppal.):

1o.- Constitución Política: artículos 26 y 34.

2o.- Ley 95 de 1890: artículo 1o.

3o.- Decreto 3466 de 1982: artículos 1o., 14, 24, 26, 27, 28, 31, 32 y 43.

4o.- Código Contencioso Administrativo: artículos 2o, 3o., 84 y 267.

5o.- Código de Procedimiento Civil: artículos 52, 174, 175, 177, 178, 233, 238, 244, 252 y 262.

c.- **Las razones de la defensa**

En su contestación de la demanda, la parte demandada expone los fundamentos que le asisten en defensa de la legalidad de los actos acusados y solicita se denieguen las súplicas de la demanda (fls. 54 a 57 Cdno. Ppal.).

II.- LA SENTENCIA CONSULTADA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal *a-quo* adoptó las siguientes decisiones (fls. 193 a 216 Cdno. Ppal.):

"1o.- DECLARASE LA NULIDAD de las Resoluciones Nos. 1498 de 10 de agosto de 1987 y 052 de 1o. de febrero de 1988, emanadas de la Superintendencia de Industria y Comercio.

"2o.- DECLARASE que el señor GRATINIANO BUENO VALENZUELA, no está obligado a pagar la multa decretada en los actos anulados. Cancélese la póliza judicial No.104584 de la Compañía de Seguros Caribe S.A., ofíciese a dicha Compañía de Seguros y desglósese a favor del actor.

"3o.- DENIEGASE la condena a pagar perjuicios morales.

"4o.- Reconócese personería al doctor ABELARDO BARRERA MARTINEZ, para actuar como apoderado de la parte actora, en los términos y para los efectos del poder sustituído, visible a folio 191 del expediente.

"5o.- Consúltese con el superior si no fuere apelada.

"6o.- Ejecutoriada la presente providencia, archívese la actuación".

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 184 inciso primero del C.C.A., el grado de jurisdicción de consulta opera frente a sentencias de los tribunales administrativos que impongan, en primera instancia, una obligación a cargo de cualquier entidad pública y los autos, también de primera instancia, que liquiden condenas en abstracto, cuando unas y otros no fueren apelados por la administración.

Como quiera que en el asunto *sub-exámine* la Sala advierte que las decisiones adoptadas en la sentencia de primera instancia no imponen obligación alguna a cargo de la Nación-Superintendencia de Industria y Comercio, de ello se concluye, en forma inmediata e ineludible, que dicha sentencia carece del supuesto que consagra el artículo 184 del C.C.A. para que fuese susceptible de estudio por parte de esta Corporación.

Como consecuencia de lo expuesto, y dado que se surtió el trámite previsto en el artículo 184 inciso segundo del C.C.A., la Sala considera que la decisión a adoptar ha de ser la de inhibirse para fallar en el fondo la consulta de la sentencia de primera instancia, a lo cual se procederá en la parte resolutiva de esta providencia.

En tal virtud, 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.- INHIBESE para fallar en el fondo la consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, de fecha 22 de julio de 1993, por las razones expuestas en la parte motiva.

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 quince de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

CONTRIBUCIONES-Fijación/**ASAMBLEA DEPARTAMENTAL**-Facultades

Bajo el imperio de la Carta Política de 1886, la imposición de contribuciones, conforme el artículo 43, estaba limitada en tiempo de paz únicamente al Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, y en las atribuciones que le señaló el artículo 187 *ibídem* a las Asambleas Departamentales, no se encuentra la de autorizar a otras autoridades la fijación de las tarifas de tasas y contribuciones como recuperación por los costos y servicios que se presten o a título de participación en los beneficios que se proporcionan. Ello sólo vino a tener regulación en virtud del mandato contenido en el artículo 338 de la nueva Carta, el cual hace énfasis en que de todas maneras el sistema y el método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto "deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos".

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

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2970. Recurso de apelación contra la sentencia de 11 de mayo de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander. Actor: Aquiles Torres Bretón.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del departamento de Santander contra la sentencia de la referencia, que declaró la nulidad de la Ordenanza No. 08 de 14 de noviembre de 1989, emanada de la Asamblea de dicho

Departamento "por la cual se faculta a la Contraloría General del Departamento para recibir ingresos de disposición libre e inmediata".

I.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para declarar la nulidad del acto antes mencionado, consideró el*a-quo*, en síntesis, lo siguiente:

1o): Según la demanda ninguno de los once numerales del artículo 300 de la Constitución Política facultan a las Asambleas para despojarse de sus atribuciones y encomendárselas a las Contralorías Departamentales. Y si bien es cierto el artículo 338 de la misma faculta el cobro por servicios prestados, su sistema y el reparto de los mismos debe ser señalado por la Asamblea, requisito que no se observa en la Ordenanza demandada.

2o): La ordenanza en su parte considerativa involucra las sumas que se reciben por concepto de formularios, formatos o talonarios que se usen en la contabilidad, los dineros originados en el arriendo o alquiler de la sede social para diferentes clases de eventos y los valores que se cobran por asesorías y adiestramientos.

A juicio de la Sala tales ingresos constituyen un tributo que específicamente se denomina tasa, sobre la cual se ha dado diferentes definiciones.

Los elementos de la tasa son perfectamente aplicables a los cobros que la Asamblea Departamental coloca en cabeza de la Contraloría. En estas condiciones bien puede colegirse que a este organismo se le está facultando para señalar el monto de los tributos que se originan en los servicios que presta, para efectuar tales colectas y para disponer de ellos en forma libre e inmediata.

Confrontando el acto acusado con el artículo 300 de la Carta se concluye que en ninguno de los once numerales se consagra que las Asambleas puedan despojarse de su facultad impositiva para trasladarla a la Contraloría Departamental.

No existe tampoco ley que permita a las Asambleas revestir de facultades impositivas a las Contralorías para imponer tributos. Además, aunque existiera ley que hiciera posible tal traslado de competencias, ella sería violatoria de la Constitución, si se tiene en cuenta que por mandato de los artículos 267, 268 y 272 inciso sexto, las Contralorías son organismos eminentemente técnicos cuyas labores están expresamente consignadas en la Carta, sin que puedan ocuparse de cuestiones distintas a las inherentes a su propia organización. Para la Sala el alquiler de una sede social no atañe al funcionamiento de la Contraloría. La emisión de formatos tampoco es labor que estrictamente corresponda al ente fiscalizador y lo mismo puede decirse de los cursos de adiestramiento.

Ni aún con apoyo en la preceptiva del artículo 338 de la Carta es válido admitir que la Contraloría pueda convertirse en recaudadora de impuestos, pues esta norma está

concebida para que una vez señalado el sistema, el método y la manera de hacer el reparto del producido por concepto de tarifas, puedan las autoridades señalar la cuantía de tales gravámenes, mediante el otorgamiento de atribuciones por parte de las corporaciones de elección popular.

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de inconformidad de la recurrente pueden resumirse así:

Mediante la Ordenanza No. 08 la Asamblea facultó a la Contraloría General del Departamento para que recibiera ingresos de disposición libre e inmediata como contraprestación por los servicios prestados por concepto de alquiler de la sede social, cursos de adiestramiento y de actualización sobre procedimientos que deben cumplir los municipios en el manejo de sus presupuestos. Estas atribuciones le son propias porque entonces a quién se le delegaría la administración de la sede social y de los bienes propios de dicho ente?.

En cuanto a la capacitación, quién mejor que los funcionarios de la Contraloría para ilustrar sobre temas de manejo presupuestal?.

De acuerdo con el artículo 267 de la Constitución Política la Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal y como tal puede administrar los recursos provenientes de los servicios que presta. Ello se reitera en los artículos 272, 113, 117 y 262 *ibídem.*

Los supuestos de hecho plasmados en la Carta están en la Ley 42 de 1993.

El artículo 287 de la Constitución le da a las entidades territoriales autonomía para la gestión de sus intereses y en tal virtud pueden gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que le correspondan, administrar los recursos, establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales.

En virtud de lo anterior se concluye que la ordenanza acusada es constitucional y en atención al principio de legalidad, la Ley 42 de 1993 desarrolla los lineamientos constitucionales al reconocerle a la Asamblea discrecionalidad para dotar a las Contralorías de autonomía presupuestal, administrativa y contractual.

III.- LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El acto acusado facultó a la Contraloría General del Departamento para recibir ingresos ocasionales de disposición libre e inmediata con el fin de utilizarlos en

desarrollo de su gestión; para reglamentar a través de resoluciones internas el manejo de esos dineros, debiendo informar a la Secretaría de Hacienda sobre tales ingresos ocasionales para que sean incorporados al presupuesto general del Departamento - Sección Contraloría.

Circunscribió los ingresos ocasionales a los percibidos por: servicios de auditaje y asesoría presupuestal, fiscal y contable que preste a los municipios, áreas metropolitanas, establecimientos públicos y sociedades de economía mixta; venta de formatos de ingresos y egresos de fondos y bienes a las entidades que los requieran; alquiler de la sede social por concepto de eventos sociales, culturales, recreativos, deportivos y de capacitación.

Para la Sala, indudablemente los dineros que se reciben por los conceptos antes anotados encajan dentro de la noción de tasa y tal facultad lleva insita la de fijar el monto de la misma que por dichos conceptos se cause.

Cabe advertir que el acto acusado se expidio bajo la vigencia de la Constitución anterior y por ello el análisis del mismo debe hacerse a la luz de tales disposiciones. Y aunque el actor señala como transgredido el artículo 300 de la actual Carta Política, como quiera que el alcance de la violación lo precisa en el hecho de que la Constitución no autoriza a la Asamblea para despojarse de sus atribuciones y encomendárselas a la Contraloría Departamental, procede la confrontación con las normas de la anterior normatividad constitucional.

En este orden de ideas se tiene que bajo el imperio de la Carta Política de 1886, la imposición de contribuciones, conforme al artículo 43, estaba limitada en tiempo de paz únicamente al Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, y en las atribuciones que le señaló el artículo 187 *ibídem* a las Asambleas Departamentales, no se encuentra la de autorizar a otras autoridades la fijación de tarifas de tasas y contribuciones como recuperación por los costos y servicios que se presten o a título de participación en los beneficios que se presten o a título de participación en los beneficios que se proporcionen. Ello sólo vino a tener regulación en virtud del mandato contenido en el artículo 338 de la nueva Carta, el cual hace énfasis en que de todas maneras el sistema y el método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto "deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos", lo cual tampoco se hizo en la ordenanza en estudio y por ello los argumentos de la recurrente, en el evento de una confrontación con las nuevas disposiciones constitucionales no estaban llamados a prosperar.

Teniendo en cuenta que resulta evidente que la Asamblea Departamental de Santander no estaba facultada para autorizar a la Contraloría Departamental la imposición de tasas y fijar el monto de las mismas por los conceptos referidos en el acto acusado, es del caso confirmar la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 22 de septiembre de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

PATENTE DE INVENCION-Perfeccionamiento

Del estudio del experticio, no cabe la menor duda que los análisis en él contenidos tienen la firmeza, coherencia y precisión requeridos para que se le dé toda credibilidad a las conclusiones a que arribaron los peritos, lo cual induce a concluir que hubo ligereza e incuria en la apreciación de los expertos de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de las reivindicaciones consignadas en la solicitud de patente formulada por la sociedad actora, que amerita la prosperidad de los cargos formulados en la demanda, puesto que, en los términos del artículo 1o. de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la mencionada Superintendencia debió haber otorgado a la parte actora la patente solicitada, como perfeccionamiento de un producto ya existente, más en momento alguno denegarla mediante las resoluciones enjuiciadas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No.1837. Actor: Sociedad Kimberly Clark Corporation.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda interpuesta por la Sociedad Kimberly Clark Corporation, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 de la C.C.A., tendiente a que se declare la nulidad de las resoluciones No. 0085 de 31 de enero de 1990 y No. 5198 de julio 4 de 1990, proferidas por la División de Propiedad Industrial (hoy División de Signos Distintivos) de la Superintendencia de Industria y Comercio, y, a título de restablecimiento del

derecho, se ordene a la citada División concederle patente de invención para la petición tramitada en el expediente administrativo No. 241.464. Subsidiariamente solicita ordenar a dicha dependencia proseguir con los trámites correspondientes a la mencionada petición.

I.- ANTECEDENTES

a.- Los actos acusados

Se trata de la resolución No. 0085 de 31 de enero de 1990, mediante la cual la Superintendencia de Industria y Comercio, División de Propiedad Industrial, Sección Patentes, le negó a la sociedad demandante la solicitud de patente de privilegio para la invención consistente en una "toalla sanitaria de forma arqueada con bordes elásticos", y de la resolución No. 5198 de 4 de julio de 1990, mediante la cual se resolvió desfavorablemente para la sociedad el recurso de reposición interpuesto contra el acto anterior y se declaró agotada la vía gubernativa.

b.- Los hechos de la demanda

Los hechos que la actora cita como fundamento de su demanda pueden resumirse así (fls.21 a 22):

1.- El 8 de febrero de 1985, la Sociedad demandante, por intermedio de apoderado, solicitó patente de invención ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, a la cual le correspondio el número 241.464, para una invención denominada "toalla sanitaria de forma arqueada con bordes elásticos", la cual posee ciertas características específicas.

2.- Por medio de la resolución No.0085 de 31 de enero de 1990, la Superintendencia de Industria y Comercio, teniendo en cuenta el concepto técnico No. 279 de 17 de mayo de 1989, negó el privilegio para la invención, por cuanto consideró que el objeto de la solicitud carece de novedad, al no estar "aportando nada nuevo a lo ya existente, para que la solicitud pueda ser considerada patente de invención".

3.- Notificada de la resolución anterior, la sociedad interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la resolución No. 5198 de 4 de julio de 1990, confirmándola, para lo cual se adujo que la conformación, distribución y características de los elementos que forman la servilleta higiénica, como son la capa absorbente, cubierta permeable y cubierta impermeable, son las mismas que se han venido utilizando desde hace tiempo en este tipo de industria, citando como ejemplo los expedientes Nos. 181.537 y 200.529, que corresponden a 2 solicitudes de patentes anteriores. Igualmente, esta resolución declaró agotada la vía gubernativa.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La actora considera que con el acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que, expresadas en la demanda y en el alegato de conclusión, se resumen a continuación bajo la forma de cargos (fls.23 a 40 y 347 a 350):

Primer cargo.- Violación del numeral 27 del artículo 189 de la Constitución Nacional, pues de acuerdo con esta norma, corresponde al Presidente de la República "conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles con arreglo a la ley", y como la Superintendencia de Industria y Comercio en representación del Presidente de la República, no procedio con arreglo a las leyes, sino que negó la concesión de la patente, desconoció esta obligación constitucional.

Segundo cargo.- Violación de los artículos 19 y 20 de la decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, por parte de la resolución No.0085 de enero 31 de 1990, pues esta adolece de falsa motivación, que emana de la inexactitud del concepto técnico al cual se le da total credibilidad.

En efecto, la legislación vigente en materia de patentes, Decreto 1190 de 1978 establece que vencidos ciertos plazos, "...la Oficina Nacional competente procederá a examinar si la solicitud es patentable..." (artículo 19) y que "Si el examen definitivo fuere favorable, se otorgará el título de la patente ... (...) ..." " Si fuere desfavorable, se le **NEGARA POR RESOLUCION DEBIDAMENTE MOTIVADA**" (artículo 20) (Mayúsculas en negrilla de la actora).

Así mismo, aduce la actora, la guía para los países en desarrollo sobre el examen de las solicitudes de patente es la publicación de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial No. 624 de 1982, en donde se señala que una "invención se reputa salvo **PRUEBA EN CONTRARIO**, es decir, mientras el que impugna la novedad no haya demostrado que se ha producido antes de la fecha de presentación o de la prioridad alguno de los hechos suceptibles de destruirla" (Mayúscula en negrilla de la actora); en los numerales 171, 172 y 173 de la guía, páginas 36 y 37, se explica claramente lo que constituye cada uno de los hechos que pueden destruir la invención (publicaciones en forma tangible, divulgaciones nacionales hechas por otros medios y solicitudes de patentes nacionales anteriores), y en general, hace una transcripción de los requisitos que establece dicha guía sobre la forma de realizar el examen de novedad, las objeciones a ésta, y el carácter de motivadas que deben tener dichas objeciones (fls. 24 a 26).

Teniendo en cuenta lo anterior, es indudable que para negar una patente aduciendo falta de novedad se debe realizar un examen cuidadoso de la solicitud, tal y como lo ordena el Decreto 1190 y si el resultado de ese examen es desafavorable, negar la patente mediante una resolución debidamente motivada, de conformidad con el artículo 20 de este decreto.

En el presente caso no se da ninguna de dichas situaciones, pues en el expediente de patente no figura informe o reporte alguno sobre la búsqueda, pese a que una invención, como ya se dijo, se reputa nueva salvo prueba en contrario, y la resolución No. 0085 no contiene ninguna motivación, ni señala un solo hecho suceptible de destruir la novedad de la invención; es decir, que no existe en dicho acto señal de publicación

alguna o de divulgación, ni solicitud de patente que sea anterior a esta solicitud y que pueda comprometer su novedad. Tampoco existe comparación alguna, pese a que solamente se puede llegar a la conclusión de que no existe novedad si uno de los elementos del estado de la técnica constituye una anterioridad.

Tercer cargo.- Violación del derecho de defensa consagrado en el artículo 35 del C.C.A., por parte de la resolución 5198 de 4 de julio de 1990, pues ésta tuvo en cuenta para negar el recurso de reposición la existencia de dos supuestas solicitudes de patente de invención anteriores, que se dice son iguales a la solicitada por la sociedad Kimberly Clark, con el agravante de que no se explicó el por qué se producían las patentes mencionadas, y que nunca se enunciaron ni citaron en la resolución 0085 que negó por primera vez la patente, con lo cual al decidir la reposición se tuvieron en cuenta otros argumentos que llevaron a la Superintendencia a negar el privilegio de patente solicitado.

No obstante lo anterior, y no habiéndose comparado las reinvindicaciones de unas y otras como era lo debido, no se dio oportunidad a la sociedad actora para que expresara sus opiniones y controvirtiera las pruebas, las cuales fueron nuevas y no se tuvieron en cuenta para negar por primera vez el privilegio de patente. Por estas razones, se violó el derecho de defensa, y la resolución debe declararse nula.

Cuarto cargo.- Violación de los artículos 1, 2, 19 y 20 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena por parte de la resolución 5198 de 4 de julio de 1990, pues se encuentra viciada por falsa motivación.

La esencia de una reinvindicación consiste en definir la invención y fijar la extensión que se trata de dar a la patente; la novedad debe ser juzgada según las reivindicaciones, las cuales comúnmente están divididas en dos partes que son: el preámbulo, que es la parte que contiene el conjunto de las características de la invención, cuya combinación ya se conoce, y la parte característica, que es la característica o características propias de la invención, es decir, aquellas que distinguen el estado de la técnica. De acuerdo con el "Manual del Inventor", editado por la Superintendencia de Industria y Comercio y elaborado por funcionarios de dicha entidad, en su página 18 se establece que es ventajoso subdividir la reivindicación en estas dos partes.

Haciendo referencia a la presente solicitud de patente y en particular a sus reivindicaciones, es necesario precisar que lo que se reivindica es:

"...una servilleta higiénica alargada con bordes arqueados en forma tal que la barrera cubierta, al ser selladas forma un perfil en forma de copa (reivindicación 1), donde el elástico se extiende entre el 10 y el 30% del largo de los lados (reivindicación 2); donde el ángulo formado por una tangente a la parte exterior del lado de la barrera y un plano de fondo de la servilleta está entre 30 y 90° (reivindicación 3), donde el elástico tiene un ancho de entre 1.6 y 8 mm (reivindicación 4); donde el elástico queda

embuído por lo menos 1.6 mm desde la capa lateral (reivindicación 5); donde el elástico se aplica como fluído extraíble fluyente (reivindicación 6)".

Todas estas características, alega la actora, son indiscutiblemente novedosas y no se ha encontrado ninguna anterioridad que las desvirtúe.

Lo que debe controvertir el examinador de patentes es justamente lo que se reivindica y no, como lo ha hecho el examinador de la Oficina de Patentes en este caso, lo ya conocido dentro del arte.

Si se comparan las reivindicaciones pretendidas en los expedientes 181.537 y 200.529 (fls.33 a 39), que se citan en la resolución No. 5198, se observa claramente que son distintas y que por tanto no es cierto que las reivindicaciones contenidas en el expediente no sean novedosas, por lo cual la resolución 5198 está falsamente motivada.

Finalmente, en el dictamen pericial se advierte que aunque la toalla sanitaria en general había sido usada y explotada con anterioridad a la fecha de la solicitud de patente requerida, la Sociedad Kimberly Clark Corporation ha mejorado el estado de la técnica, siendo las reivindicaciones novedosas ante las patentes ya existentes sobre el tema, y por ende puede afirmarse que la patente reúne los requisitos de novedad exigidos por la ley.

De acuerdo con lo anterior, y habiéndose demostrado la falta de validez de los considerados en los que se basa la resolución No. 5198, solicita su anulación y se concede la patente solicitada.

d.- **Los argumentos de la defensa**

La parte demandada no compareció al proceso a pesar de haber sido debidamente notificada del auto admisorio de la demanda (fl. 47).

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 fecha 4 de octubre de 1991, se admitió la demanda (fls. 45 a 46).

Mediante auto del 6 de febrero de 1992, se abrió el proceso a pruebas y se decretaron como tales las solicitadas por la parte actora (fls. 145 a 146).

Mediante proveído del 27 de agosto de 1993, se ordenó la suspensión del proceso y someter el caso planteado al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (fls. 323 a 325), el cual, mediante providencia de 27 de enero de 1994, declaró "...improcedente la solicitud de Interpretación Prejudicial de los artículos 1o., 2o., 19o., 20 de la Decisión

85, ya que la mencionada Decisión ha sido sustituída en orden por la 311, ésta por la 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y ésta por la 344 actualmente vigente" (fls. 338 a 339).

Por auto de 22 de abril de 1994 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual, sólo hizo uso la parte actora (fl.344).

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1o.- De acuerdo con los antecedentes administrativos de los actos acusados, contenidos en el expediente administrativo No. 241.464 (fls. 66 a 137), las reivindicaciones en que se fundamentó la solicitud de patente para la invención denominada "toalla sanitaria en forma arqueada con bordes elásticos", fueron las siguientes:

> "1.- Una servilleta higiénica alargada con lados arqueados hacia adentro incluyendo una barrera impermeable a fluídos y una capa absorbente situada entre las mismas; quedando la barrera y la cubierta selladas por los lados arqueados por medios elásticos situados al centro en los lados fuera del sello elástico formando en (sic) perfil en forma de copa..."
>
> "2.- La servilleta de acuerdo con la Reivindicación 1 en la cual el elástico se extiende entre el 10 y el 30% del largo de los lados.
>
> "3.- La servilleta de acuerdo con las Reivindicaciones 1 ó 2 en la cual el ángulo formado por una línea tangente a la parte externa del lado de la barrera de la servilleta en perfil y un plano que sale del fondo de la servilleta es de 30° y 90°.
>
> "4.- La servilleta de acuerdo con las Reivindicaciones 1 ó 2 en la cual el ancho del elástico es de entre 1.60mm y 8mm.
>
> "5.- La servilleta de acuerdo con las Reivindicaciones 1 ó 2 en la cual el elástico debería quedar embutido por lo menos 1.60mm desde la capa lateral.
>
> "6.- La servilleta de acuerdo con las reivindicaciones 1 ó 2 en la cual el elástico se aplica como fluído extraíble fluyente" (fl.74).

2o.- Mediante los actos acusados, la Superintendencia de Industria y Comercio adujo las siguientes razones para denegar la solicitud de la mencionada patente:

a.- La invención no puede ser considerada como nueva al tenor del artículo 2o. del Decreto 1190 de 1978 (Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena), ya que la solicitud se refiere a una toalla sanitaria en forma arqueada y su conformación, distribución y características de los elementos que la integran, como son la capa absorbente, la cubierta permeable y la cubierta impermeable es la misma que se ha venido utilizando desde hace tiempo en este tipo de industria (resolución No. 0085 de 31 de enero de 1990).

b.- Al comparar las patentes que se tramitaron anteriormente en los expedientes administrativos números 181.537 y 200.529 con el objeto y reivindicaciones de la invención pretendida, se puede apreciar que constan de las mismas capas absorbentes, cubiertas impermeables y permeables y, por tanto, esta última se encuentra dentro del estado de la técnica y carece de la novedad requerida (resolución No.5198 de 4 de julio de 1990).

3o.- A fin de demostrar las acusaciones, la demandante solicitó un dictamen pericial, el cual fue decretado y practicado (fls. 145 a 146 y 297 a 298).

En el referido experticio y en su aclaración y complementación (fls. 317 a 319), los peritos respondieron el cuestionario sometido a su consideración, llegando a las siguientes conclusiones:

a.- "De acuerdo al Manual del Inventor de la Superintendencia de Industria y Comercio, Artículo 2o, una invención no se considera como nueva si ésta se ha hecho accesible al público en cualquier lugar, mediante una descripción oral o escrita, o por el uso o explotación o cualquier otro medio suficiente para permitir su ejecución; y puesto que la sociedad Kimberly Clark Corporation con su producto denominado 'Toalla sanitaria de forma arqueada con bordes elásticos', solicita la Patente de Invención, ésta no cumple con las caractarísticas de novedad requeridas, ya que este producto femenino, 'Toalla sanitaria en general' se ha hecho accesible al público mediante su uso, descripción y explotación desde épocas remotas, que lo único que se ha hecho a la 'Toalla sanitaria en general' es modificar las características físicas siendo éstas novedosas en la 'Toalla sanitaria de forma arqueada con bordes elásticos' presentada por la sociedad Kimberly - Clark Corporation.

"La sociedad Kimberly - Clark Corporation ha mejorado el estado de la técnica, siendo las reivindicaciones novedosas ante las patentes ya existentes sobre el tema.

"Siendo la Reivindicación = Preámbulo + Características, ésta la que menciona la novedosa o sea, aquello que distingue la invención del estado de la técnica se puede decir, que las reivindicaciones sí son novedosas, las presentadas por la sociedad Kimberly - Clark Corporation en la patente No. 241.464".

b.- "Si se tratase la patente 241.464 de la sociedad Kimberly - Clark Corporation, como una invención (definiéndose como un producto nuevo), no sería patentable ya que el producto en sí no es nuevo, sino la optimización de las características de un producto precedente, o sea, un perfeccionamiento de un producto ya existente.

c.- "Se ha tenido en cuenta esta definición (la del término 'invención', según el 'Manual del Inventor', editado por la Superintendencia de Industria y Comercio que obra a folio 17) y es por esta razón que analizando el proyecto presentado

por la sociedad Kimberly - Clark Corporation, en la patente 241.464 denominado 'Toalla Sanitaria en Forma Arqueada con Bordes Elásticos', es un perfeccionamiento de las características 'Toalla Sanitaria en General', siendo patentable las características y las reivindicaciones de un elemento ya conocido como en la 'Toalla Sanitaria en General'" (paréntesis fuera de texto).

4o.- Del estudio del mencionado experticio, no cabe la menor duda que los análisis en él contenidos tienen la firmeza, coherencia y precisión requeridos para que se le dé toda credibilidad a las conclusiones a que arribaron los peritos, lo cual induce a concluir que hubo ligereza e incuria en la apreciación de los expertos de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de las reivindicaciones consignadas en la solicitud de patente formulada por la sociedad Kimberly Clark Corporation, que amerita la prosperidad de los cargos formulados en la demanda, puesto que, en los términos del artículo 1o. de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la mencionada Superintendencia debió haber otorgado a la parte actora la patente solicitada, como perfeccionamiento de un producto ya existente, más en momento alguno denegarla mediante las resoluciones enjuiciadas.

De consiguiente, en la parte resolutiva de esta providencia, se declarará la nulidad de los actos acusados.

En lo referente a la petición principal de restablecimiento del derecho, en el sentido que se ordene a la entidad demandada conceder en favor de la parte actora la patente de invención tramitada en el expediente administrativo No. 241.464, la Sala considera que no es posible acceder a ella, pues dicha patente fue solicitada como una nueva creación y, como concluye el dictamen pericial, "...puesto que la sociedad Kimberly Clark Corporation con su producto denominado 'Toalla sanitaria en forma arqueada con bordes elásticos', solicita patente de Invención, ésta no cumple con las características de novedad requeridas, ya que este producto femenino, 'Toalla sanitaria en general' se ha hecho accesible al público mediante su uso, descripción, explotación desde épocas remotas, que lo único que se ha hecho a la 'Toalla sanitaria en general' es modificar las características físicas siendo estas novedosas...". Por la anotada razón, la Sala considera que, por el contrario, sí resulta procedente acceder a la petición subsidiaria de restablecimiento del derecho, por lo cual ordenará a la Superintendencia de Industria y Comercio continuar con los trámites de la solicitud de patente tramitada bajo el expediente administrativo No.241.464, para cuyo efecto deberá fundamentarse en el dictamen pericial rendido dentro de este proceso.

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.- DECLARASE LA NULIDAD de las resoluciones números 0085 de 31 de enero de 1990 y 5198 de 4 de julio de 1990, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Segundo.- Ordénase a la Superintendencia de Industria y Comercio, División de Signos Distintivos, continuar con los trámites de la solicitud de patente tramitada bajo el expediente administrativo número 241.464, para cuyo efecto deberá fundamentarse en el dictamen pericial rendido dentro de este proceso.

Tercero.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cuarto.- Ordénase la publicación de esta sentencia en la Gaceta de propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con lo previsto por el artículo 2o. del Decreto 209 de 1957.

Quinto.- En firme esta providencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ CADUCIDAD

Si la notificación personal de la resolución que puso fin a la actuación administrativa se produjo el 18 de enero de 1993, a la fecha de presentación de la demanda que dio origen al proceso, es decir el 4 de junio del mismo año, ya había transcurrido el término de cuatro (4) meses que consagra el artículo 136 del C.C.A. para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho intentada. La precedente conclusión implica que, al haberse producido el fenómeno de la caducidad de la acción, no hay lugar a pronunciamiento de mérito en el asunto planteado en la demanda.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2482. Actor: Luis Jaime Poveda Medina.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por el ciudadano Luis Jaime Poveda Medina, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., contra las resoluciones Nos. 07902 del 9 de julio de 1992 y 11469 de 25 de septiembre de 1992, expedidas por el Director de Licitaciones y Contratos del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, así como contra la resolución No. 00181 del 18 de enero de 1993, expedida por el Ministro de Obras Públicas y Transporte.

I.- ANTECEDENTES

a.- Las pretensiones de la demanda

La demanda instaurada busca obtener la nulidad de las citadas resoluciones y, como consecuencia de ésta, se restablezca en su derecho al actor, declarando que está vigente la resolución No. 12838 de 1o. de noviembre de 1991, mediante la cual se le inscribió en el registro de constructores del Ministerio de Obras Públicas y Transporte (fl.20).

b.- Los actos acusados

Mediante el primero de los actos, esto es, la resolución No. 07902 de 9 de julio de 1992, se dispuso cancelar la inscripción a Luis Jaime Poveda Medina, en el registro de constructores del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

El segundo de los actos demandados, resolución No. 11469 de 25 de septiembre de 1992, resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anteriormente mencionada, confirmándola en todas sus partes y concediendo el recurso de apelación para ante el Ministro de Obras Públicas y Transporte.

Por último, la resolución No. 00181 de 18 de enero de 1993 confirma igualmente en todas sus partes la resolución No. 11469 de 1992.

c.- Los hechos de la demanda

Los hechos que cita el actor como fundamento de sus pretensiones son, en forma resumida, los siguientes:

Mediante resolución No.7859 de julio 19 de 1989, el actor fue inscrito en el registro de constructores del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y, una vez vencida la anterior inscripción, presentó el 13 de septiembre de 1991 los documentos para una nueva inscripción, esto es, las declaraciones de renta de 1988, 1989 y 1990, así como los demás indicados en la resolución No.7061, proferida por la entidad demandada. Agrega que el Ministerio obtuvo de sus archivos la declaración de renta de 1987, adicionándola a los demás documentos con el fin de estudiar su nueva solicitud.

Con base en la información suministrada, el Ministerio de Obras, mediante resolución No. 12838 de 1o. de noviembre de 1991, inscribió de nuevo al hoy demandante, en el Registro de Constructores de dicha entidad.

Por resolución No. 07902 del 9 de julio de 1992, la demandada canceló la inscripción del señor Luis Jaime Poveda Medina en el registro de constructores argumentando que los datos de la declaración de 1987 -los cuales sirvieron de base para determinar la calificación asignada mediante la resolución que lo inscribió en el registro de constructores-, no coincidían con los que reposaban en los archivos de la Administración de Impuestos y que de conformidad con lo establecido en el literal d)

del artículo 12 de la resolución No.7061 de 1988, la Dirección de Licitaciones y Contratos tramitaría la cancelación de la inscripción al descubrir alteración, fraude o distorsión en la documentación que sirvio de base para la inscripción. Contra la resolución que le canceló la inscripción, el poderdante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación.

Señala además el apoderado que su representado, mediante oficio adicional, manifestó al Ministerio que este había perdido la competencia para sancionar con base en la declaración de renta de 1987, por cuanto la facultad de la administración para imponer sanciones (3 años), había caducado si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 38 del C.C.A.

Agrega el libelista que haciendo caso omiso del memorial al que se aludio en precedencia, por considerar que su presentación fue extemporánea, la entidad demandada, mediante la resolución No. 11469 de 25 de septiembre de 1992, resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmando en todas sus partes la decisión inicialmente tomada y concediendo el recurso de apelación para ante el superior, el cual fue decidido por la resolución No. 00181 de 18 de enero de 1993.

Arguye el representante del actor que el último de los citados actos no fue notificado personalmente el 18 de enero de 1993, como se indica en el mismo, puesto que el 20 de enero de 1993, el Ministerio, mediante oficio 01527, le solicitó comparecer dentro de los cinco días siguientes a su recibo, con el fin de que se surtiera dicha notificación. El citado oficio fue colocado en el correo, según matasellos impreso en su sobre, el día 22 de enero de 1993, llegando al destinario el 28 del mismo mes y año. Agrega que el actor se notificó personalmente el 4 de febrero de 1993, pero que por error del funcionario notificador se colocó como fecha de dicha actuación el 18 de enero de 1993, es decir, la misma fecha de expedición del acto acusado. La anterior aclaración la hace para demostrar que al momento de la presentación de la demanda aún no había caducado la acción.

d.- **Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación**

El actor considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que, en forma resumida, se expresan a continuación (fls. 23 a 26):

1o.- Artículo 29 de la Constitución Nacional.

2o.- Artículos 38, 84 y 85 del C.C.A.

3o.- Literal a), numeral 2 del artículo 7o. de la resolución 7061 de 1988.

4o.- Artículo 187 del C. de P.C.

Dentro del acápite "CONCEPTO DE LA VIOLACION", el accionante señala que el artículo 84 del C.C.A. consagra como motivo de impugnación para solicitar la

declaratoria de nulidad de los actos administrativos, la falsa motivación. Considera entonces que los argumentos invocados en las resoluciones acusadas, esto es, que los datos que sirvieron de base para determinar la calificación asignada mediante la resolución No.12838 de 1991 (que inscribió al demandante en el Registro de Constructores), dan lugar a una falsa motivación de los mismos, por cuanto el artículo 7o. de la resolución No. 7061 de 1988 establece en el numeral segundo, como factor de calificación de la capacidad operativa del solicitante, la facturación, la cual "...se determinará con base en el valor de la cantidad de obra ejecutada en los últimos 48 meses, tomada de las declaraciones de renta y expresada en pesos constantes a la fecha de presentación de la solicitud. Esta facturación se confrontará con las certificaciones expedidas por las entidades contratantes en los últimos 48 meses".

Afirma el apoderado que en relación con dicho artículo deben efectuarse las siguientes consideraciones:

a) Cuando lo pactado con el constructor son honorarios, la cantidad de obras ejecutadas no puede obtenerse de las declaraciones de renta, toda vez que de acuerdo con las normas tributarias existentes (aunque no señala cuáles), la persona únicamente incluirá en su declaración la remuneración que reciba por la labor.

b) Debe verificarse el tipo de contrato pactado, para establecer si las declaraciones de renta pueden o no suministrar esa información.

c) Considera que en el caso en estudio la declaración de renta de 1987, no fue la base para determinar la calificación asignada y la consecuente inscripción, sino que lo fueron las certificaciones de las entidades contratantes -citadas en la solicitud de registro-, respecto de obras ejecutadas a partir de 1988, por lo que no es cierto lo afirmado en las resoluciones que resolvieron los recursos de reposición y apelación, en cuanto quedó demostrado que la declaración de renta de 1987 no fue un aporte más ni fue factor determinante para la obtención de la calificación otorgada en la resolución No.12838 de 1o. de noviembre de 1991, concluyendo que con lo anterior se aprecia claramente la falsa motivación que llevó al Ministerio a la cancelación de la inscripción del demandante en el Registro de Constructores.

Por último se refiere a la violación ostensible del artículo 38 del C.C.A. afirmando que como quiera que el hecho que originó la cancelación en el Registro de Constructores, fue la declaración de renta de 1987 -la cual fue presentada a la entidad el 6 de abril de 1989-, la resolución invocada debió ser revocada por el Ministerio, al advertir que su facultad sancionatoria había caducado respecto del acto que dio origen a la sanción, al haber transcurrido más de tres años contados entre la fecha de presentación de dicha declaración (6 de abril de 1989) y la fecha de la resolución que le canceló la inscripción (julio 9 de 1992), por lo cual se configuró una clara desviación de poder al utilizar una facultad (sancionar) por fuera del tiempo señalado en la ley.

e.- **Las razones de la defensa**

En la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión, se expresan, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 46 a 50 y 119 a 126):

Respecto de la violación del artículo 29 alegada por el demandante, el apoderado de la entidad demandada afirma que la actuación administrativa adelantada respetó en su integridad el debido proceso.

En segundo término observa que la falsa motivación alegada se desvirtúa con la prueba documental aportada al proceso.

Respecto de la declaración de renta de 1987, en la cual la parte actora centra su ataque, indica el apoderado de la demandada que la resolución No.7061 de 9 de agosto de 1988 reglamentó la inscripción, calificación y clasificación de constructores en el registro de proponentes, disponiendo en su artículo 5o. que para solicitar la inscripción se requieren las últimas declaraciones de renta, si se está sujeto a dicho régimen. Añade que en la resolución No. 11469 de 1992, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución No. 07902 de 1992, se dijo que la administración además tuvo en cuenta la declaración de 1987 para el estudio y evaluación de la solicitud efectuada por el demandante, declaración que por reposar en los archivos de la Institución, no se solicitó al actor.

Con relación a la caducidad respecto de la sanción a aplicar por parte del Ministerio de Obras, el representante de la entidad advierte que es necesario tener en cuenta que si la cancelación es una sanción, ella se originó con ocasión de la expedición de la resolución 12838 de noviembre de 1991, que inscribió en el Registro de Constructores al señor Luis Jaime Poveda Medina; por tanto, es a partir de esta fecha que deben contarse los 3 años y como quiera que la resolución de cancelación es de julio de 1992, dicho lapso aún no había transcurrido.

En cuanto a la violación del artículo 85 del C.C.A., de la resolución No. 7061 de 1988 y del artículo 187 del C. de P.C., afirma que la acción prescrita en el primero no es interferida por los actos administrativos demandados; respecto de la segunda, que fue respetada integralmente; y en relación con la norma de procedimiento civil, dice que tampoco puede hablarse de violación en la apreciación de la prueba.

En lo relativo a excepciones, propone "...la genérica la cual será declarada en la medida que así aparezca en el proceso, en los términos del artículo 164 inciso segundo del C.C.A. ".

En su alegato de conclusión, realiza un pormenorizado análisis de las normas del Decreto 222 de 1983 y del Decreto 1522 de 1983 (entonces vigentes), relacionadas con el Registro de Proponentes, concluyendo que con base en ellas se expidio la resolución No. 7061 de 1988, que reglamentó la inscripción, calificación y clasificación de constructores en el registro de proponentes del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Por último, aduce que la resolución No. 12838 del 1o. de noviembre de 1991, que inscribió en el registro de constructores al actor, cumplió con los dos años de su vigencia, razón por la cual resulta improcedente la petición del demandante en el sentido de que se le restablezca en su derecho declarando que dicha resolución está vigente, cuando ésta ya no tiene vida, tanto por el transcurso de los dos años, como por la cancelación del registro mediante los actos acusados.

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, por encontrarse las resoluciones acusadas ajustadas a derecho.

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 24 de junio de 1993 se admitió la demanda y se ordenó darle el trámite correspondiente (fls. 32 a 85).

Por auto visible al fls. 56 a 61 se abrió a pruebas el proceso, se decretaron las pedidas por las partes y se decretaron otras de oficio.

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión sólo hizo uso de tal derecho la parte demandada (fls. 119 a 126) y la señora Agente del Ministerio Público.

II.- EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto la señora Procuradora Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado, considera que las súplicas de la demanda deben ser desestimadas, toda vez que la cancelación en el registro de constructores que le impuso al actor se efectuó con base en el régimen de contratación previsto para la Nación y sus entidades descentralizadas, esto es el Decreto 222 de 1983 y su Reglamentario 1522 del mismo año, así como en la resolución No. 7061 de 1988 del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que facultaban a la entidad para que procediera a cancelar la inscripción al descubrir falsedad en los documentos que sirvieron de base para dicha inscripción, actualización o revisión, como ocurrió en el caso en comento respecto de la declaración de renta del año gravable de 1987. Añade la mencionada funcionaria que "lo anterior en el evento de que pueda resolverse sobre el fondo del asunto, si es que no se da el fenómeno de la caducidad de la acción en este proceso" (fls. 127 a 131).

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término debe analizar y definir la Sala si frente al asunto *sub-júdice* cabe predicar o no la ocurrencia del fenómeno jurídico de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercida, toda vez que al adoptarse la decisión de admitir la demanda surgió tal interrogante y se consideró que sobre el mismo debería decidirse en este momento procesal.

En efecto, en la parte motiva del auto de 24 de junio de 1993, admisorio de la demanda, la Sala Unitaria observó lo siguiente:

> "A pesar de que según el sello de notificación personal que aparece impreso en el último de los actos acusados, y mediante el cual se agotó la vía gubernativa, se señala como fecha de tal diligencia el 18 de enero de 1993 (fl. 17 vto.) de lo cual resultaría que cuando se presentó la demanda, 4 de junio de 1993, ya había transcurrido el término de cuatro (4) meses que para la caducidad de la acción intentada consagra el artículo 136 del C.C.A., el demandante argumenta que la fecha real de notificación personal ocurrió el día 4 de febrero de 1993, error atribuible al funcionario notificador. Para demostrar su afirmación, expone algunos argumentos y acompaña fotocopias autenticadas del oficio No. 01527, de fecha ilegible, en el cual el Ministerio de Obras Públicas y Transporte le solicita comparecer para llevar a efecto la referida diligencia de notificación personal, y del sobre en el cual afirma le fue enviada la misma, con fecha 22 de enero de 1993 (fl.19).
>
> "Si bien la evidencia documental sobre la fecha de notificación personal del último acto acusado conduciría a adoptar la decisión de inadmitir la demanda por caducidad de la acción, el Despacho, atendiendo a la reiterada jurisprudencia de la Sala, en el sentido de que en casos de duda sobre la ocurrencia de tal fenómeno jurídico, como ocurre en el *sub-júdice*, debe tramitarse el proceso para que la parte demandante pueda ajercer su derecho de defensa, y que sobre el mismo se debe decidir en la sentencia, y encontrando que el libelo reúne los requisitos señalados en los artículos 137 y ss. del C.C.A..."

Ahora bien, en el testimonio rendido por el ciudadano Diego Alejandro Gallego Flórez (fls. 111 a 113), cuya práctica se decretó como prueba de oficio por haber sido el funcionario que según aparece en la resolución No. 00181 de 18 de enero de 1993 realizó la diligencia de su notificación personal a la parte actora, el declarante manifestó que no recuerda las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que hubiese efectuado la notificación "...por la cantidad de trabajo que hay a diario y creo que para la época de los primeros días de enero del año anterior me desempeñaba como asesor jurídico encargado y el trabajo era pues variado y amplio"; que dentro de las funciones a él asignadas como abogado de la oficina de Asesoría Jurídica se encontraba la de "... notificar actos administrativos emanados del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y del Fondo Vial Nacional" que estuvo vinculado laboralmente a dicho Ministerio desde 1989 hasta 1993; que la letra y la firma que aparece en el sello de notificación personal "...es la que normalmente utilizo". Al solicitarse al declarante explicar el hecho "...de que no obstante que se le solicita al arquitecto Jaime Poveda Medina su comparecencia para la notificación personal de la citada resolución del 18 de enero de 1993 y cuyo oficio parece haberse puesto al correo el 22 de enero del mismo año, sin embargo al folio 17 vto. la citada resolución aparece notificada personalmente el mismo día 18 de enero de 1993", respondio lo siguiente:

"NO OBSTANTE NO RECORDANDO CON PRECISION LA CIRCUNSTANCIA DE LA NOTIFICACION, EL PROCEDIMIENTO NORMAL QUE SE LLEVABA A CABO PARA EFECTUAR LA NOTIFICACION DE LAS RESOLUCIONES, SE INICIABA CUANDO A LA ASESORIA JURIDICA LLEGABA PROCEDENTE DE LA SECRETARIA GENERAL, EL ACTO ADMINISTRATIVO DEBIDAMENTE FIRMADO QUE UNA VEZ RECIBIDO ERA ENTREGADO PARA EN ESA EPOCA AL DOCTOR LIBARDO ROJAS QUIEN ERA LA PERSONA ENCARGADA PARA ESA EPOCA DE LAS NOTIFICACIONES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, UNA VEZ RECIBIDAS LAS RESOLUCIONES EL FUNCIONARIO ENCARGADO DE LAS NOTIFICACIONES ELABORABA UN OFICIO SOLICITANDO LA COMPARECENCIA DE QUIEN SEGUN LOS ANTECEDENTES TUVIERA LA FACULTAD LEGAL DE NOTIFICARSE PERSONALMENTE DE LOS ACTOS, DICHO OFICIO PASABA SU TRAMITE NORMAL DE OFICINA, ESTO A LA SECRETARIA PARA LA FIRMA DEL ASESOR JURIDICO, QUIEN LUEGO DE FIRMAR PASABA A NUMERACION Y A COLOCACION DE FECHA DESCARGUE EN LOS LIBROS DE RADICACION DE CORRESPONDENCIA Y REMITIDO POSTERIORMENTE AL GRUPO DE CORRESPONDENCIA DEL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE QUIEN ES LA OFICINA ENCARGADA DE ENVIAR TODA LA CORRESPONDENCIA. SIN EMBARGO EN DIVERSAS CIRCUNSTANCIAS UNA VEZ RECIBIDAS LAS RESOLUCIONES YA LOS AFECTADOS O LAS PERSONAS CONTRA LAS CUALES SE PRODUCIA EL ACTO ADMINISTRATIVO, BIEN SEA DE IMPOSICION DE SANCIONES DE RESOLUCION DE RECURSOS, DE ENTREGA DE ANTICIPOS PREGUNTABAN O VISITABAN LA ASESORIA JURIDICA CON EL FIN DE PREGUNTAR SI YA HABIAN LLEGADO LAS RESOLUCIONES PARA NOTIFICACION Y POR ELLO MUCHAS DILIGENCIAS DE NOTIFICACION SE EFECTUABAN SIN HABERSE ENVIADO UNA COMUNICACION DE COMPARECENCIA O A VECES ALGUNA SIN HABERSE HECHO ESTA, POR CUANTO LAS PERSONAS DESEABAN CONOCER INMEDIATAMENTE EL ACTO ADMINISTRATIVO Y VERIFICADO LOS REQUISITOS ESTO ES QUE FUERA LA PERSONA LEGALMENTE IDONEA PARA NOTIFICARSE PORQUE FUERA EL REPRESENTANTE LEGAL DE UNA SOCIEDAD, EN CALIDAD DE GERENTE O SUBGERENTE, O PORQUE FUERA EL APODERADO JUDICIAL CON ESTAS FACULTADES DE NOTIFICACION SE PROCEDIA A EFECTUAR LA NOTIFICACION PERSONAL QUE CONSTA EN EL ORIGINAL DE LA RESOLUCION Y EN LAS COPIAS QUE PERMANECEN EN EL ARCHIVO Y LA QUE SE LE ENTREGA AL NOTIFICADOR, DE ACUERDO A LO VISTO EN ESTE EXPEDIENTE

LA NOTIFICACION PERSONAL DE LA RESOLUCION 181 DEL 18 DE ENERO DE 1993 SE EFECTUO EL MISMO DIA 18 DE ENERO DE 1993 A LAS 2:30 P.M. AL SEÑOR LUIS JAIME POVEDA MEDINA, COMO PERSONA LEGALMENTE IDONEA PARA NOTIFICARSE POR SER LA PERSONA DIRECTAMENTE AFECTADA CON DICHO ACTO ADMINISTRATIVO, LA COMUNICACION 1523 CUYA FECHA DE NUMERACION NO ESTA EN ESTE OFICIO, LO CUAL DEBERIA APARECER POR CUANTO UNA VEZ FIRMADO SE LE COLOCA LA FECHA EXACTA DE FIRMA Y ENVIADA POR EL CORREO EL 22 DE ENERO DE 1993, DEBIO SUSCRIBIRSE CON POSTERIORIDAD A LA FECHA DE LA NOTIFICACION POR CUANTO AUNQUE YA SE HABIA NOTIFICADO ES EL TRAMITE NORMAL QUE SE SIGUE Y MIENTRAS SU ELABORACION POR PARTE DEL ABOGADO ENCARGADO FIRMA Y ENVIO A LA OFICINA CORRESPONDIENTE DE CORRESPONDENCIA, PUDO HABER TRANSCURRIDO EFECTIVAMENTE ESE TIEMPO DEL 18 AL 22 DE ENERO, PERO LA FECHA DE NOTIFICACION ES DEL 18 DE ENERO DE 1993 AL MENCIONADO SEÑOR POVEDA POR CUANTO EL DEBIO HABERSE PRESENTADO EN LA OFICINA A CONOCER EL ACTO ADMINISTRATIVO Y SE EFECTUO LA NOTIFICACION DE UNA VEZ".

De otra parte, ante la solicitud formulada al declarante en dicha diligencia, en el sentido de si recordaba que en relacion con el caso concreto del señor Luis Jaime Poveda Medina se hubiera presentado con posterioridad alguna discusión sobre la fecha de la notificación, éste respondio: "No recuerdo, ni que se hubiera presentado ningún inconveniente ni duda acerca de la notificación de la resolución en cuestión".

Del examen y análisis de dicha prueba testimonial, la Sala destaca, considera y concluye lo siguiente:

a) La diligencia de notificación personal de la resolución número 00181 de 18 de enero de 1993 fue llevada a cabo por el declarante quien tenía a su cargo esa función y reconoció como suya la letra y la firma que aparece en el respectivo sello (fl.17 Vto.).

b) El hecho de que el declarante no recuerde las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó la mencionada diligencia no le resta confiabilidad ni eficacia probatoria al testimonio, no sólo por lo consignado en el literal precedente, sino por cuanto las razones que se dan para ello, consistentes en "...la cantidad de trabajo que hay a diario y creo que para la época de los primeros días de enero del año anterior me desempeñaba como asesor jurídico encargado y el trabajo era pues variado y amplio", son de aceptación para la Sala, pues resulta prácticamente imposible exigirse de cualesquier funcionario que tenga a su cargo la atención del público, además de otras que le hayan sido asignadas temporalmente, que conserve en su memoria y con precisión todas y cada una de las tareas que a diario y de manera casi mecánica realiza

en ejercicio de sus funciones.

c) Las razones que aduce el declarante para explicar el hecho del envío del Oficio No. 01527 a la parte actora en fecha posterior a la notificación personal de la resolución No. 00181 de 18 de enero de 1993, son convincentes para la Sala, pues nada impide que una vez profiera un acto administrativo, y sin necesidad de producirse citación escrita a su destinatario para surtir dicha notificación, éste pueda hacerse presente en la respectiva oficina pública y proceder a ello, sin que la circunstancia de remitirse con posterioridad dicha citación constituya, por sí sola, prueba suficente que desvirtúe tal hecho.

d) Al no existir en el proceso prueba alguna que permita cuestionar la idoneidad y capacidad del declarante, la seguridad que denota en su testimonio para concluir que la notificación personal de la citada resolución al demandante se efectuó el 18 de enero de 1993 a las 2:30 p.m., como consta a folio 17 vto., aunado a la circunstancia de que con posterioridad a ella no se presentó ninguna discusión o reclamo sobre su notificación en esa fecha y hora, permiten deducir que dicha diligencia se realizó efectivamente el 18 de enero de 1993 a las 2:30 p.m.

De otra parte, la Sala hace notar que la actora limitó su actuación en el proceso a formular la demanda y a depositar la suma fijada para gastos ordinarios del mismo (fl. 36), sin proporcionar ningún medio probatorio para demostrar su afirmación de que la notificación personal de la resolución No. 00181 de 1993 se efectuó el día 4 de febrero y no el 18 de enero del citado año y sin controvertir el referido testimonio.

De todo lo expuesto resulta evidente que si la notificación personal de la citada resolución que puso fin a la actuación administrativa se produjo el 18 de enero de 1993, a la fecha de presentación de la demanda que dio origen al proceso, es decir el 4 de junio del mismo año (fl. 28 vto.), ya había transcurrido el término de cuatro (4) meses que consagra el artículo 136 del C.C.A. para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho intentada.

La precedente conclusión implica que, al haberse producido el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, no hay lugar a pronunciamiento de mérito en el asunto planteado en la demanda.

En tal virtud, 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.- INHIBESE para fallar en el fondo el asunto planteado en la demanda.

Segundo.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercero.- En firme esta providencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

CIRCULAR/ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia/**CONTROL JURISDICCIONAL**-Improcedencia/**ACTO PREPARATORIO**

La Carta Circular cuya declaratoria de nulidad se impetra adolece del elemento esencial de todo acto administrativo, cual es el carácter decisorio que lo haga capaz de producir efectos jurídicos propios, de crear, modificar o extinguir situaciones de ser susceptibles de control jurisdiccional. En otros términos, a la Carta Circular acusada sólo puede atribuirse el carácter de acto preparatorio o de trámite que no puso fin a una actuación administrativa ni hizo imposible su continuación, pues la misma debió culminar, probablemente, con el acto mediante el cual la Superintendencia Nacional de Salud aprobó el procedimiento en ella sugerido, u otro diferente, para lograr la oportuna transferencia a los servicios seccionales de salud de los recursos provenientes de las utilidades de sorteos ordinarios, extraordinarios y apuestas permanentes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Seccion Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia : Expediente No. 2748. Actor: Lucy Cruz de Quiñónez.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda interpuesta por la ciudadana Lucy Cruz de Quiñónez, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad de "las órdenes administrativas, contables y presupuestales, contenidas en la Carta Circular No. 025 de 27 de octubre de 1993, "por la cual se dan

instrucciones sobre determinación y giro de las utilidades de sorteos ordinarios, extraordinarios y apuestas permanentes, a los representantes legales, revisores fiscales, contadores de sorteos extraordinarios, loterías ordinarias y beneficencias que administren loterías", expedida por la Superintendencia Nacional de Salud.

I.- ANTECEDENTES

a.- **Los hechos de la demanda**

Los hechos que la actora cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls.7 y 8):

1.- "La Superintendencia Nacional de Salud el día 27 de octubre de 1993 profirió la Circular Externa No. 025 y la envió a los representantes legales, revisores fiscales, contadores de sorteos extraordinarios, loterías ordinarias y beneficencias que administran loterías".

2.- "La Circular Externa No. 025 es un acto administrativo de carácter general por el cual la Superintendencia Nacional de Salud imparte instrucciones administrativas, contables y presupuestales a los funcionarios y entidades que administran las loterías, entidades que en su mayoría pertenecen al ámbito departamental, municipal o distrital, es decir, hacen parte de las entidades territoriales".

3.- "La Superintendencia en la circular acusada da órdenes de índole administrativa a las loterías, que implican injerencia directa en la actividad de dichas entidades, por cuanto sin soporte legal alguno dispone que las rentas tributarias departamentales destinadas a la salud, así como los recursos obtenidos por utilidades provenientes de los sorteos ordinarios, extraordinarios y apuestas permanentes, deben ser transferidos una vez son generados, lo cual implica que todo el sistema tributario y administrativo de estas entidades es interferido por cuanto la determinación de las utilidades es un mecanismo sujeto, bien a las reglas del Decreto Ley 2160 de 1986, a las normas fiscales de cada departamento o a los estatutos sociales según sea el caso.

"Además, las instrucciones de la Superintendencia implican la prescripción y aprobación del manejo del sistema contable de estas entidades, lo que conduce a una intervención permanente en la administración directa de ellas, todo ello con violación de normas constitucionales, legales y reglamentarias...".

b.- **Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación**

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por los conceptos que expone en su demanda y en el alegato de conclusión (fls. 8 a 22 y 227 a 253):

1o.- Constitución Política: artículos 1o., 287, 298, 300 numerales 4, 5 y 10, 305 numeral 11, 336 y 362.

2o.- Decreto Ley 1222 de 1986: artículo 193.

3o.- Decreto Ley 2160 de 1986: artículo 13.

c.- **Las razones de la defensa**

En la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión, la parte demandada expone los fundamentos que le es asisten en defensa de la legalidad de la Carta Circular acusada y solicita se denieguen las súplicas de la demanda (fls. 99 a 128 y 200 a 226).

d.- **La actuación surtida**

A la demanda se le dio el trámite establecido en el Código Contencioso Administrativo para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 25 de febrero de 1994 se admitió la demanda (fls. 44 a 46).

Dentro del término concedido para alegar de conclusión (fl. 134), las partes y el Ministerio Público hicieron uso de este derecho (fls. 200 a 226, 227 a 253 y 254 a 256).

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación considera que en el acto acusado "... no hay una manifestación de voluntad de la administración que tienda a crear, modificar o extinguir una situación jurídica en forma unilateral; se trata simplemente de un trabajo preparatorio con miras a unificar criterios para tomar acción en un futuro. Y hasta el momento no se sabe de los resultados obtenidos con la fórmula propuesta.

"No habiendo entonces acto administrativo, es inepta la demanda por falta de un presupuesto de la acción".

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Carta Circular No. 025, cuya declaratoria de nulidad se solicita, es del siguiente tenor:

"PARA: MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA, REPRESENTANTES LEGALES Y REVISORES FISCALES DE SORTEOS EXTRAORDINARIOS, LOTERIAS ORDINARIAS Y BENEFICENCIAS QUE ADMINISTREN LOTERIAS.

"DE: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

"REFERENCIA: DETERMINACION Y GIRO DE LAS UTILIDADES DE SORTEOS ORDINARIOS, EXTRAORDINARIOS Y APUESTAS PERMANENTES.

"FECHA: 27 OCT. 1993.

"Las rentas de la explotación de los monopolios de suerte y azar de conformidad con la Constitución Política de Colombia, tienen destinación exclusiva a los servicios de salud, por otra parte Ley 10 de 1990 (sic) y el Decreto 2165 de 1992 promueven la oportunidad y adecuada generación de los recursos de tal suerte que estos lleguen a los Servicios Seccionales de Salud en la cantidad adecuada y oportunidad deseada, facilitando la financiación y programación eficiente de los Servicios Seccionales de Salud y de las entidades y centros ejecutores del servicio público de salud en procura de minimizar sus costos y ampliar su calidad y capacidad permanente de gestión y prestación del servicio.

"Dados estos atributos la Superintendencia ha impartido instrucciones en su Circular 02 de 1993, sobre la transferencia del Impuesto a Ganadores y de Foráneas, recursos éstos sobre los cuales las loterías, sorteos extraordinarios y beneficiencias que administran loterías solamente ejercen su obligación de agentes recaudadores, razón por la cual su transferencia inmediata conforme la ley es indiscutible.

Igualmente la Superintendencia considera que los recursos por utilidades de sorteos ordinarios, sorteos extraordinarios y apuestas permanentes, al constituir rentas exclusivas para la salud, éstas deben ser transferidas una vez son generadas, para evitar su utilización en apalancamiento financiero, manejo de inversiones de tesorería o cubrimiento de gastos de operaciones futuras, etc., operaciones que desde todo punto de vista contravienen los mandatos constitucionales.

"En este orden de ideas este despacho ha venido analizando los posibles mecanismos de orden técnico y contable que no riñan, con las normas y procedimientos presupuestales, con miras a permitir la transferencia oportuna de las rentas atrás señaladas.

"Uno de tales procedimientos lo constituye el manejo programado del cierre de cuentas contables, dados sus objetivos básicos como son el permitir la distribución de utilidades, poner al día las obligaciones fiscales y mostrar la realidad económica del resultado operacional o adecuada generación de los recursos. Este procedimiento, además de facilitar el control y seguimiento tanto interno como externo de la empresa, es obligatorio como mínimo una vez al año, al 31 de diciembre del año correspondiente, como lo establece el artículo 13 del Decreto 2160 de 1986 y 52 del Código de Comercio.

"Como se puede analizar, el cierre contable es obligatorio una vez al año, quedando a libertad la adopción de cierre de cuentas de operación de acuerdo con las necesidades de las empresas o comerciantes, características mismas de las actividades desarrolladas o necesidades de control de gestión para dar cumplimiento a mandatos legales y constitucionales.

"Así, las cosas este Despacho considera que el cierre contable a realizar por parte de las loterías, beneficencias que administran loterías y sorteos estraordinarios, se debe realizar en forma mensual, dando lugar a una distribución y transferencia de las rentas generadas en forma oportuna y alineada con los mandatos legales y constitucionales.

"Sobre el particular, considero necesario conocer su apreciación antes del 16 de noviembre del presente año, dado que el citado procedimiento se debe adoptar a partir de enero de 1994. Copia de esta comunicación deberá ser leída en la próxima reunión del órgano directivo correspondiente".

De la simple lectura de la Carta Circular acusada, la Sala observa que mediante ella no se imparten órdenes o instrucciones administrativas, contables o presupuestales de imperioso cumplimiento, sino que, por el contrario, sólo busca consultar la opinión de sus destinatarios sobre la viabilidad de adoptarse el procedimiento de orden técnico y contable allí explicitado para lograr la transferencia oportuna de los recursos que, con destinación exclusiva a los servicios de salud, se generen por utilidades de sorteos ordinarios, sorteos extraordinarios y apuestas permanentes. Resulta tan evidente el mencionado fin que persigue la Carta Circular acusada, que en ella misma se manifiesta la necesidad de conocer las apreciaciones de sus destinatarios sobre la mencionada propuesta "...antes del 16 de noviembre del presente año, **dado que el citado procedimiento se debe adoptar a partir de enero de 1994"** (Subraya la Sala).

Las precedentes constataciones llevan a la Sala a concluir en un todo de acuerdo con lo expresado en su concepto por la Señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación, que la Carta Circular cuya declaratoria de nulidad se impetra adolece del elemento esencial de todo acto administrativo, cual es el carácter decisorio que lo haga capaz de producir efectos jurídicos propios, de crear, modificar o extinguir situaciones de derecho, de tal manera que se coloque en condiciones de ser susceptible de control jurisdiccional. En otros términos, a la Carta Circular acusada sólo puede atribuirse el carácter de acto preparatorio o de trámite que no puso fin a una actuación administrativa ni hizo imposible su continuación, pues la misma debió culminar, probablemente, con el acto mediante el cual la Superintendencia Nacional de Salud adoptó el procedimiento en ella sugerido, u otro diferente, para lograr la oportuna transferencia a los servicios seccionales de salud de los recursos provenientes de las utilidades de sorteos ordinarios, extraordinarios y apuestas permanentes.

En consecuencia, al no ser el acto acusado sujeto a control jurisdiccional, ello imposibilita a la Sala conocer de las pretensiones anulatorias formuladas en su contra y conduce a que en la parte resolutiva de esta providencia se declare la inhibición frente a la demanda planteada.

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

FALLA:

DECLARASE INHIBIDO para pronunciarse sobre el fondo de la demanda, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

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 veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel Gonzalez Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

DISTRITO CAPITAL/PARTIDA PRESUPUESTAL/SUSPENSION DE EJECUCION-Prórroga/**VEEDOR DEL TESORO-**Período/**CESACION DE FUNCIONES/SUSPENSION PROVISIONAL**

Cuando la resolución demandada prorroga la vigencia de la resolución 000168 de marzo de 1994, que dispuso la suspensión de la ejecución de unas partidas del Presupuesto del Distrito Capital correspondientes a la vigencia fiscal de 1994 hasta treinta días después de efectuada la elección de Alcalde, Concejales y Juntas Administradoras Locales, esto es, después del 30 de octubre del presente año (art. 1o. de la Ley 163 de 1994), desconoce en forma flagrante el precepto transitorio superior puesto que éste sólo facultó al Veedor del Tesoro para impedir de oficio el uso de recursos del tesoro público en las campañas electorales que se efectúen durante el período de tres años de ejercicio de su cargo y es un hecho notorio, el cual no requiere prueba, que dicho funcionario cesó ya en el ejercicio de sus funciones, razón por la cual no podía adoptar medidas cuyos efectos se prolongaran más allá del período que se le señaló para el desempeño de su cargo.

DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la resolución 000526 de julio de 1994.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 3042. Acción: Nulidad. Actor: Santiago Salah Argüello.

El ciudadano y abogado SANTIAGO SALAH ARGUELLO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, de la resolución No. 000526 de 27 de julio de 1994 **"por el cual se prorroga la suspensión de la ejecución de unas partidas del presupuesto del Distrito Capital de Santafé de Bogotá,** correspondientes a la vigencia fiscal de 1994", expedida por el Veedor del Tesoro.

I.- LA ADMISION DE LA DEMANDA

Como la demanda y sus anexos se ajustan a las previsiones contenidas en 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 esta providencia.

II.- LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

II.1.- Presentada en el mismo escrito de la demanda, en acápite especial, aparece sustentada en esencia, así:

La resolución acusada constituye un acto administrativo que contiene el ejercicio de una función por fuera del término de los tres años que dispuso el artículo transitorio 34 de la Constitución Política para que el Veedor del Tesoro cumpliera sus atribuciones.

Dicha resolución la expidio el Veedor faltando tres días para que se extinguiera su período, pero con el fin de incidir en una campaña electoral que no estaba comprendida dentro de los tres años del ejercicio de su cargo, prolongándose así en el tiempo las funciones del mismo, por cuanto se hacen extensivas a una campaña electoral que está por fuera de dicho término.

II.2.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Reza el acto acusado en el considerando f y en su parte resolutiva:

> "...f. Que ante la proximidad de los comicios electorales previstos para la elección de alcaldes, concejales y juntas administradoras locales entre otros, se hace necesario prorrogar la suspensión de la ejecución de unas partidas del presupuesto del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, correspondientes a la vigencia de 1994..."
>
> ...RESUELVE
>
> "Artículo 1o. Prorrogar la vigencia de la resolución No. 000168 del 22 de marzo de 1994, por medio de la cual se dispuso la suspensión de la ejecución de unas partidas del presupuesto del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, correspondientes a la vigencia fiscal de 1994, hasta por un período de treinta (30) días

después de efectuada la elección popular correspondiente al calendario electoral para 1994.

"Artículo 2o. Notificar al Señor Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., y entregar copia auténtica de la presente providencia.

"Artículo 3o. La presente resolución modifica únicamente el término previsto en el artículo 1o. de la resolución No. 000168 del 22 de marzo de 1994. En lo demás continúan vigentes las disposiciones de ésta.

"Artículo 4o. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición".

El artículo transitorio 34 de la Constitución Política, que se estima violado, es del siguiente tenor:

"ARTICULO TRANSITORIO 34. El Presidente de la República, en un plazo no mayor de ocho días hábiles contados a partir de la promulgación de esta Constitución, designará, por un período de tres años un ciudadano que tendrá la función de impedir de oficio, o a petición de parte, el uso de recursos original-mente provenientes del Tesoro Público, o del exterior, en las campañas electora-les que se efectúen en el término indicado, exceptuando la financiación de las campañas electorales conforme a la Constitución o la ley. Para este efecto tendrá derecho a pedir y a obtener la colaboración de la Procuraduría General de la Nación, de la Contraloría General de la República, de todas las entidades públicas que ejerzan atribuciones de control y vigilancia y de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial.

El Presidiente de la República reglamentará esta norma y le prestará al ciudadano designado todo el apoyo administrativo y financiero que le fuere indispensable".

Para la Sala resulta claro que al confrontar la resolución acusada con la norma constitucional transitoria transcrita aparece prima facie que aquélla quebranta en forma ostensible ésta. En efecto, cuando la citada resolución prorroga la vigencia de la resolución No. 000168 de 22 de marzo de 1994, que dispuso la suspensión de la ejecución de unas partidas del presupuesto del Distrito Capital correspondientes a la vigencia fiscal de 1994 hasta treinta días después de efectuada la elección de Alcalde, Concejales y Juntas Administradoras Locales, esto es, después del 30 de octubre del presente año (artículo 1o. de la Ley 163 de 1994), desconoce en forma flagrante el precepto transitorio superior puesto que éste sólo facultó al Veedor del Tesoro para impedir de oficio el uso de recursos del Tesoro Público en las campañas electorales que se efectúen durante el período de tres años de ejercicio de su cargo y es un hecho notorio, el cual no requiere prueba, que dicho funcionario cesó ya en el ejercicio de sus funciones, razón por la cual no podía adoptar medidas cuyos efectos se prolongaran más allá del período que se le señaló para el desempeño de su cargo.

Debe, en consecuencia, la Sala acceder a decretar la medida precautoria solicitada, y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

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

RESUELVE:

I.- Admítese la demanda presentada por el ciudadano y abogado SANTIAGO SALAH ARGUELLO contra la resolución No. 000526 de 27 de julio de 1994, expedida por el Veedor del Tesoro Público. En consecuencia, se dispone:

a: Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Segunda Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado.

b: Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, por haber culminado el período de liquidación de la Veeduría del Tesoro Público, entidad que expidio el acto acusado (artículo 5o. numeral 4o. del Decreto 1646 de 1994). 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 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 No. 2867 de 1989, deposite el actor la suma de cinco mil pesos ($5.000,oo) moneda corriente, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría.

II.- Tiénese como demandante al doctor SANTIAGO SALAH ARGUELLO y como demandada a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

III.- **DECRETASE** la suspensión provisional de los efectos de la resolución No. 000526 de 27 de julio de 1994 acusada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 29 de septiembre de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

REGISTRO DE MARCAS/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Improcedencia

El interés de cualquier persona entratándose de registros marcarios sólo llega hasta la concesión del registro por primera vez, habida cuenta que sólo frente a este evento es que consagran la posibilidad de hacer oposiciones u observaciones o de solicitar la cancelación del mismo, y para tales normas el interés debe traducirse frente a las causales de irregistrabilidad allí consignadas". Aun aceptando en gracia de discusión que la actora tuviese interés en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ella resultaría improcedente, pues la ley sólo lo reconoce para el trámite de la solicitud de concesión del registro de una marca por primera vez y frente a taxativas causales de irregistrabilidad, por lo cual en esta instancia jurisdiccional no cabría invocar dicho interés, presupuesto básico para el ejercicio de la mencionada acción".

Consejo de Estad.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Referencia: Expediente No. 2246. Actor: Sociedad Cartier International B.V.

Procede el Despacho a resolver lo pertinente sobre el escrito de corrección de la demanda presentado por la sociedad actora (fls. 210 a 224), previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1o.- La Sociedad Cartier Internacional B.V. a través de apoderado, presentó demanda ante esta Corporación en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., tendiente a obtener las siguientes declaraciones principales:

a) Es nula la resolución No.1132 de julio 28 de 1992, emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se rechazó el recurso de apelación interpuesto contra la resolución No.04018 de julio de 1991, expedida por la División de Propiedad Industrial de dicha Superintendencia y declaró agotada la vía gubernativa.

b) Es nula la resolución No.04018 de 16 de julio de 1991, por medio de la cual la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio concedio la revocación del registro de la marca "CARTIER" en favor del señor Rafael Kassin Nessim.

2o.- Por auto de 29 de enero de 1993 se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó el trámite de rigor (fls.73 a 74).

3o.- Dentro de la oportunidad prevista en el artículo 208 del C.C.A., la sociedad actora, por medio del escrito que obra a folios 210 a 224, manifiesta corregir la demanda de la referencia, "... de acuerdo con los siguientes parámetros:

"1. Solicito que se tenga la demanda interpuesta como una ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO de las previstas en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, y no Acción de Simple Nulidad como se planteó inicialmente en el libelo.

"2. Para efectos de cumplir con los requisitos de la ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, mi representada, en acción a solicitar que se declare la nulidad de los actos demandados, acredita, como en efecto lo hace mediante el presente escrito, un interés basado en la lesión de un derecho amparado en una norma jurídica, y solicita que el mismo le sea restablecido".

4o.- Para el Despacho no es de recibo la corrección de la demanda planteada, por las siguientes razones:

a) Porque como lo consideró y concluyó esta Sección en auto de 23 de junio de 1994, Actor: Sociedad Inversiones Plurimarcas S.A., expediente No. 2903, "... del contenido de las normas de la Decisión 85 se deduce que el interés de cualquier persona entratándose de registros marcarios sólo llega hasta la concesión del registro por primera vez, habida cuenta que sólo frente a este evento es que consagran la posibilidad de hacer oposiciones u observaciones o de solicitar la cancelación del mismo, y para tales normas el interés debe traducirse frente a las causales de irregistrabilidad allí consignadas".

b) Porque, en concordancia con lo anterior, si en el trámite de la solicitud de renovación de un registro marcario no existe la posibilidad de formular oposiciones u observaciones, y la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, vigente al momento de expedirse la resolución No. 4018 de 1991, sólo previo la acción de cancelación por causales de irregistrabilidad, dentro de las cuales no se encontraba la

de no haberse aportado la prueba idónea de su uso, que se alega tanto en la demanda original como en la corrección, de ello cabe concluir, como concluyó esta Sección en sentencia de 6 de septiembre de 1994, Actor: Industrias Volmo S.A., Expediente No. 1811, que "...aún aceptando en gracia de discusión que la actora tuviese interés en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ella resultaría improcedente, pues la ley sólo lo reconoce para el trámite de la solicitud de concesión del registro de una marca por primera vez y frente a taxativas causales de irregistrabilidad, por lo cual en esta instancia jurisdiccional no cabría invocar dicho interés, presupuesto básico para el ejercicio de la mencionada acción".

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, en la parte resolutiva de esta providencia se procederá a inadmitir la corrección de la demanda formulada por la sociedad actora.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

1o.- INADMITESE la corrección de la demanda formulada por la sociedad actora.

2o.- En firme esta providencia, regrese el expediente al despacho para decidir sobre la solicitud de acumulación de este proceso al radicado bajo el número 2088, formulada por el curador *ad-litem.*

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS/FACTURACION-Reclamación/ **PLAZO/SERVICIO DE TELEFONIA**

Si dentro del término pactado contractualmente la actora no formuló ningún reclamo sobre la factura que le fue remitida, dicha parte no podía alegar con posterioridad ante la administración del desconocimiento de sus derechos, ni mucho menos acudir ante esta jurisdicción para demandar la nulidad de los actos acusados, los cuales, en el hipotético caso de ser declarados nulos, en nada incidiría sobre la firmeza de la mencionada factura ni sobre la obligación pactada en el pagaré.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2858. Actor: Eslayden Támara Peralta

Procede la Sección Primera 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 9 de febrero de 1994.

I.- ANTECEDENTES

a.- La parte actora, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

La ciudadana Eslayden Támara Peralta, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal

Administrativo de Sucre la declaratoria de nulidad de los oficios números 20010021-000133 de 5 de mayo de 1993 y 20010011-000817 de 18 de mayo del mismo año, emanados de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones-Regional Sincelejo, mediante los cuales se aceptó parcialmente un reclamo y se confirmó dicha decisión. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita que se le permita continuar como adjudicataria de la línea telefónica No. 825848 instalada en su residencia de la ciudad de Sincelejo y se "...obligue a la empresa a recibir lo que por ley deba pagar mi mandante, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1842 de 1991".

b.- Los hechos de la demanda

Los hechos que la parte actora narra como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fl.1 Cdno. Ppal):

La demandante fue seleccionada como adjudicataria del servicio de telefonía, el cual fue instalado en su residencia el 9 de enero de 1992. A pesar de que dicho servicio debió haberle sido facturado a partir de la mencionada fecha ello no ocurrió así en toda la ciudad, "...ya que se dio en ese tiempo una adjudicación masiva a toda la ciudadanía y por omisión en el servicio de la empresa demandada, nunca facturó cobro alguno por concepto de llamadas telefónicas del lapso comprendido en el primero (sic) semestre de 1992".

Las circunstancias descritas se establecen en los actos acusados y son conocidas por la entidad demandada, y "...debido a la falta de coherencia, no se sabe si finalmente se hicieron o se recibieron tales llamadas", pues la primera facturación recibida por la demandante para su pago fue la comprendida dentro del período de agosto a septiembre 15 de 1992.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La parte actora considera que con la expedición de los actos acusados se incurre en el quebrantamiento de los artículos 1o. de la Constitución Política; 11, 12, 13, 15, 17, 23, 32, 37, 39, 46, 48, 49, 50, 51 y 54 a 62 del Decreto 1842 de 1991 y 57, 58, 59 y 60 de la resolución No. 3962 de 4 de octubre de 1989, expedida por el Ministerio de Comunicaciones.

Dada la dificultad de resumir el concepto de violación de las indicadas normas, expresado en el escrito de corrección de demanda, este se transcribe a continuación (fls. 22 a 23 *ibídem*):

> "Considero que las disposiciones anteriores no han sido aplicadas en el caso concreto, muy a pesar de vivir en un estado de normas, leyes, ya que si nos detenemos a analizar esas reglas, no se han cumplido a cabalidad, menoscabando así el legítio (sic) derecho de la accionante en la pretensión presentada.

"El estatuto nacioal (sic) de usuarios de los servicios públicos domiciliario, (sic)- Decreto 1842/91- no fue atendido en su integridad por la empresa demandada, al violar disposiciones allí establecidas, como por ejemplo en el consumo y facturación de la primera cuenta de cobro, en donde se presentó, valga recalcarlo, (sic), que por ser primera vez, ya la demandante presentada (sic) un saldo en mora con la entidad.

"Lo anterior es a todas luces ilegal y arbitrario, y auque (sic) es una inexactitud de la empresa para con el usuario, razón por la cual el ejecutivo, en aras de proteger a los usuarios expidio el decreto susodicho, que es una gran victoria para todos los mismos, ya que la Empresa debe resolver la queja o reclamo de acuerdo al trámite allí previsto.

"Entonces, como no fueron violadas las anteriores disposicones, (sic) cuando el mismo estauto (sic) exige que debe entregarse al usuario la facturta (sic) por el consumo de cada período en el lugar de su domicilio, que no se pueden cobrar valores no facturados, de que debe entregarse al usuario cada vez que van a leer el contador una constancia de la lectura, cuando es un hecho notorio que tales normas no las cumplen lor (sic) organismos oficiales o privados que presten tales servicios.

"En tal sentido mi mandante no está obligada a pagar lo que la empresa por su omisión ha querido cobrarle siete u ocho meses más tarde, cuando nunca ha habido una cuenta o factura de cobro durante ese lapso, que justifique legalmente el recibo otorgado por la entidad demandada..

"Quiere decir, si la administración (sic) le está prohibido efectuar cobros que tengan más de seis meses, los afectados nada debemos hacer, a pesar de que normas que establezcan lo contrario nos lo indiquen. Esa violación de los funcionarios públicos es la que ha cambiado y se hja (sic) querido cambiar, para que respondan y apliquen las normas a cada caso concreto.

"En conclusión, gobernados por un ordenamiento riguroso y excesivo en normas a veces, lo que pretendemos es tales se cumplan por los encargados en aplicarlas".

d.- **Las razones de la defensa**

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión, la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 55 a 58 y 93 a 95 del Cdno. Ppal.):

El hecho alegado por el accionante en el sentido de que al recibir la primera facturación presenta un saldo en mora es apenas lógico, puesto que un servicio que se utiliza en enero de 1992 y se factura en agosto del mismo año debe comprender los consumos de los períodos anteriores no facturados, los cuales se reflejan como saldos

a cargo del usuario. Es cierto que una de las obligaciones que corresponden a las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios es la de facturar y entregar esta factura al usuario, pero también lo es que el no recibirla no lo exime de la responsabilidad de efectuar los correspondientes pagos. Tampoco es cierto la alegada violación del Estatuto Nacional de Usuarios, puesto que tanto se le dio aplicación que se atendieron los reclamos presentados por la actora, aceptándose unos y denegándose otros.

En lo referente a que el Decreto 1842 de 1991 no fue atendido en su integridad y que por ser la primera factura la enviada al usuario ya éste reportaba saldo en mora con la entidad, debe analizarse el resultado de la diligencia de inspección judicial practicada a petición del actor, donde se desvirtúa todo lo dicho por él sobre este punto.

En cuanto a la pretensión de que se le restablezca el derecho a continuar como adjudicataria de la línea telefónica No. 824858, debe precisarse que tal calidad no se le ha retirado en nigún momento y por lo tanto es adjudicataria de dicha línea; diferente es que tenga el servicio suspendido por mora en el pago del mismo.

De otro lado, con relación a que TELECOM le reciba a la actora lo que por ley deba pagar, "tal pretensión es inocua por cuanto TELECOM no está cobrando consumos ilegales, todos los valores facturados tienen un soporte legal para hacerlo como es la Junta Nacional de Tarifas y el mismo Gobierno Nacional que fija a través del Congreso los impuestos a cobrar por los diferentes servicios. Además TELECOM nunca se ha negado a recibirle a la demandada los pagos que por ley adeuda a la Empresa, máxime como quedó demostrado en la etapa probatoria se le han dado todas las garantías para ello".

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 23 de julio de 1993 se admitió la demanda y se dispuso darle el trámite correpondiente (fl.25 Cdno. Ppal.).

Mediante providencia de 23 de agosto de 1993 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron como tales las solicitadas por las partes (fls. 77 y 78 *ibídem*).

Dentro del término de traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, hicieron uso de este derecho la parte demandada y el Ministerio Público (fls.93 a 95 y 97 a 98 ibídem).

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 103 a 106);

La Sala considera que la entidad demandada no violó el Decreto 1842 de 1991 ni la resolución No. 3962 de 4 de octubre de 1989 expedida por el Ministerio de Comunicaciones, por lo siguiente:

De las pruebas allegadas al proceso se deduce:

a) Que la señora Eslayden Támara Peralta firmó con TELECOM contrato de servicio telefónico para que se le asignara número telefónico a su residencia y en él aceptó todas las condiciones inherentes a esta clase de contratos, especialmente las señaladas en las resoluciones números 3962 de 4 de octubre y 4556 de 20 de noviembre de 1989, expedidas por el Ministerio de Comunicaciones, tales como aceptación de tarifas, pago oportuno de facturas etc., lo cual se puede observar a folios 83 y 84 del expediente.

b) A la demandante se le asignó por parte de TELECOM el abonado No. 825848 en su residencia del barrio Camilo Torres de la ciudad de Sincelejo, el cual le fue instalado el día 9 de enero de 1992, lo cual también es visible a folios 83 y 84, en donde obra la inspección judicial.

c) Se constató que la primera factura de cobro enviada por TELECOM a la señora Eslayden Támara Peralta en relación con el abonado telefónico número 825848 fue por el consumo comprendido entre el 15 de agosto al 30 de septiembre de 1992. En dicho documento se facturó la suma correspondiente a pagar desde la fecha de instalación (enero 9 de 1992) hasta la fecha de la facturación allí establecida (fls. 82, 83 y 84 del expediente).

d) No obstante que la Empresa demandada no envío a la demandante facturas de cobro durante el tiempo comprendido entre el 9 de enero de 1992 y el 15 de agosto del mismo año, aquella, a juicio del tribunal, dio a la actora las explicaciones satisfactorias del caso, como se desprende del contenido de los actos demandados. Además, el hecho de que TELECOM no hubiese enviado facturas de cobro a la demandante no la exime del correspondiente pago oportuno, ya que según reglamento establecido en la resolución No. 3962 de 4 de octubre de 1989 es obligación del usuario acercarse a las oficinas de TELECOM a reclamarlas, lo cual no hizo la actora, quien nunca se acercó a las referidas oficinas a averiguar qué sucedía con el consumo telefónico de su abonado No. 825848.

e) Está demostrado en el proceso que el valor consignado en la primera factura de cobro que TELECOM envío a la actora fue producto de llamadas telefónicas hechas por ésta a distintas ciudades tanto nacionales como internacionales desde la instalación de aquél (9 de enero de 1992) hasta el 30 de septiembre de 1993, lo cual aparece a folios 61 a 75 del expediente.

No obstante lo anterior, la empresa demandada ha estado dispuesta en todo momento a arreglarle la situación a la demandante, incluso ésta llegó hasta firmar un pagaré con fiador por la deuda que tiene con TELECOM por la suma que aparece en

la primera factura, en donde llegaron a un acuerdo sobre el número de cuotas y el valor de las mismas, para que las cancelara a plazo lo cual nunca cumplió (véase pagaré No. 0134-93 a folio 89 del expediente).

De otra parte, a TELECOM le asiste razón al haber suspendido el servicio telefónico a la demandante por encontrarse en mora en el pago, y mientras no cumpla con dicha obligación "no se hace acreedora a que se le restablezca el servicio que le ha sido suspendido". Incluso, si la actora persiste en no cumplir con dicha obligación puede perder definitivamente el servicio telefónico que se le viene prestando.

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sutentación del recurso la apelante fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 110 a 113 Cdno. Ppal.):

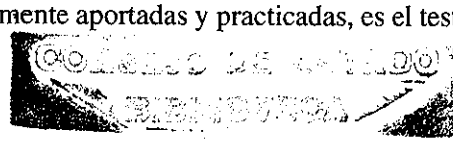
Si bien no se objetan las consideraciones del tribunal sobre el contrato de suscripción celebrado entre la actora y la demandada, se insiste en que existió negligencia de esta última para facturar oportunamente el servicio telefónico suministrado a partir de la fecha de su instalación (enero 9 de 1992), pues sólo se realizó su cobro hasta el mes de noviembre de dicho año por el período de agosto 15 a septiembre 30 en cuyo recibo se incluyeron en forma indebida el valor de las llamadas correspondientes al lapso de enero 9 a agosto 15 de 1992.

Si la demandada no hizo la facturación del servicio telefónico por el período de enero 9 a agosto 15 de 1992 en la debida oportunidad, como está demostrado en el proceso, la parte actora no puede ser obligada a cancelar dicha cuenta, pues "...por más que hubiese ido a obtener un duplicado de la factura de cobro por este mismo período, la Empresa no hubiere podido otorgar la copia o duplicado, por no existir en sus archivos".

De conformidad con lo previsto en las resoluciones números 3962 y 4556 de 1989, expedidas por el Ministerio de Comunicaciones, la demandada carecía de facultad "...para cobrar, lo que a ciencia cierta no se sabe, ya que son inconsistencia denominada por la Central Telefónica, y no como lo entiende el H. Tribunal, dando credibilidad a lo que la Central Telefónica de la Empresa denomina inconsistencia y llamada sin telefóno maestro, la cuenta de cobro que tuviese más de seis meses "(sic).

El Ttribunal no obró con imparcialidad, "...ya que le da visos de legalidad a una serie de documentos que reflejan las inconsistencias de la Central Telefónica, es decir, que la Empresa misma no puede descifrar lo que quiso ecir (sic) la Central y el H. Tribunal lo equipara a las facturas o cuentas de cobro, cuando esos papeles no sufren siquiera uno de los requisitos para que puedan ser considerados como cuenta de cobro a la luz del Decreto 1842/92".

Otro aspecto a destacar "... y que es de trascemdental (sic) importancia en el curso de las pruebas legalmente aportadas y practicadas, es el testimonio de la funcionaria



envargada (sic) de la oficina de Quejas, que no era tal para la época (sic) en que se hizo el reclamo, ya que en dicha entidad no existía el Comité o Junta de Reclamos, ya que ella misma lo declaró y en donde se burlaron del Estado de derecho, de nuestras condiciones de abogados, al decidir la queja y apelación por la misma mismo (sic) funcionario".

La única finalidad que persiguió la demandada con el título valor que le hizo firmar a la parte actora, sin el lleno de los requisitos formales que exige el Código de Comercio, fue perjudicar sus intereses para quitarle más tarde la línea telefónica o abonado, "...por la imposibilidad económica de sufragar los gastos o llamadas mal cobradas". "Es así, como hicieron autenticar la firma de mi poderdante, y su fiador de un título valor -pagaré- pero en el reverso en blanco del documento, tal como aparece en el expediente, a folio 89, y se les olvidó que los obligados en el anverso lo firmaran.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Del examen de los antecedentes administrativos de los actos acusados y de las pruebas decretadas y practicadas en el curso de la primera instancia, la Sala constata lo siguiente:

1o.- En la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos realizada en las oficinas de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - Regional Sincelejo se constataron, entre otros aspectos, que la parte actora suscribió en contrato de servicio telefónico con dicha Empresa, dentro de cuyas cláusulas se pactó que "... la demandante acepta las facturas que expida TELECOM si no formula los reclamos correspondientes como máximo al mes siguiente de la fecha de vencimiento de pago de la correspondiente factura..." y que "... la primera factura de cobro enviada por TELECOM a la demandante en relación con el abonado telefónico 825848 fue el comprendido del 15 de agosto al 30 de septiembre de 1992, con fecha de vencimiento el 27 de noviembre del mismo año..." (fl.83).

2o.- La facturación correspondiente al consumo ordinario del abonado telefónico No.825848 asignado por TELECOM a la parte actora "...fue entregado en el mes de noviembre..." de 1992 (fl.4).

3o.- La parte actora, junto con el señor Ney Puente Espitia, en calidad de codeudor, suscribió en favor de TELECOM el pagaré No. 0134-93 por la suma de $2.648.050,oo, "...por concepto de deuda de servicio telefónico local y de larga distancia y su correspondiente IVA más intereses corrientes a la tasa del 3% mensual sobre saldos vencidos del valor del servicio..." (fl.89).

4o.- Los actos impugnados, vale decir, los oficios números 20001002l-000133 y 20010011-000817 de fechas 5 y 18 de mayo de 1993, respectivamente, tuvieron origen en la reclamación elevada por la actora, el 16 de abril de 1993, en relación con la cuenta de cobro a ella formulada en el mes de noviembre de 1993.

Con base en las constataciones que se han reseñado, la Sala considera que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, aun cuando por diferentes razones, toda vez que si en el contrato de servicio telefónico a que se hizo referencia se pactó que la actora "... acepta las facturas que expida TELECOM si no formula los reclamos correspondientes como máximo en el mes siguiente a la fecha de vencimiento de pago de la correspondiente factura" y, como está demostrado en el proceso, la factura que dio origen a los actos acusados tenía como fecha de vencimiento el 27 de noviembre de 1992, de ello resulta a todas luces evidente que la reclamación formulada el día 16 de abril de 1993 en relación con dicha factura fue extemporánea, pues a esa fecha ya se había producido su aceptación en los términos de dicho contrato, lo cual se reafirma aún más si se tiene en cuenta que con anterioridad a ella había suscrito en favor de la parte demandada un pagaré en el cual se recogió la suma adeudada por concepto del servicio telefónico que le fue prestado, y cuya validez no se discute en este proceso.

Lo anterior implica que si dentro del término pactado contractualmente la actora no formuló ningún reclamo sobre la factura que le fue remitida, dicha parte no podía alegar con posterioridad ante la administración el desconocimiento de sus derechos, ni mucho menos acudir ante esta jurisdicción para demandar la nulidad de los actos acusados, los cuales, en el hipótetico caso de ser declarados nulos, en nada incidiría sobre la firmeza de la mencionada factura ni sobre la obligación pactada en el pagaré a que se hizo en el párrafo que antecede.

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.-CONFIRMASE la sentencia proferida por Tribunal Administrativo de Sucre, de fecha 9 de febrero de 1994.

Segundo.- No hay lugar a condena en costas de esta instancia por no haberse causado.

Tercero.- 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 veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

SECCION SEGUNDA

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 suposiciones 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. 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. Si bien el artículo tercero del Acuerdo 06 define cuando se entiende que un despacho está al día el 31 de diciembre del mencionado año, 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 Decreto2651 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 art. 20 de la C.P.

SUSPENDE la parte final del art. 1o. 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.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Conjuez Ponente: *Dr. Pedro Charria Angulo.*

Referencia: Expediente No. 8130. Actor: Dr. Juan Sandoval Roa. Acción de nulidad contra el Acuerdo No. 06 de 1993 del Consejo Superior de la Judicatura.

Mediante escrito incorporado a los folios 112 a 121 del expediente el señor apoderado del Consejo Superior de la Judicatura interpone el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, por el cual se suspendió provisional y parcialmente el Acuerdo No. 06 de 1993 emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

El recurrente sustenta la impugnación en que no se reúne el segundo requisito señalado en el artículo 152 del C.C.A. para que proceda la suspensión provisional, pues a su juicio las normas suspendidas no violan de manera ostensible las disposiciones superiores que en la demanda se señalan como infringidas. Al respecto el apoderado se extiende en diversas consideraciones para sustentar la mencionada conclusión.

El mismo apoderado en escrito separado visible a los folios 122 a 124 solicita aclaración del auto proferido el pasado 3 de junio, pues a su juicio la interpretación de la Sala es equivocada por cuanto de conformidad al artículo 14 numeral 4o. del Decreto 2652 de 1991 la representación del Consejo Superior de la Judicatura recae de manera excluyente en el Director Nacional de Administración Judicial.

Por la secretaría se dio cumplimiento a los artículos 108 y 349 del C. de P.C., para lo cual se corrió traslado del escrito contentivo del recurso mediante fijación en lista por el término de dos días.

SE CONSIDERA

El auto por el cual se admitió la demanda y accedió a la suspensión provisional de algunas de las disposiciones del Acuerdo acusado, fue notificado personalmente al Dr. José Alejandro Bonivento Fernández el día veinte (20) de abril de 1994 (fol. 81), la cual

fue considerada plenamente válida por la Sala, como expresa en el auto proferido el pasado 3 de junio, el cual se encuentra en firme.

Dentro del término de tres (3) días previsto en el artículo 348 del C. de P.C., disposición a la cual remite el artículo 180 inciso 2o. del C.C.A., el Dr. Jaime Marulanda Cerón interpuso el recurso de reposición, pero única y exclusivamente en cuanto a lo dispuesto en el numeral 2o. del auto impugnado, por el cual se ordenó notificar dicha providencia al señor Presidente del Consejo Superior de la Judicatura.

Se sigue de lo expuesto que la reposición que ahora se ha interpuesto contra el numeral 6o., relacionado con la suspensión provisional de algunas disposiciones del Acuerdo No.06 de 1993, resulta extemporánea, pues el escrito respectivo sólo aparece presentado en la Secretaría el pasado nueve (9) de junio (fol.121).

Si el recurrente pretendía atacar también la suspensión provisional decretada por la Sala, ha debido hacerlo dentro del término legal, y como así no procedió, el que ahora formula debe negarse por no haber sido presentado en tiempo oportuno.

En cuanto a la solicitud de aclaración del auto proferido el pasado tres (3) de junio, el artículo 309 del C. de P.C. señala que la misma procede contra las providencias judiciales, cuando los conceptos o frases en ella contenidos "ofrezcan verdadero motivo de duda".

De la lectura del escrito que contiene la solicitud de aclaración se desprende palmariamente que lo allí planteado es la modificación de la providencia impugnada, por considerar el apoderado del Consejo Superior de la Judicatura que la interpretación dada por la Sala al artículo 15 numeral 4o. del Decreto 2652 de 1991, es equivocada, lo cual no es materia de aclaración, por lo cual esta petición también se negará.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala de Conjueces,

RESUELVE:

PRIMERO: NO SE ACCEDE A REPONER el auto proferido el pasado quince (15) de marzo en cuanto se dispuso la suspensión provisional de la parte final del artículo primero y la totalidad del parágrafo segundo del mismo artículo primero del Acuerdo No. 06 de 1993 emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

SEGUNDO: NO SE ACCEDE a la solicitud de aclaración del auto proferido el pasado tres (3) de junio de 1994.

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 treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Javier Díaz Bueno, Alvaro Díaz Granados, Carmenza Arana de Ramírez, Luis Arturo Lizcano Blanco, Ausente; *Germán Escobar Ballestas, Pedro Charria Angulo.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUSPENSION PROVISIONAL EN PREVENCION-Improcedencia/**CARRERA JUDICIAL**-Régimen Aplicable/**CONGRESO DE LA REPUBLICA/ COMPETENCIA/VACIO NORMATIVO**-Inexistencia/**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**-Facultades/**POTESTAD REGLAMENTARIA**-Extralimitación/**SUSPENSION PROVISIONAL**

La medida de "suspensión provisional en prevención" que había sido consagrada en el artículo 153 del Decreto 01 de 1984, fue derogada por el artículo 68 del Decreto 2304 de 1989. Sin embargo, advierte la Sala que el Acuerdo No. 87 de 1993, aquí demandado, fue suspendido provisionalmente por la Sala, en providencia de abril 15 del año en curso, dictada en el expediente 9636, actor: LUIS FERNANDO CAICEDO, la cual fue confirmada en proveído del 29 del mismo mes y año. En consecuencia, sobre la solicitud de suspensión provisional, se ordenará estar a lo dispuesto en la mencionada providencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., julio doce (12) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 9788. Actor: Nubia Eunice Barrera C.

La señora NUBIA EUNICE BARRERA CARDENAS, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el art. 84 del C.C.A., acude ante esta Corporación para instaurar demanda contra el Acuerdo No. 87 de noviembre 23 de 1993, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, "por el cual se reglamenta

el sistema de méritos para el ingreso, permanencia y retiro del servicio en los cargos de carrera de la Rama Judicial".

Como la demanda cumple con los requisitos formales, habrá de admitirse.

En el mismo texto de tal libelo, expresa: "...solicito respetuosamente la SUSPENSION PROVISIONAL en prevención del mencionado acuerdo."

La Sala no encuentra de recibo la solicitud que se acaba de transcribir, pues la medida de "suspensión provisional en prevención" que había sido consagrada en el art. 153 del Decreto 01 de 1984, fue derogada por el art. 68 del Decreto 2304 de 1989.

Sin embargo, advierte la Sala que el Acuerdo No. 87 de 1993, aquí demandado, fue suspendido provisionalmente por la Sala, en providencia de abril 15 del año en curso, dictada en el expediente No. 9636, actor: LUIS FERNANDO CAICEDO, la cual fue confirmada en proveído del 29 del mismo mes y año. En consecuencia, sobre la solicitud de suspensión provisional, se ordenará estar a lo dispuesto en la mencionada providencia.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

ADMITESE la demanda presentada por NUBIA EUNICE BARRERA CARDENAS, contra el Acuerdo 87 de 1993, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Notifíquese personalmente el auto admisorio de la demanda al Procurador Delegado ante el Consejo de Estado, al Presidente del Consejo Superior de la Judicatura y al Director Nacional de Administración Judicial, haciéndoles entrega de copia de la demanda y sus anexos.

Fíjese el asunto en lista por el término y para los efectos del numeral 5o. del art. 207 del C.C.A.

Solicítese a la entidad demandada, si los hubiere, los antecedentes que dieron origen a la expedición del auto acusado.

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional del acto aquí acusado, estese a lo dispuesto en la providencia de 15 de abril de 1994, confirmado por auto del 29 del mismo mes y año, dictada en el expediente No. 9636, actor: LUIS FERNANDO CAICEDO, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Carlos A Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NACION-Representación/CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

El Contralor General de la República puede representar a la Nación ya como demandante, ya como demandada, ya como interviniente; y en relación con lo primero, puede incoar todas las acciones previstas en el C.C.A. incluída obviamente la de nulidad, "si las circunstancias lo ameritan". Respecto a esta última expresión "si las circunstancias lo ameritan" la Sala considera que al haber sido incluída en la ley, el legislador extraordinario quiso introducir un factor de razonabilidad y de adecuado ejercicio de las acciones, de tal forma que el asunto a debatirse en los estrados judiciales tenga algún nexo con las funciones que le ha asignado el ordenamiento jurídico a la entidad que pretende accionar; y es lógico que así sea, dentro de una estructura armónica del Estado y una adecuada distribución de competencias.

ESTABLECIMIENTO PUBLICO-Régimen Salarial/PRESTACIONES SOCIALES/CONGRESO DE LA REPUBLICA/COMPETENCIA

El artículo 76, numeral 9o. de la Carta de 1886, invocado como infringido en el escrito introductorio y vigente para el momento en que el acto enjuiciado fue proferido por el Consejo Directivo de la C.V.C., asigna al legislador la facultad de establecer el régimen salarial y prestacional de las diferentes categorías de empleos, incluídos los de los establecimientos públicos; de tal forma que sólo el Congreso de la República o el Ejecutivo mediante la expedición de decretos extraordinarios, en virtud de precisas facultades que se le concedieran en armonía con el numeral

12 *ibídem*, podían determinar los salarios y las prestaciones de los funcionarios públicos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., julio quince (15) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4921. Autoridades Nacionales. Actora: La Nación (Contraloría General de la República).

La Nación (Contraloría General de la República), mediante apoderado, en ejercicio de la acción pública de nulidad, solicita se declare nulo el inciso primero del numeral "V Asuntos Laborales", del acta No. 1243 de 18 de enero de 1989 expedida por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca CVC. (folio 94).

En el escrito introductorio se señalan como disposiciones violadas con el acto acusado, los artículos 20 y 76-numeral 9o. de la Carta de 1886; 3, 22, 27, 28 y 29 del Decreto 3118 de 1968 y 45 del Decreto1707 de 1960 (folio 96).

En el desarrollo del concepto de violación se manifiesta que si de acuerdo con el numeral 9o. del artículo 76 de la Constitución Política anterior, corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas fijar el régimen de las prestaciones sociales de los funcionarios, y en este caso el acto demandado al determinar o reglamentar las condiciones, términos y procedimientos para la liquidación y pago de cesantías, que es una prestación social según el artículo 5o. del Decreto1045 de 1978, se opone manifiestamente al artículo 20 de la Carta de 1886, y los empleados que la profirieron desconocieron ese precepto constitucional, pues dictaron un acto para el cual no tenían competencia, pues al mejorar las prestaciones sociales de los empleados públicos de la CVC, se extralimitaron en sus funciones, por cuanto la fijación del régimen de prestaciones sociales de tales servidores es competencia exclusiva del legislador, lo que quiere decir, que los miembros de dicho Consejo Directivo asumieron la facultad de legislar en esta materia; que éste es el sentido de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 13 de diciembre de 1972 que declaró inexequible el artículo 38 del DecretoLey 3130 de 1968; que los Decretos Leyes 3135 de 1968 y 1045 de 1978, fijan el régimen de prestaciones de los empleados oficiales al servicio de la administración nacional; que los artículos 2, 3 y 4 del último decreto citado disponen que los establecimientos públicos reconocerán y pagarán a sus funcionarios, las prestaciones sociales señaladas en la ley; que en consecuencia, las juntas o consejos directivos de estos organismos no pueden regular las prestaciones sociales de los funcionarios de sus dependencias; que si el Consejo Directivo de la CVC, mediante el acta No.1243 modifica el régimen prestacional de sus servidores, esa decisión es inconstitucional, criterio que ha sido sostenido por el Consejo de Estado en distintas providencias; que la CVC para el pago y liquidación de las cesantías de sus funcionarios debe someterse a las disposiciones pertinentes del Decreto3118 de 26 de diciembre de 1968 (artículos

3, 22, 27 y 29), por el cual se creó el Fondo Nacional del Ahorro y se establecieron normas sobre auxilios de cesantías de empleados públicos y trabajadores oficiales; que de la lectura de los artículos 25 y 45 del Decreto 1707 de 1960, por el cual se reorganiza la CVC, se infiere que en lo atinente al reconocimiento y pago de cesantías, su Consejo Directivo carece de competencia para modificar el régimen que en tal sentido consagra nuestra legislación y resalta que para el pago de esta prestación es fundamental y básico tener en cuenta la fecha de ingreso al servicio para la liquidación respectiva, quedando en cabeza del órgano legislativo, la facultad de introducir cualquier modificación sobre el tópico; que en síntesis, el reconocimiento y pago de las cesantías bien en forma parcial o definitiva, al igual que la manera de liquidarlas, para los empleados oficiales está claramente definido en nuestra legislación, sin que sea susceptible de modificación alguna por el patrono, a no ser que tal régimen sea cambiado por disposición de igual o superior categoría (folios 96 a 103).

SUSPENSION PROVISIONAL

En la demanda se solicitó, además, la suspensión provisional del acto enjuiciado (folios 103 a 106), medida provisoria que fue adoptada mediante el auto de 30 de abril de 1990 (folios 109 a 114), con fundamento en los siguientes planteamientos:

> "Tratándose de la acción de nulidad, el actual artículo 152 del C.C.A., exige para la procedencia de la suspensión provisional, que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas con fundamento en la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
>
> Al confrontar la Sala la norma acusada con el artículo 76, numeral 9, de la Constitución Política, verifica la ostensible transgresión del segundo en tanto que sólo el legislador puede fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales.
>
> El Consejo Directivo de la CVC, no podía como lo hizo, ni aún en la hipótesis de que la norma del Decreto Extraordinario 1707 que se invocó estuviere vigente, regular materia alguna de las reservadas por la Constitución Política al legislador, como lo es la relativa al auxilio de cesantía de los empleados oficiales de dicha corporación. (folios 112 y 113)"

CONCEPTO FISCAL

La Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado en su concepto de fondo (folios 203 a 207), opina que debe acogerse la excepción propuesta por el apoderado de la C.V.C., sobre la indebida representación de la parte demandante y, por ende, no debe haber en este asunto pronunciamiento de mérito sobre la controversia jurídica planteada.

Manifiesta la agencia del Ministerio Público en cuanto a la excepción propuesta, que la Contraloría General de la República no tiene *legitimatio adprosesum* (sic) por activa, ya que no lleva la representación de la Nación para demandar actos, así sean generales, de otras entidades administrativas, como que tal representación sólo la posee cuando se trata de sus mismos actos, dicha agencia está de acuerdo con tal excepción, al considerar en sana interpretación de la normatividad legal correspondiente, que de conformidad con el artículo 149 del C.C.A., la citada Contraloría y demás órganos y autoridades estatales que se relacionan en esa disposición, sólo representan a la Nación cuando ésta debe actuar como demandada o demandante, a través de dichas dependencias, en tratándose de los actos propios de ellas; que cuando la Nación obra como demandante de actos ajenos a las entidades referenciadas y consideradas en su identidad particular, su representación la tiene el Ministerio Público, al tenor de lo dispuesto en el artículo 143 de la Carta de 1886 y 127 del C.C.A.; advierte también en atención a un sugerido temor de la parte demandada en su alegato de conclusión, que no propone una discutible coadyuvancia, porque igualmente estima que si la parte demandante carece de legitimación en la causa, ella no es procedente.

Llegado el momento de proferir sentencia, a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar en el caso *sub-lite* la legalidad del inciso primero del numeral V del acta en cuanto el Consejo Directivo de la C.V.C. dispuso:

> "V.- **Asuntos Laborales.**- Con fundamento en el Decreto Ley 1707 de 1960, artículo 45, ordinal q), el Consejo Directivo decidió que la liquidación de las cesantías del personal vinculado a la Corporación el día 1o. de enero de 1989 se haga retroactiva al 1o. de enero de 1985, con base en el salario promedio devengado en el último año de servicio. Para quienes ingresen o hayan ingresado a la Corporación en fecha posterior al 1o. de enero de 1985, la liquidación de cesantías se hará retroactiva a la fecha de entrada." (folio 21).

Procede la Sala en primer término, a resolver la excepción propuesta por el apoderado de la C.V.C. sobre indebida representación de la parte demandante, acogida por la agencia del Ministerio Público al opinar que no debe haber pronunciamiento de mérito sobre la controversia jurídica planteada dentro del proceso (fl. 207).

Como se lee en el alegato presentado por la parte demandada (folio 189 a 202), dicha excepción se apoya en la circunstancia de que la Contraloría General de la República no representa a la Nación, cuando obra como demandante en procura de la nulidad de actos administrativos no expedidos por ella; pues a su juicio la representación de la Nación que le asigna a ese organismo fiscalizador el artículo 149 del C.C.A., no es absoluta, total y general para todos los eventos, sino sólo para los actos administrativos suyos y no los ajenos; dice que la Nación se representa por cada entidad, según sus actos, pero cuando el acto administrativo no es demandado por la misma entidad que lo expidió, sino por otra distinta, la representación de la Nación no queda radicada en

cualquier otro organismo administrativo, ni en la Contraloría General de la República, sino única y exclusivamente en el Ministerio Público, que como su nombre lo indica, es el vocero de la Nación.

Respecto de la excepción propuesta dirá en primer término la Corporación, que la acción pública de nulidad a la luz de lo dispuesto en el artículo 84 del C.C.A., puede ser instaurada por toda persona, por sí o por medio de apoderado, en cualquier tiempo. Acción, que tiene como finalidad no el restablecimiento o amparo de un derecho particular y concreto, sino la guarda del ordenamiento jurídico general y abstracto.

Ahora bien, el artículo 149 del C.C.A. invocado por la CVC como sustento de la excepción, consagra en primer lugar la vocación que tienen las entidades públicas para "obrar como demandantes y demandadas o intervinientes en los procesos contencioso-administrativos, por medio de sus representantes"; en segundo término, las autoriza para "incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan". A renglón seguido, la misma norma determina con precisión cuáles son los funcionarios a quienes corresponde la representación de la Nación, e incluye dentro de ellos al Contralor General de la República.

Fluye de lo anterior, que este funcionario puede representar a la Nación ya como demandante, ya como demandada, ya como interviniente; y en relación con lo primero, puede incoar todas las acciones previstas en el C.C.A.; incluída obviamente la de nulidad, "si las circunstancias lo ameritan".

Respecto a esta última expresión -"si las circunstancias lo ameritan"-, la Sala considera que al haber sido incluída en la ley, el legislador extraordinario quiso introducir un factor de razonabilidad y de adecuado ejercicio de las acciones, de tal forma que el asunto a debatirse en los estrados judiciales tenga algún nexo con las funciones que le ha asignado el ordenamiento jurídico a la entidad que pretende accionar; y es lógico que así sea, dentro de una estructura armónica del Estado y una adecuada distribución de competencias.

En el caso *sub-lite* al instaurar la Nación -Contraloría General de la República- la presente acción de nulidad, pretende que desaparezca de la vida jurídica una norma que tiene que ver con la liquidación de las cesantías a los empleados de la C.V.C.; vale decir, que se cuestiona la legalidad de una norma jurídica cuya aplicación tiene incidencia directa en el destino de los recursos de la entidad, cuyo manejo está sometido al control fiscal de la entidad demandante, de donde se concluye que esta "circunstancia" amerita el ejercicio de la acción incoada por el Contralor a nombre de la Nación.

Por ende, al no haber duda acerca de la procedencia de que la acción pública de nulidad fuera incoada en el *sub-júdice* por dicha entidad fiscalizadora, en orden a obtener que el acto administrativo acusado desaparezca de la vida jurídica, no comparte la Sala la perspectiva expuesta por la excepcionante en el sentido de que ello corresponda única y exclusivamente al Procurador General de la Nación.

Por lo expuesto, la aludida excepción propuesta no está llamada a prosperar.

En cuanto a la llamada impropiamente "excepción de legalidad del acto acusado" (folios 189 y 202), la Sala observa que ella no es tal, sino que es el asunto de fondo de la controversia jurídica, que debe ser objeto de análisis por parte de la Corporación.

Como es de conocimiento, la C.V.C., es una entidad descentralizada que tiene el carácter de establecimiento público.

El artículo 76, numeral 9, de la Carta de 1886, invocado como infringido en el escrito introductorio (folio 96) y vigente para el momento en que el acto enjuiciado fue proferido por el Consejo Directivo de la C.V.C., asigna al legislador la facultad de establecer el régimen salarial y prestacional de las diferentes categorías de empleos, incluídos los de los establecimientos públicos; de tal forma que sólo el Congreso de la República o el Ejecutivo mediante la expedición de decretos extraordinarios, en virtud de precisas facultades que se le concedieran en armonía con el numeral 12 *ibídem*, podían determinar los salarios y las prestaciones de los funcionarios públicos.

Lo anterior quiere decir que a la luz de la Carta de 1886, no era viable jurídicamente que las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos pudieran regular aspectos prestacionales de los servidores del respectivo organismo, como ocurrió en este asunto, cuando el Consejo Directivo de la C.V.C. mediante el acto impugnado señaló un régimen de liquidación de las cesantías de su personal, así se haya apoyado en el artículo 45 ordinal q) del Decreto Ley 1707 de 1960, que asignó a dicho Consejo la función de aprobar, improbar o modificar las normas generales que han de regir el empleo, las escalas de salarios y la administración de personal general de la Corporación, que prepare y presente su Director Ejecutivo; pues esta norma resulta inaplicable por ser manifiestamente contraria al referido precepto constitucional, por lo cual no puede servir de soporte legal a la decisión administrativa adoptada por el Consejo Directivo en el inciso primero del punto "V.- Asuntos Laborales" del acta No. 1243 de 18 de enero de 1989.

Como se dijo en el auto de 30 de abril de 1990, mediante el cual la Sala decretó la suspensión provisional del acto acusado, el Consejo Directivo de la C.V.C. no podía, en la forma como lo hizo, ni aún en la hipótesis de que la norma del Decreto 1707 de 1960 estuviere vigente, regular materia alguna de las reservadas por la Constitución Política al legislador, como es la relacionada con el auxilio de cesantía de los empleados de la referida corporación.

Así lo ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia de la Sala, y en similares términos se pronunció el juez de constitucionalidad, cuando en fallo del 13 de diciembre de 1972 declaró la inexequibilidad del artículo 38 del Decreto de Ley 3130 de 1968, que facultaba a las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas para regular, entre otros aspectos, la remuneración de los empleos y las prestaciones sociales de los servidores de la respectiva entidad.

Finalmente, es de anotar que a folio 186 del expediente aparece una constancia del 30 de mayo de 1991 expedida por la Secretaría General del Fondo Nacional de Ahorro,

según la cual la Junta Directiva de este establecimiento público, de acuerdo con el Acta No. 32 del 25 de febrero de 1970, aprobó eximir de su vinculación a ese organismo a la C.V.C., con la obligación entre otros requisitos, de que asumiera directamente el pago de las cesantías de sus funcionarios con sujeción a las normas del Decreto3118 de 1968. Empero, una cosa es autorizar a la entidad empleadora para administrar y pagar directamente las cesantías, que es lo que puede hacer e hizo la Junta Directiva del Fondo, y otra bien distinta, variar el régimen establecido en la ley para su liquidación.

Se concluye así, que el acto administrativo acusado infringe normas constitucionales que no podían ser desconocidas por el Consejo Directivo al proferirlo, por lo que resulta procedente declarar su nulidad.

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

FALLA:

1o. No prospera la excepción propuesta por la Corporación Autónoma Regional del Cauca.

2o. Declárase nulo el acto contenido en el inciso primero del punto "V.- **Asuntos Laborales"** del Acta No.1243 de 18 de enero de 1989 correspondiente a sesión del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, que a la letra dice:

> "V.- **Asuntos Laborales.**- Con fundamento en el Decreto Ley 1707 de 1960, artículo 45, ordinal q), el Consejo Directivo decidió que la liquidación de las cesantías del personal vinculado a la Corporación el día 1o. de enero de 1989 se haga retroactiva al 1o. de enero de 1985, con base en el salario promedio devengado en el último año de servicio. Para quienes ingresen o hayan ingresado a la Corporación en fecha posterior al 1o. de enero de 1985, la liquidación de cesantías se hará retroactiva a la fecha de entrada".

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y ARCHIVESE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 30 de junio de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PENSION SANCION/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Facultades/ **POTESTAD REGLAMENTARIA/TRABAJADOR OFICIAL**

Si en cabeza del Presidente de la República se halla radicada la competencia general para reglamentar las leyes, es indiferente que se cumpla esta función en un mismo decreto respecto de una sola ley, o que en un decreto se reglamenten disposiciones contenidas en varias leyes, que fue lo que acontenció en el *sub-lite* -al reglamentar el Decreto 3135 de 1968 y el artículo 8o. de la Ley 171 de 1961 respecto a trabajadores oficiales. El legislador en una norma especial -Ley 171 de 1961-, estableció un régimen excepcional de pensiones tanto para los trabajadores particulares como para los trabajadores oficiales, sin ordenar su incorporación dentro del Código Sustantivo del Trabajo. Tal ley dispuso además, la derogación del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo y la regulación de la pensión sanción para los trabajadores particulares de conformidad con las reglas contenidas en el artículo 8o. de la referida ley. De suerte, que al aplicar por mandato de su parágrafo a los trabajadores oficiales lo dispuesto en dicho artículo, no se está aplicando a los mismos disposición alguna del Código Sustantivo del Trabajo, aunque la ley bien podría señalar expresamente que alguno o algunos de sus preceptos fueran aplicables a dichos trabajadores.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., julio quince (15) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 6293. Decretos del Gobierno. Actor: Fabio Rogelio Cárdenas Higuera.

El ciudadano Fabio Rogelio Cárdenas Higuera en ejercicio de la acción de nulidad contemplada en el artículo 84 del C.C.A. solicitó a esta Corporación declarar la nulidad del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario de la pensión en caso de despido injusto del empleado vinculado por contrato de trabajo a la administración pública.

Expone como fundamento fáctico de su pretensión la circunstancia de que el Presidente de la República en ejercicio de la facultad conferida en el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Política de 1886, hoy numeral 11 del artículo 189 de la Carta de 1991, expidió el Decreto 1848 de 1969, mediante el cual reglamentó el Decreto 3135 de 1968, estatuto este último, que establece la integración de la seguridad social entre el sector público y privado y regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, pero que en ninguna parte de su texto consagró el evento de la pensión en caso de despido injusto. Consiguientemente, concluye el demandante, la norma acusada es nula por cuanto regula una figura jurídica no establecida por el decreto ley que reglamenta.

Invoca como violados los artículos 189 numeral 11 de la Carta Política, los artículos 3o., 4o. y 492 del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto Ley 3135 de 1968, aduciendo que su transgresión se configura porque en las condiciones anotadas -no contemplación en la norma que se reglamenta de la figura jurídica-, no podía reglamentar disposición alguna del decreto ley mencionado y menos aún podía reglamentar el artículo 8o. de la Ley 171 de 1961, actualmente subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, máxime que en ninguna parte del Decreto 1848 de 1969 se dijo que se reglamentaba esa ley.

A continuación hace una disquisición sobre la pensión sanción restringida de jubilación para el sector privado regulada por el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo; sobre el alcance del artículo 8o. de la Ley 171 de 1961 que lo subrogó, anotando que esta norma dividió el tratamiento pensional según la antigüedad del trabajador: -después de los diez (10) y quince (15) años-, agregó una nueva causal: retiro voluntario después de quince (15) años de servicios a los sesenta (60) años de edad y amplió la aplicación de esta norma a los trabajadores vinculados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación.

Luego señala que la norma acusada, creada para el sector oficial, no podrá entrar a reglamentar una disposición incorporada al régimen privado en su parte individual, en contra de lo preceptuado en los artículos 3o., 4o. y 492 del Código Sustantivo del Trabajo, y que lo lógico es que se hubiera dictado un decreto reglamentario especial para el parágrafo del artículo 8o. de la Ley 171 de 1961 y no dejar vigentes dos disposiciones con las mismas características y una de ellas (el artículo 74 del Decreto

1848 de 1969) con vicios de inconstitucionalidad por excederse el ejecutivo en sus facultades reglamentarias.

Por las razones consagradas en la providencia obrante a folios 12 a 15, se negó la suspensión provisional de la norma demandada.

El Procurador Judicial Cuarto se abstuvo de emitir concepto de fondo en el presente negocio.

Surtido el trámite del proceso, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El texto del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 cuya nulidad impetra el actor, teniendo en cuenta la declaratoria de nulidad de la expresión "o varias entidades" decretada por el Consejo de Estado en sentencia de 12 de diciembre de 1981, Expediente No. 4721, actor: Javier Valderrama, Consejero Ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado, es:

> "Artículo 74. **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 (sic) 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.
>
> 3. Si el trabajador oficial se retirare voluntariamente después de quince (15) años de los supradichos servicios, tendrá derecho a la pensión cuando cumpla sesenta (60) años de edad.
>
> 4. La cuantía de la pensión de jubilación, en todos los casos citados en los incisos anteriores, será directamente proporcional al tiempo de servicios, con relación a la que le habría correspondido al trabajador oficial en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.
>
> 5. La pensión a que se refiere este artículo, así como los pensionados en cuanto a sus deberes y derechos, se regirá en todo lo demás, por las disposiciones pertinentes de este decreto y del Decreto 3135 de 1968".

El epígrafe del Decreto 1848 de 1969 y la introducción a su articulado, es del siguiente tenor:

DECRETO NUMERO 1848 DE 1969

(noviembre 4)

Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de la facultad que le confiere el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional, subrogado por el artículo 41 del Acto Legislativo número 1 de 1968,

DECRETA

El Decreto 3135 de 1968 por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, efectivamente, en ninguno de sus artículos regula lo concerniente a la pensión sanción o pensión en caso de despido injusto.

Esta prestación fue regulada por el artículo 8o. de la Ley 171 de 1961, en los siguientes términos:

"...El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a $800.000.oo pesos después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o de la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa, después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla sesenta (60) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero sólo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena, establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos, la pensión aquí prevista, se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

PARAGRAFO. Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la Administración Pública o con los establecimientos públicos descentralizados en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial".

Despréndese de lo anterior que lo relativo a la pensión en caso de despido injusto, en lo que atañe a los trabajadores oficiales vinculados a la administración pública o a establecimientos públicos descentralizados, se hallaba gobernado por el artículo 8o. de la Ley 171 de 1961, en virtud de lo dispuesto en su parágrafo único y no por el Decreto Ley 3135 de 1968, puesto que en este estatuto, se repite, no se hizo referencia alguna a la pensión sanción.

No obstante lo anterior, y que en el epígrafe del Decreto 1848 de 1969 se expresa claramente que se reglamenta el Decreto 3135 de 1968, que nada contiene en relación con la aludida pensión, lo que a primera vista podría calificarse como un exceso de la facultad reglamentaria del Presidente de la República, la verdad es que no lo es, ya que en estricto derecho no se presenta el desbordamiento de esa prerrogativa, por cuanto si bien en el decreto objeto de esta reglamentación no aparece tratada la materia, el Congreso sí se había ocupado de ella en la Ley 171 de 1961, en los términos en que fue abordada por el Presidente, quien no hizo cosa distinta que precisar el alcance de la norma legal respectiva.

De suerte, que si en cabeza del Presidente de la República se halla radicada la competencia general para reglamentar las leyes, es indiferente que se cumpla esta función en un mismo decreto respecto de una sola ley, o que en un decreto se reglamenten disposiciones contenidas en varias leyes, que fue lo que acontenció en el *sub-lite* - al reglamentar el Decreto 3135 de 1968 y el artículo 8o. de la Ley 171 de 1961 respecto a trabajadores oficiales.

Por tanto, aunque es indiscutible que se presenta ausencia de técnica jurídica en la titulación del Decreto 1848 de 1969, ya que únicamente se dice que se reglamenta el Decreto 3135 de 1968 y no se menciona la Ley 171 de 1961, no puede admitirse que tal deficiencia implique el desbordamiento de la potestad reglamentaria que el ordinal 3) del artículo 120, hoy numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, le confiere al Presidente de la República.

De otra parte, no se traduce en una infracción de lo previsto en los artículos 3o. y 4o. del C.S.T., que se disponga en ellos que el citado estatuto regula las relaciones de derecho individual de trabajo de carácter particular y que las relaciones de la misma naturaleza entre la administración pública y los servidores del Estado, no se rijan por sus disposiciones, pues la verdad es que el legislador en una norma especial - Ley 171 de 1961-, estableció un régimen excepcional de pensiones tanto para los trabajadores particulares como para los trabajadores oficiales, sin ordenar su incorporación dentro del citado código. Tal ley dispuso además, la derogación del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo y la regulación de la pensión sanción para los trabajadores

particulares de conformidad con las reglas contenidas en el artículo 8o. de la referida ley. De suerte, que al aplicar por mandato de su parágrafo a los trabajadores oficiales lo dispuesto en dicho artículo, no se está aplicando a los mismos disposición alguna del Código Sustantivo del Trabajo, aunque la ley bien podría señalar expresamente que alguno o algunos de sus preceptos fueran aplicables a dichos trabajadores.

Por lo demás, la Sala estima que tampoco se da la transgresión del artículo 492 del referido código, porque en éste se estipula la continuidad de la vigencia de las normas que regulan el salario mínimo, el seguro social obligatorio y el derecho individual del trabajo en cuanto se refiere a los trabajadores oficiales, pero no se consagra prohibición o advertencia acerca de la inaplicabilidad de las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo a los mencionados servidores estatales.

Los planteamientos esgrimidos por el accionante en apoyo de sus pretensiones, resultan infundados, y por tanto, se impone su denegación.

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

FALLA:

Niéganse las pretensiones de la demanda, incoada por el ciudadano Fabio Rogelio Cárdenas Higuera con el fin de que se declare la nulidad del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 30 de junio de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

MINISTERIO PUBLICO/CARRERA DE LAS FISCALIAS/FISCALIA UNICA/REELECCION-Improcedencia/**LISTA DE ELEGIBLES/ NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD/PERIODO LEGAL**

Si la autoridad nominadora tuviera la obligación de designar a la persona que viene ejerciendo el cargo, carecería de objeto la conformación de las listas de candidatos que por mandato legal debe tener en cuenta para hacer el nombramiento. En cuanto a la incidencia que en el caso *sub-júdice* pudiere tener el artículo 8o. de la Ley 12 de 1945, según el cual la interinidad en la administración de justicia no podrá durar más de 90 días y el funcionario judicial o del Ministerio Público que después de este término continúe ejerciendo el cargo, deberá obtener la confirmación de su elección o nombramiento, excepto cuando sea causada la suspensión del titular por la acción de nulidad a que alude dicha norma, la Sala anota que a su juicio quedó derogada por el Decreto Ley 250 de 1970, en virtud de que éste reguló íntegramente la materia atinente a la interinidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., julio quince (15) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 6852. Autoridades Nacionales. Actor: Carlos Fandiño Del Portillo.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia del 27 de febrero de 1992, dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, actuando en su propio nombre, el abogado Carlos Fandiño Del Portillo presentó demanda ante el Consejo de Estado, la cual fue remitida por competencia al Tribunal Administrativo del Magdalena (folios 43 y 44), con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el DecretoNo.560 de julio 21 de 1989 expedido por el señor Procurador General de la Nación, mediante el cual fue removido del cargo de Fiscal Unico del Circuito Especializado de Santa Marta, por haber sido designada en su reemplazo la doctora Mercy Díaz Granados Sánchez. Pidió así mismo, como consecuencia de la solicitud anterior, el correspondiente restablecimiento de su derecho (folios 1 y 2).

Como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones manifiesta que fue designado por la Procuraduría para ocupar en propiedad el referido empleo por Decreto No. 307 de junio 4 de 1987, por el resto del período legal comprendido entre dicha fecha y el 31 de mayo de 1988, habiéndose posesionado el 26 de julio de 1987, y que hasta el 18 de septiembre de 1989 desempeñó el cargo; que luego de vencido el período para el cual había sido nombrado, siguió ocupándolo, sin solución de continuidad y en propiedad por un lapso superior a 90 días que correspondía a un nuevo período, puesto que la Procuraduría no designó en su oportunidad a otra persona para ejercer el empleo; que sin embargo, el señor Procurador General de la Nación mediante el acto impugnado, designó en su reemplazo a la doctora Mercy Díaz Granados Sánchez, en propiedad, para el resto del período legal que se había iniciado el 1o. de junio de 1988, no obstante el demandante presidir la terna de nombramientos de fiscales y habérsele legalmente admitido y reconocido en la carrera de las Fiscalías, según resolución No. 020 del 10 de diciembre de 1987 del Consejo Nacional de la Carrera de las Fiscalías (fls. 2 y 3).

El libelo cita numerosás disposiciones como violadas por el acto administrativo impugnado (fl. 3).

De conformidad con el concepto de la violación expuesto en el escrito introductorio (fls. 3 a 7), y lo expresado en la adición de la demanda (fls.37 a 42), la parte actora, en resumen, afirma que se le desconoció con el acto impugnado su pertenencia a la carrera de las fiscalías, en la cual se encontraba inscrito y sin que se tuviera en cuenta en este asunto que carecía de sanciones disciplinarias; que como al vencimiento del período para el cual fue designado no fue sustituído, porque la Procuraduría no efectuó el nombramiento para el período que se inició el 1o. de junio de 1988, sino cuando ya había transcurrido más de un año, entró a ocupar este empleo en propiedad dentro de este nuevo período, de acuerdo con el artículo 8o. de la Ley 12 de 1945, no pudiendo ser el demandante suspendido ni destituído del cargo; que de otra parte, al señor Procurador se le agotó la facultad de nombrar a un nuevo fiscal mientras no terminara tal período en mayo de 1991, o cuando llegase a la edad de retiro forzoso.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal del conocimiento, en la sentencia objeto de consulta, declaró la nulidad del acto administrativo acusado y ordenó el correspondiente restablecimiento del derecho (fls. 102 y 103).

Manifestó el *a-quo,* en síntesis, que en este asunto debe tenerse presente que la inscripción del demandante en carrera se produjo el 10 de diciembre de 1987, es decir, cuando se había vencido el período para el cual había sido designado y que terminaba el 31 de mayo de 1988; que si bien es cierto apenas faltaban unos pocos meses para el vencimiento del período, no puede por esta razón hablarse de una interinidad latente, ya que en esta situación se encontrarían siempre los fiscales mientras haya un período, de no existir una auténtica carrera; que para el *a-quo* no hay duda de que la inscripción en carrera le confería al actor estabilidad en el empleo; que debe destacarse que el deseo del legislador extraordinario al proferir el Decreto052 de 1987 fue el de mantener la estabilidad y fue así como, no obstante la derogatoria del Decreto2400 de 1968, dió vigencia entre otras normas al artículo 67 del citado estatuto; que sin embargo, la estabilidad no se encuentra en esa norma declarada inexequible, sino que tiene su asidero y consagración legal en el artículo 51 del Decreto052 de 1987; que en el caso *sub-exámine* si el doctor Carlos Fandiño Del Portillo no tuvo calificaciones insatisfactorias, tenía pleno derecho a ser reelegido; que el proceso de selección llevado a cabo sólo tenía justificación ante la eventualidad de una falta absoluta del titular de la Fiscalía, para cuyo efecto se requerían los elegibles, pero no daba margen para su remoción; que asiste razón al demandante cuando no obstante existir en su contra calificaciones insatisfactorias, no fue reelegido, con desconocimiento de su inscripción en la carrera de las fiscalías y de las normas legales que regulan su funcionamiento y de las constitucionales que la autorizan; que en consecuencia resulta procedente declarar la nulidad del acto administrativo enjuiciado; empero, dispuso que en cuanto al restablecimiento del derecho, no había lugar al reintegro del demandante al empleo que ocupaba, por haber sido suprimido por el Decreto Ley 99 de enero 14 de 1991, modificatorio del artículo 75 del Decreto 2790 de 1990, estatuto para la defensa de la justicia, a partir del 16 de enero de 1991 y haber quedado como de libre nombramiento y remoción el Fiscal de Orden Público que lo sustituyó.

LA VISTA FISCAL

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto de fondo (fls. 109 a 112), estima que al actor le asiste el derecho reclamado, ya que se encontraba inscrito en carrera, según resolución No. 020 del 10 de diciembre de 1987 y, por consiguiente, podía permanecer en el cargo mientras no fuera calificado desfavorablemente en dos oportunidades, y si así no ocurría debía ser reelegido cuando finalizara el período establecido para el mismo; que no es congruente que estando en el escalafón de la carrera y no existiendo situaciones legales para la desvinculación del servicio, se le retire al vencimiento del período; que el Decreto 052 de 1987 abolió tácitamente los

períodos judiciales y del Ministerio Público al reglamentar las correspondientes carreras y, por ende, si se ingresa legalmente se tiene derecho a permanecer en los cargos mientras no se den las situaciones de desvinculación consagradas en las respectivas disposiciones; que la inscripción en las carreras debe otorgar todos los derechos que de ellas se derivan, entre estos, el de permanecer en el cargo; que en el caso *sub-júdice*, como el actor había legalmente ingresado en la carrera del Ministerio Público como Fiscal Unico Especializado de la ciudad de Santa Marta, tenía derecho a permanecer en el empleo, mientras no se dieran las causales para la desvinculación del servicio o, por lo menos dentro de lo discutible, a ser reelegido en el cargo y estar en él hasta el momento en que fue suprimido.

Cumplido el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar en el caso *sub-lite* la legalidad del Decreto No. 560 de julio 21 de 1989 expedido por el señor Procurador General de la Nación, mediante el cual se nombró en propiedad, hasta por el término del período legal que se inició el 1o. de junio de 1988, a la doctora Mercy Díaz Granados Sánchez como Fiscal Unico del Circuito Especializado de la ciudad de Santa Marta, nombramiento que se hizo con base en la lista remitida por los señores fiscales del Tribunal Superior de esta ciudad (fl.14), lo cual implicó el retiro del servicio del demandante (fl.10).

Consta en el proceso que por Decreto No. 307 de junio 4 de 1987 dictado por el señor Procurador General de la Nación (fls. 16 a 19), el actor fue designado en propiedad como Fiscal Unico del Circuito Especializado en la ciudad de Santa Marta "para el resto del período de los actuales Fiscales del Circuito", con base en las listas remitidas por los Fiscales de los Tribunales Superiores de los respectivos Distritos Judiciales; que mediante la resolución No. 347 de junio 19 de 1987 proferida por el Jefe del Ministerio Público se confirmó el citado nombramiento, hecho en propiedad al demandante (fl. 20); que el día 26 del mismo mes y año el actor tomó posesión del mencionado cargo (fl. 21); que mediante la resolución No. 020 de 10 de diciembre de 1987 dictada por el Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías, el demandante fue declarado legalmente inscrito en esta carrera (fls. 30 a 33); que en la elaboración de la lista integrada para los aspirantes a ocupar el cargo de Fiscal del Juzgado Unico Especializado del Magdalena, aparece el nombre de la persona que reemplazó en propiedad al actor (Mercy Díaz Granados Sánchez), teniendo en cuenta los resultados de las pruebas evaluativas y entrevistas personales a que fueron sometidos los aspirantes a desempeñar el citado empleo; que la referida lista aparece encabezada por el abogado Carlos de Jesús Fandiño Del Portillo, titular del cargo, dándose así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 109 del Decreto Ley 052 de 1987.

Así las cosas, de conformidad con los documentos aportados al proceso, se establece que para el momento en que el demandante fue desvinculado del servicio

desempeñaba el empleo de Fiscal Unico del Circuito Especializado de Santa Marta, dentro de un período para el cual no había sido designado, pues el nombramiento que le hizo en propiedad la autoridad nominadora mediante la resolución No. 307 de junio 4 de 1987, se realizó para el resto del período que finalizó en el mes de mayo de 1988, razón por la que no le asistía derecho a la estabilidad relativa en el cargo que ocupaba para el período iniciado el 1o. de junio de ese año, dentro del cual el actor fue retirado y designado en propiedad su reemplazo.

En el caso *sub-júdice* se tiene que el abogado Fandiño Del Portillo sí fue tenido en cuenta en la lista de aspirantes para ocupar aquel cargo, lista que sirvió de base para nombrar en propiedad a la abogada Mercy Díaz Granados Sánchez mediante el acto administrativo impugnado. La Sala encuentra que se respetó el derecho del demandante, consistente en que su nombre fuera considerado por la autoridad nominadora para efectos de la designación del Fiscal Unico del Circuito Especializado de la ciudad de Santa Marta, sin que estuviera obligado a participar en el concurso de méritos para la provisión del empleo. Al no ser nombrado, no existió violación de precepto constitucional o legal alguno, pues no existe norma que establezca tal derecho.

De otra parte considera la Sala oportuno anotar, que si la autoridad nominadora tuviera la obligación de designar a la persona que viene ejerciendo el cargo, carecería de objeto la conformación de las listas de candidatos que por mandato legal debe tener en cuenta para hacer el nombramiento.

En cuanto a la incidencia que en el caso *sub-júdice* pudiera tener el artículo 8o. de la Ley 12 de 1945, según el cual la interinidad en la administración de justicia no podrá durar más de 90 días y el funcionario judicial o del Ministerio Público que después de este término continúe ejerciendo el cargo, deberá obtener la confirmación de su elección o nombramiento, excepto cuando sea causada la suspensión del titular por la acción de nulidad a que alude dicha norma, la Sala anota que a su juicio quedó derogada por el Decreto Ley 250 de 1970, en virtud de que éste reguló íntegramente la materia atinente a la interinidad.

De otra parte, respecto del artículo 160 de la Carta de 1886 a que hace referencia las parte actora en el escrito introductorio (fl. 7), es de anotar que este precepto constitucional, vigente para cuanto se expidió el acto administrativo enjuiciado, no es aplicable al caso *sub-exámine*, pues el demandante no fue suspendido ni depuesto del cargo que ocupaba por infracción de ninguna naturaleza en que hubiera podido incurrir.

Las consideraciones anteriores llevan a la Sala a revocar la sentencia consultada y a denegar, en consecuencia, las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

Revócase la sentencia consultada proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 27 de febrero de 1992 dentro del proceso instaurado por el abogado Carlos de Jesús Fandiño Del Portillo en orden a obtener la nulidad del Decreto No. 560 de julio 21 de 1989 dictado por el señor Procurador General de la Nación.

En su lugar se dispone:

Niéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 23 de junio de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL/ESCALAFON JUDICIAL/ESTABILIDAD/PERIODO JUDICIAL-Inexistencia/**CALIFICACION INSATISFACTORIA/PROCESO DISCIPLINARIO**

Las reglas jurídicas propias de la Carrera Judicial no conferían un derecho subjetivo al escalafonado a ser reelegido una vez venciera el período constitucional o legal. Si quería proseguir en el desempeño del mismo cargo no se le imponía volver a concursar y el nominador estaba en la obligación de considerar su nombre en la votación respectiva; pero no se le podía asegurar un resultado concreto para continuar en el ejercicio del cargo desempeñado. Empero, con la entrada en vigencia de la nueva Constitución Nacional (7 de julio de 1991), no se reprodujeron los artículos 157 y 158 de la anterior, que señalaban períodos en los cargos judiciales. En consecuencia, en aplicación del artículo 4o. de la Constitución actual, los tenores del Decreto Ley 052 de 1987 que señalaban la extinción de los derechos del escalafonado al vencimiento del período judicial dejan de regir, o lo que es lo mismo, resultan inaplicables, como también los actos administrativos de los respectivos administradores de la Carrera Judicial y nominadores, ligados al vencimiento del período legal que ya no existe, porque los derechos del escalafón se pierden por la calificación insatisfactoria y por otras causas legales. A partir del 7 de julio de 1991, fecha en la que entró a regir la nueva Carta Política y en la cual el actor se encontraba inscrito en el escalafón de carrera judicial, la pérdida de los derechos en esa materia es un efecto de la calificación insatisfactoria o surge como consecuencia de un proceso disciplinario, porque el período, -se repite-, ya no existe.

RAMA JURISDICCIONAL-Representación/**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**

En los asuntos concernientes a la Rama Jurisdiccional, hoy Judicial, en consonancia con el sistema constitucional vigente en 1984, el artículo 149 del C.C.A. disponía que la representación procesal de la Nación estuviera a cargo del Ministro de Justicia, como ocurrió en este proceso. El enfoque contenido en el Título VIII de la Constitución Política de 1991 confirió a la Rama Judicial autonomía presupuestal, y ubicó en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, la responsabilidad de proyectar y ejecutar el Presupuesto de la Rama, desligándola de la Rama Ejecutiva del Poder Público en este punto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veintiséis (26) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No.7351. Autoridades Nacionales. Actor: Alberto Ramírez Parra.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar el día 28 de julio de 1992.

LA DEMANDA

Se pretende la declaración de nulidad del numeral 7 del artículo 1o. del acto administrativo contenido en el Acuerdo No. 049 de 21 de agosto de 1991, del Tribunal Superior de Valledupar, mediante el cual se separó del cargo de Juez Tercero Penal del Circuito al doctor Alberto Ramírez Parra, al designarse como su reemplazo a la doctora Cecilia Leonor Olivella Araújo, con la declaratoria de que el actor se encontraba inscrito en el Escalafón de la Carrera Judicial al momento de separársele del cargo, y no incurrió en causal legal que hiciera improcedente su reelección.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones se solicita el reintegro a un cargo de igual o superior condición; a pagarle a título de indemnización los salarios y prestaciones que dejare de devengar durante el tiempo que permanezca separado del servicio y hasta cuando sea cabalmente reintegrado, con sus incrementos; que se disponga para todos los efectos que no hay solución de continuidad en la prestación del servicio; que las sumas de dinero que se reconozcan al actor devengarán intereses en los términos del artículo 177 del C.C.A.

Como hechos de la demanda se exponen los que se sintetizan por la Sala, así: Que por Acuerdo No.051 de octubre 24 de 1988 del Tribunal Superior de Valledupar, el actor

fue designado en propiedad como Juez Unico Especializado de Valledupar; al momento del nombramiento reunía los requisitos constitucionales para desempeñar dicho cargo. Fue inscrito en Carrera Judicial mediante resolución No.138 de enero 13 de 1989, en el cargo de Juez Especializado.

En el primer concurso para Jueces de la República, período 1987-1989, obtuvo un resultado de setenta (70) puntos para el cargo de Juez Penal del Circuito. En el segundo concurso de méritos obtuvo un puntaje de sesenta y siete (67) puntos para el cargo de Juez Penal del Circuito. Los servicios, en consecuencia, se calificaron como satisfactorios. Mediante Acuerdo No.008 de febrero 28 de 1990, el cual fue modificado por el Acuerdo No.025 de mayo 31 del mismo año, el actor fue nombrado en propiedad como Juez Tercero Penal del Circuito. Mediante Acuerdo No.049 de 21 de agosto de 1991, la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar ordenó el nombramiento de los jueces que conforman ese Distrito para el período comprendido entre el 1o. de septiembre de 1991 y 31 de agosto de 1993. El Tribunal Superior nombró en provisionalidad a la doctora Cecilia Olivella Araújo para el cargo que venía desempeñando el demandante, a pesar de que no obtuvo el puntaje mínimo aprobatorio en la prueba de conocimientos exigida para el ascenso.

NORMAS VIOLADAS

Cita como disposiciones violadas las siguientes: *Artículos 2, 25 y 58 de la Constitución Nacional; artículos 1, 3, 4, 5, 6, 7, 44, 51, 52, del Decreto 0052 de enero 13 de 1987.*

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, en sentencia de 28 de julio de 1992, denegó las súplicas del libelo demandatorio, con la argumentación de que el actor no se le vulneró ni conculcó derecho alguno, no apareciendo transgredida ninguna de las normas citadas, y por ende el Tribunal obró conforme a la Ley.

EL RECURSO

La parte actora manifiesta su inconformidad con la sentencia impugnada, y argumenta en la alzada que está plenamente probado en el proceso que el doctor Alberto Ramírez Parra se encontraba inscrito en el Escalafón de la Carrera Judicial y sus servicios habían sido calificados como satisfactorios, por lo que no había lugar a desechar su reelección y menos estando vinculado mediante acto legal reglamentario. Además, porque no se encuentra incurso en ninguna causal para la pérdida del empleo. Por ello, solicita la revocatoria de la sentencia.

EL CONCEPTO FISCAL

El Procurador Cuarto Delegado ante esta Corporación solicita se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. Sostiene el

colaborador fiscal que la Carrera Judicial persigue dos objetivos fundamentales; en primer lugar, garantizar su eficiente administración, y en relación con los empleados asegurar su ingreso y ascenso en el servicio con estabilidad e independencia, con base en el sistema de méritos. Al encontrarse el actor inscrito en Carrera Judicial se encontraba bajo su imperio y era sujeto tanto de los derechos, privilegios, etc., como de las obligaciones consagradas en ella. Concluye que al actor no se le podía remover del servicio dejándolo de reelegir, toda vez que no aparece ninguna calificación insatisfactoria.

CONSIDERACIONES

Debe establecer la Sala, en primer lugar, cuáles son los derechos que tenía el demandante como funcionario inscrito en la carrera judicial.

Mediante Resolución No.138 de 13 de enero de 1989, el Consejo Seccional de la Carrera Judicial de Valledupar (Fls. 2-3), inscribió en la carrera judicial, en el cargo de Juez Especializado del Distrito de Valledupar, al doctor Alberto Ramírez Parra. Con fecha mayo 31 de 1990 (fls. 4-5), según Acuerdo No.025, fue designado como Juez Tercero Penal del Circuito de Valledupar; por este mismo Acuerdo se modificó el artículo 1o. del Acuerdo No.008 de febrero 28 de 1990, por medio del cual se realizaron los nombramientos de jueces de ese Distrito Judicial para el resto del período de dos (2) años que debió iniciarse el 1o. de septiembre de 1989 y que culminaba el 31 de agosto de 1991. Con las Resoluciones números 002 (fls. 7-8) y 02 (fls. 9-10) de mayo 30 de 1990 y junio 24 de 1991, quedó acreditado que el demandante obtuvo en ambas oportunidades calificaciones satisfactorias.

Se deduce de lo anterior que para el año 1991, el doctor Alberto Ramírez Parra se encontraba inscrito y escalafonado en la Carrera Judicial en el cargo de Juez Penal del Circuito de Valledupar. Por Acuerdo No.049 de agosto 21 de 1991, la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar efectuó los nombramientos de jueces para el período de dos (2) años que se iniciaría el 1o. de septiembre de 1991 y culminaría el 31 de agosto de 1993, nombrándose como Juez Tercero Penal del Circuito, cargo que ocupaba, el demandante, a la doctora Cecilia Leonor Olivella Araújo, en provisionalidad.

Con la certificación emanada de la Dirección Seccional de la Carrera Judicial visible a folios 11 y 12, quedó demostrado que la Dra. Olivella Araújo no obtuvo en la prueba de conocimientos el puntaje mínimo aprobatorio exigido en la convocatoria del concurso para ascenso.

Esta Corporación se ha pronunciado en varias ocasiones sobre las particularidades del sistema de Carrera Judicial establecido por el Decreto Ley 052 de 1987 para los funcionarios judiciales y sobre los derechos del juez escalafonado. En sentencia del 13 de marzo de 1992, con ponencia del doctor JOAQUIN BARRETO RUIZ, Expediente No.4118, sostuvo que el inscrito en carrera judicial no está obligado a concursar si de permanecer en el cargo se trata. Esta misma tesis fue reiterada en sentencia del 18 de

mayo de 1993, Expediente No.5130, con ponencia de la doctora DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, en los siguientes términos:

> *"La carrera judicial tal como está concebida por el Decreto 052 de 1987 es una carrera de período que otorga a los escalafonados en ella estabilidad dentro del período en mención y una vocación a la reelección, siempre que su comportamiento y rendimiento calificados en legal forma sea satisfactorio".*

Igualmente, en sentencia del 23 de marzo de 1993 con ponencia de la Consejera doctora CLARA FORERO DE CASTRO, recaída en el proceso No.4131, respecto del derecho del funcionario judicial escalafonado a la reelección en el cargo, dijo:

> *"En cuanto hace al derecho del funcionario escalafonado a ser reelegido en el cargo que desempeñaba, cabe observar que no ha sido consagrado en la Ley, pues si la elección de los jueces se realiza a través de votación de los integrantes del respectivo Tribunal al finalizar un período, es imposible garantizar que determinado candidato resulte necesariamente favorecido con los votos suficientes ya que el voto es libre y secreto".*

De lo anterior concluye la Sala que las reglas jurídicas propias de la Carrera Judicial no conferían un derecho subjetivo al escalafonado a ser reelegido una vez venciera el período constitucional o legal. Si quería proseguir en el desempeño del mismo cargo no se le imponía volver a concursar y el nominador estaba en la obligación de considerar su nombre en la votación respectiva; pero no se le podía asegurar un resultado concreto para continuar en el ejercicio del cargo desempeñado. Empero, con la entrada en vigencia de la nueva Constitución Nacional (7 de julio de 1991), no se reprodujeron los artículos 157 y 158 de la anterior, que señalaban períodos en los cargos judiciales.

En consecuencia, en aplicación del artículo 4o. de la Constitución actual, los tenores del Decreto Ley 052 de 1987 que señalaban la extinción de los derechos del escalafonado al vencimiento del período judicial dejan de regir, o lo que es lo mismo, resultan inaplicables, como también los actos administrativos de los respectivos administradores de la Carrera Judicial y nominadores, ligados al vencimiento del período legal que ya no existe, porque los derechos del escalafón se pierden por la calificación insatisfactoria y por otras causas legales.

A partir del 7 de julio de 1991, fecha en la que entró a regir la nueva Carta Política y en la cual el actor se encontraba inscrito en el escalafón de carrera judicial, la pérdida de los derechos en esa materia es un efecto de la calificación insatisfactoria o surge como consecuencia de un proceso disciplinario, porque el período -se repite-, ya no existe; sin embargo, aquel supuesto no se dio porque el doctor Ramírez Parra fue calificado, en las dos únicas oportunidades que a ello hubo lugar, en forma satisfactoria.

No debe olvidarse, además, que el artículo 125 de la Constitución promulgada el 7 de julio de 1991 señaló en su inciso primero que **"Los empleos en los órganos y**

entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley." Así mismo, en el inciso tercero precisó que **"El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley".**

Del mismo modo, el artículo 21 transitorio, relacionado con el 125 y con el tema de la carrera, dispuso en su inciso cuarto que **"Mientras se expiden las normas a que hace referencia este artículo, continuarán vigentes las que regulan actualmente la materia en cuanto no contraríen la Constitución".**

Resulta claro para la Sala, entonces, que la actuación del nominador contrarió los mandatos constitucionales y legales sobre la Carrera Judicial, y por tanto, la remoción de que fue objeto el demandante resulta contraria a derecho, razón por la cual procede su restablecimiento al cargo. Por lo expuesto, se revocará la sentencia impugnada, despachando favorablemente las súplicas de la demanda en la forma consignada en el escrito de folios 17 y 18.

De conformidad con el artículo 305 del C.P.C., aplicable según el 267 del C.C.A., corresponde al Juez considerar las variaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la presentación de la demanda, así como acatar la vigencia de las normas de carácter público expedidas subsiguientemente a ese hecho.

En los asuntos concernientes a la Rama Jurisdiccional, hoy Judicial, en consonancia con el sistema constitucional vigente en 1984, el artículo 149 del C.C.A. disponía que la representación procesal de la Nación estuviera a cargo del Ministro de Justicia, como ocurrió en este proceso.

Sin embargo, el enfoque contenido en el Título VIII de la Constitución Política de 1991 confirió a la Rama Judicial autonomía presupuestal, y ubicó en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, la responsabilidad de proyectar y ejecutar el Presupuesto de la Rama, desligándola de la Rama Ejecutiva del Poder Público en este punto.

Esa modificación no ha sido todavía reflejada en el código que regula la cuestión litigiosa administrativa, pero para la Sala resulta de imperioso reconocimiento ante la existencia de normas como el artículo 256 y el 257 de la Carta y del Decreto 2652 de 1991, regulador de las atribuciones del Consejo Superior de la Judicatura, así como también de las modificaciones de orden legal que se han introducido al Ministerio de Justicia y del Derecho, que lo han relevado de esas funciones.

Con base en ello, se dispondrá que las cargas económicas derivadas de la sentencia se cumplan por la Nación-Consejo Superior de la Judicatura, y el reintegro al cargo por el nominador pertinente.

Aunque el Consejero Ponente no comparte la tesis mayoritaria de la Sala en cuanto a la orden de que de las condenas se descuenten las sumas que haya recibido el demandante del Tesoro Público por servicios laborales a otras entidades oficiales en el lapso al cual se refieren las mismas, porque considera que aquellas tienen el carácter de indemnización por los perjuicios que genera la ilegalidad del acto y no el de una segunda asignación en los términos de los artículos 64 de la Constitución de 1886 y 128 de la de 1991, por respeto a esa mayoría la incluirá en la parte resolutiva sin salvar voto sobre el particular, y únicamente con este acápite aclaratorio, por cuanto en los demás aspectos de la *litis* su pensamiento coincide con el de los demás Magistrados de la Sección.

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

FALLA:

PRIMERO.- Revócase la sentencia proferida el veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), por el Tribunal Administrativo del Cesar; y en su lugar, decrétase la nulidad del numeral 7 del artículo 1o. del acto administrativo contenido en el Acuerdo No.049 de 21 de agosto de 1991, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, por el cual se separó del cargo de Juez Tercero Penal del Circuito al doctor Alberto Martínez Parra.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar deberá reintegrar al doctor Alberto Ramírez Parra a dicho cargo, o a otro de igual categoría.

TERCERO.- La Nación, Consejo Superior de la Judicatura, deberá cancelar a favor del doctor Alberto Ramírez Parra, los salarios y prestaciones con sus correspondientes incrementos dejados de percibir entre la fecha del retiro y la del reintegro.

CUARTO.- De las sumas a que ascienden las anteriores condenas, deberán descontarse las sumas que haya recibido el doctor Alberto Ramírez Parra del Tesoro Público durante dicho período y por los mismos conceptos, que sean incompatibles conforme a los artículos 64 de la Constitución Política de 1886 y 128 de la de 1991.

QUINTO.- Declárase que no hay solución de continuidad en los servicios laborales prestados por el doctor Alberto Ramírez Parra, por razón del lapso que medie entre las fechas de retiro y de reintegro.

SEXTO.- La Nación, Consejo Superior de la Judicatura, deberá dar cumplimiento a los dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. PUBLIQUESE EN LOS "ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO".

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su reunión del día 7 de julio de 1994.

*Dolly Pedraza de Arenas,*Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lacompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONSTITUCION POLITICA-Vigencia/**NORMA CONSTITUCIONAL-**Características/**LEY REFORMATORIA/LEY DEROGATORIA/LEGISLACION PREEXISTENTE/INSUBSISTENCIA DE LA LEY**

El precepto del art. 4 de la Constitución Política vigente desde el 7 de julio de 1991 que manda que en caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica se aplique aquella con prescindencia de éstas, recoge el espíritu y el propósito de la regla existente entre nosotros desde fines del siglo anterior según la cual "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" (art. 90 Ley 153 de 1887), exige que en primer lugar se determine el alcance del orden constitucional, cuyo tránsito se ha discutido por el actor al alegar la ultraactividad del régimen derogado, y establecer cuáles normas de las invocadas y preexistentes conservan su vigor para el caso litigado.

FUNCION PUBLICA/PRINCIPIODE LEGALIDAD/EJERCICIO DE LA FUNCION PUBLICA-Régimen/**CONGRESO DE LA REPUBLICA-Funciones/CARRERA ADMINISTRATIVA**

La función pública en uno u otro sistema constitucional, se rige por el principio de legalidad conforme al cual, "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento" (art. 122 C.N. de 1991), concordante con el dictado del num. 23 del art. 150 *ejusdem* que atribuye al Congreso la facultad para expedir las leyes que regirán el

ejercicio de las funciones públicas, en armonía con la regla general y las excepciones constitucionales y legales establecidas y autorizadas eregir por el precepto del art. 125 *ibídem.*

CONTRALOR AUXILIAR DEPARTAMENTAL-Período/SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Si el ámbito del propio organismo de control departamental las normas preexistentes al cambio constitucional disponían, como en la hipótesis del contralor auxiliar en el departamento de la Guajira, que su período fuera igual al del contralor y el de los dos al del Gobernador, en tanto hubiera una forma constitucional posterior respecto de la cual riñeran aquellas, por efecto del principio de la supremacía del orden constitucional respecto del orden legislativo y administrativo (art. 4 C.N.) se impone declinar la vigencia de esta última a partir de la vigencia de la nueva norma constitucional. Y en tanto las normas legales reguladoras del ejercicio de la función pública en todos los niveles entrarán en colisión con la regla constitucional, debe retenerse que ha de sufrir idéntica pérdida de eficacia, como lo serían las normas departamentales que contrariaran los preceptos constitucionales, sin que, además, pudiera argüirse derecho adquirido con desconocimiento del sistema constitucional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veintiséis (26) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 7756. Asuntos de las Asambleas. Actor: Henithzo Martínez Pinedo.

Se decide la apelación contra la sentencia del 22 de octubre de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira para denegar las peticiones de HENITHZO MARTINEZ PINEDO.

LA DEMANDA

Pretende la nulidad de las determinaciones adoptadas por la Asamblea Departamental de la Guajira para proveer el cargo de Contralor Auxiliar, contenidas en las actas No.016 del 15 de noviembre de 1991 (Fls. 20-26) y 021 del 29 de noviembre de 1991 (Fls. 28-30), mediante las cuales se reemplazó al demandante, que por entonces ejercía dicho destino público en virtud de acto similar del 4 de octubre de 1990 y por el período comprendido entre el 1o. de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 1992 (Fls. 1-8).

Alega que si la Asamblea Departamental tiene la facultad de elegir al Contralor Auxiliar debe hacerlo conforme lo establece el Decreto 218 de 1984 modificatorio del Código Fiscal del Departamento (D. 180 de 1984), sin abusar del poder, sin lesionar al derecho generado por el nombramiento para un período específico que cataloga como derecho adquirido. Que las normas vigentes en la época de su nombramiento señalaban en dos años el período y que debe entenderse ampliado por la vigencia del nuevo tenor constitucional al respecto (art. 303) que no lo recortó, el cual no necesariamente debe ser coetáneo y concomitante con el del respectivo Gobernador.

POSICION DE LOS DEMANDADOS

Fueron vinculados al proceso el Departamento, la Asamblea, el Contralor Departamental y al sustituto del demandante. Empero, de todos el Ente territorial respondió el libelo para oponerse a las peticiones y aducir en su defensa la tesis según la cual el art. 272 constitucional recortó el período de los Contralores Departamentales y por ende al Contralor auxiliar, como lo sostuvo en decisión de tutela la Corte Constitucional de la cual refiere su informe de prensa escrita (F.62).

LA SENTENCIA

Comparte el concepto del colaborador agente del Ministerio Público (Fls. 73-74), y denegó las peticiones de la demanda porque básicamente si la Constitución modificó el sistema del período del Contralor departamental y municipal ligándolo al del Gobernador y al del Alcalde. Que como quiera que el art. 16 de las disposiciones constitucionales transitorias dispuso que el período de los gobernadores electos popularmente se iniciaría el 1o. de enero de 1992, de ese modo se alteró el período de los contralores, idéntica solución ha de darse al del Contralor Auxiliar. Acoge la interpretación de la Corte Constitucional en decisiones de tutela y niega la existencia de derecho adquirido, una vez que la norma que le sirva de sostén pierda su vigencia (Fls. 75-81).

LA SEGUNDA INSTANCIA

Al apelar (F.83) el demandante introdujo un elemento nuevo a sus argumentos consistente en la necesidad de reglamentar mediante ordenanza la provisión del cargo de contralor auxiliar en vigencia de la nueva carta política, de donde concluye que el Decreto 180 de 1984 no ha sido modificado y reitera el derecho a la estabilidad en el cargo, pues se le nombró para un período que no había vencido cuando fue removido.

Luego al sustentar el recurso (Fls. 92-123) colaciona el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado rendido el 10 de septiembre de 1991, donde se interpretan los arts. 303 y 16 transitorio de la Constitución y apoyándose en particular en el salvamento de voto, reclama la revocatoria de la sentencia apelada.

El Delegado del Ministerio Público solicita confirmar la providencia pues comparte la interpretación de las normas aplicadas, a partir de las cuales se colige que el suceso que afectara el período del Contralor, el cual ha sido de carácter constitucional, aquejaría el del Contralor Auxiliar (Fls. 126-130).

Como no se observa motivo de nulidad procedimental, se resuelve la alzada previa las siguientes

CONSIDERACIONES

El precepto del art. 4o de la Constitución Política vigente desde el 7 de julio de 1991 que manda que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplique aquella con prescindencia de éstas, recoge el espíritu y el propósito de la regla existente entre nosotros desde fines del siglo anterior según la cual *"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"* (art. 9o. Ley 153 de 1887), exige que en primer lugar se determine el alcance del Orden Constitucional, cuyo tránsito se ha discutido por el actor al alegar la ultraactividad del régimen derogado, y establecer cuáles normas de las invocadas y preexistentes conservan su vigor para el caso litigado.

La función pública, en uno y otro sistema constitucional, se rige por el principio de legalidad conforme al cual *"no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento"* (art. 122 C.N. de 1991), concordante con el dictado del num. 23 del art. 150 *ejusdem* que atribuye al Congreso la facultad para expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas, en armonía con la regla general y las excepciones constitucionales y legales establecidas y autorizadas erigir por el precepto del art. 125 *ibídem.*

En el orden departamental, ambiente de la litis, el constituyente de 1991 amplió el período del mandato, ahora popular que a partir de su vigencia se confiere al Gobernador elegido popularmente y, por una parte, "salvo los casos que señale la Constitución " (art. 16 transitorio), al ordenar de acuerdo con el art. 303 que tal período sería de tres (3) años y, según el tenor del art. 16 de las disposiciones constitucionales transitorias, que el de los electos el 27 de octubre de 1991 comenzaría el 1o. de enero de 1992, sin ampliar el mandato de los gobernadores que se hallaban en el ejercicio de sus cargos el día de vigencia de la Constitución de 1991; así como, de otro lado, teniendo presente que a la Asamblea Departamental le confirió la elección del Contralor Departamental (art. 272 id) cuyo período sería el mismo del Gobernador (art. 272 id), no puede colegirse que el Constituyente preservó el mandato de los Contralores departamentales al paso que daba término al de los Gobernadores, como que su propósito era esencialmente diferente.

Si en el ámbito del propio organismo de control departamental las normas preexistentes al cambio constitucional disponían, como en la hipótesis del Contralor Auxiliar en el Departamento de la Guajira, que su período fuera igual al de Contralor y el de los dos al del Gobernador, en tanto hubiera una norma constitucional posterior respecto de la cual riñeran aquellas, por efecto del principio de la supremacía del orden constitucional respecto del orden legislativo y administrativo (art. 4o. C.N.), se impone declinar la vigencia de estas últimas a partir de la vigencia de la nueva norma constitucional.

Y en tanto las normas legales reguladoras del ejercicio de la función pública en todos los niveles entraran en colisión con la regla Constitucional, debe retenerse que han de sufrir idéntica pérdida de eficacia, como lo serían las normas departamentales que contrariaran los preceptos Constitucionales, y sin que, además, pudiera argüirse derecho adquirido con desconocimiento del Sistema Constitucional.

No fue en verdad la voluntad de la Asamblea Departamental la que puso fin al período del Contralor Auxiliar aquí demandante, como operadora del sistema constitucional de sus competencias conforme al tenor de las reglas constitucionales de 1991, sino la propia voluntad del Constituyente que modificó dentro de sus amplísimas competencias el orden institucional y así el orden departamental con sus normas en cuanto sean contrarias a la Carta.

Bajo dicha comprensión no tienen sustento los ataques formulados contra la actuación de la Asamblea departamental como ya lo ha sentado la jurisprudencia de la Corporación al respecto en el fallo del 17 de febrero de 1994, expediente No.7905, demandante: Alvaro Orozco Sarmiento, y del 17 de febrero de 1994 en el expediente No.8864, demandante: Pedro Estupiñán Murillo, por lo cual la demanda no está llamada a prosperar y se confirmará la sentencia recurrida.

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:

Confírmase la sentencia del 22 de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992) proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, para denegar las peticiones de HENITHZO MARTINEZ PINEDO.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE, PUBLIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión del día 30 de junio de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente, *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna,* Ausente; *Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Hace mención de los expedientes 7905 demandante: Alvaro Orozco Sarmiento, del 17 de febrero de 1994 en el expediente 8864, demandante: Pedro Estupiñán Murillo.

CESE DE ACTIVIDADES/DECLARATORIA DE ILEGALIDAD/ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR/REVOCATORIA DIRECTA- Improcedencia.

La resolución es sin duda un acto administrativo de contenido particular y concreto que colocó a la empresa demandante en una situación jurídica de carácter particular y concreto, toda vez que al declarar la administración de legalidad del cese de actividades de sus trabajadores, hizo surgir para ella la consecuencia jurídica dispuesta por el artículo 450 del C.S. del T. según la cual la empresa quedaba en libertad de despedir a los trabajadores que persistieran en el paro, dando por terminados sus contratos de trabajo por justa causa, sin indemnización alguna. La trascendencia de tal declaratoria explica que el artículo del mismo código, prescriba que la providencia es de inmediato cumplimiento y que contra ella sólo proceden acciones jurisdiccionales, de tal manera que la declaración administrativa juega su papel jurídico en favor de la empresa desde el momento mismo de su comunicación y sólo puede ser discutida ante los jueces.

REVOCATORIA DIRECTA/ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR CONSENTIMIENTO EXPRESO- Inexistencia/**MEDIOS ILEGALES-** Inexistencia.

Advierte la Sala que la resolución acusada no se fundamenta en que el acto revocado hubiese sido proferido como consecuencia de maniobras ilegales, circunstancia que, según voces del art. 73 sí podría dar lugar a la revocatoria oficiosa del acto de carácter particular y concreto aún sin

el consentimiento del particular afectado: la resolución solamente invoca como motivo de la revocatoria un posible agravio injustificado a los trabajadores involucrados, por no haberse culminado una investigación por "retención de salarios por los descuentos efectuados a los trabajadores del turno comprendido entre las 4:30 p.m. y las 12:30 del día 1o. de diciembre de 1989", hecho que en forma alguna es imputable a la empresa, pues se trata de una omisión de la misma administración.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5375. Resoluciones Ministeriales. Actor: Unión Industrial y Astilleros Barranquilla "Unial S.A.".

La sociedad Unión Industrial y Astilleros Barranquilla "Unial S.A.", a través de apoderado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda ante esta Corporación para impetrar la nulidad de la resolución No.002844 de 22 de junio de 1990, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la cual se revocó de oficio la resolución No.002265 de mayo 25 de 1990, declaratoria de ilegalidad del cese de actividades realizado por los trabajadores del turno nocturno de la empresa, el 1o. de diciembre de 1989, entre las 6:45 p.m. y las 2:00 a.m., y se dispuso dejar en libertad a la sociedad para despedir a los trabajadores que persistieran en el paro por cualquier causa.

Así mismo solicitó se le restableciera el derecho violado, declarando que como consecuencia de la nulidad de la resolución demandada, debe estarse a lo resuelto por el Ministerio en la resolución No.002265 de 1990, "acto administrativo que confirió derechos a la empresa demandante para despedir trabajadores y para ordenar su cumplimiento inmediato" (fl. 15).

Como hechos sustentarios de la acción, la sociedad demandante expuso que, ante su requerimiento, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por medio de la resolución No.002265 de 1990, tras precisar que no se hallaba en discusión pliego de peticiones con los trabajadores de la misma y que no se habían cumplido los trámites para declarar la suspensión colectiva de actividades, señaló que el cese de labores efectuado por los trabajadores del turno nocturno de la empresa, entre las 6:45 p.m. y 2:00 a.m. del 1o. de diciembre de 1989, era ilegal y que la accionante quedaba en libertad para despedir a aquellos trabajadores que por cualquier razón persistieran en el paro.

Aduce también la libelista que en la resolución mencionada se dijo que contra ella, conforme a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo, sólo procedían las acciones pertinentes ante el Consejo de Estado y que

ellas debían comunicarse, no notificarse, a las partes legalmente interesadas, por intermedio de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico.

Sin embargo, añade, la administración oficiosamente dejó sin efectos jurídicos dicho acto, al revocarlo mediante la resolución objeto de impugnación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO, NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

En el capítulo pertinente del libelo se argumenta que el Ministerio de Trabajo no podía revocar la resolución No.002265 de 1990, por cuanto el artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo establece que los actos que declaren ilegal un cese de actividades de trabajadores sólo pueden ser invalidados por el Consejo de Estado y siendo esta norma sustantiva, no pudo ser derogada por normas procesales, como lo es el Decreto 001 de 1984, Código Contencioso Administrativo, pues el Gobierno Nacional, conforme a la Ley 58 de 1982, no gozaba de facultades para modificar el código primeramente citado, sino únicamente para reformar el C.C.A. y las normas que lo adicionaban y reformaban, o sea, la Ley 167 de 1941, el Decreto 2733 de 1959 y el Decreto 528 de 1964.

Añade que en virtud del principio de la separación de los poderes, el Ministerio de Trabajo no puede usurpar funciones de la rama jurisdiccional -Consejo de Estado, y ésto fue lo que hizo al expedir el acto acusado.

De otra parte advierte que la resolución No.002265 de 1990 creó en favor de "Unial S.A.", una situación jurídica individual y concreta, pues le reconoció el derecho a despedir a los trabajadores que persistieran en el cese de actividades y al revocarla sin su autorización escrita, se transgrede el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, que prohibe revocar los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares o que hayan reconocido un derecho de igual categoría, puesto que la revocatoria no se produjo porque fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales, sino porque se consideró que con él se causaba agravio injustificado a una persona.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Fiscal Noveno de la Corporación opina que debe accederse a las prestaciones de la demandante, toda vez que estima que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social perdió competencia para revocar oficiosamente los derechos subjetivos contenidos en la resolución No.002265 de 1990, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, y porque el artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo establece la intangibilidad o imposibilidad jurídica de modificar la decisión administrativa que declare la ilegalidad de una suspensión o paro colectivo de trabajo.

Subsanado el motivo que dio lugar a la declaratoria de nulidad procesal por falta de notificación al Sindicato de Obreros y Empleados de la Unión Industrial y Astilleros Barranquilla - SINDUNIAL, como parte interesada, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En atención al cese de labores protagonizado por los trabajadores de uno de los turnos nocturnos en la Sociedad Unión Industrial y Astilleros Barranquilla "Unial S.A." el 1o. de diciembre de 1989 entre las 6:45 p.m. y las 2:00 a.m. del día siguiente y ante el requerimiento de la empresa, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, luego de analizar las circunstancias en que se produjo la suspensión de actividades, consideró que quienes participaron en ella incurrieron en "violación irrefutable de las normas laborales vigentes" y, por consiguiente, por medio de la resolución No.002265 de 25 de mayo de 1990, resolvió:

> "ARTICULO PRIMERO.- Declarar ilegal el cese de actividades realizado en la SOCIEDAD UNION INDUSTRIAL Y ASTILLEROS BARRANQUILLA "UNIAL S.A.", llevado a cabo el día 1o. de Diciembre de 1989 entre las 6:45 p.m. y las 2:00 a.m. por los trabajadores del turno nocturno, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
>
> ARTICULO SEGUNDO.- Una vez conocida la declaratoria de ilegalidad de que trata la presente resolución la SOCIEDAD UNION INDUSTRIAL Y ASTILLEROS BARRANQUILLA "UNIAL S.A.", queda en libertad de despedir a aquellos trabajadores que persistieran en el paro por cualquier causa.
>
> ARTICULO TERCERO.- La presente resolución es de inmediato cumplimiento y contra ella sólo proceden las acciones pertinentes ante el Honorable Consejo de Estado como lo preceptúa el numeral primero del Artículo 451 del Estatuto Laboral". (fl-12).

La anterior resolución fue comunicada a la Sociedad demandante el 22 de junio de 1990 (fl. 12 vto.) y desde entonces "Unial S.A.", quedó informada de que quedaba en libertad para terminar unilateralmente los contratos de trabajo de **"aquellos trabajadores que persistieran en el paro por cualquier causa".**

La resolución es sin duda un acto administrativo de contenido particular y concreto que colocó a la empresa demandante en una situación jurídica de carácter particular y concreto, toda vez que al declarar la Administración la ilegalidad del cese de actividades de sus trabajadores, hizo surgir para ella la consecuencia jurídica dispuesta por el artículo 450 del C.S. del T.. según la cual la empresa quedaba en libertad de despedir a los trabajadores que persistieran en el paro, dando por terminados sus contratos de trabajo por justa causa, sin indemnización alguna.

La trascendencia de tal declaración explica que el artículo 451 del mismo código, prescriba que la providencia es de inmediato cumplimiento y que contra ella sólo

proceden las acciones jurisdiccionales, de tal manera que la declaración administrativa juega su papel jurídico en favor de la empresa desde el momento mismo de su comunicación y sólo puede ser discutida ante los jueces.

El artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, que se dice quebrantado por el acto acusado, es del siguiente tenor:

> "**Revocación de actos de carácter particular y concreto.** Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.
>
> Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios legales."

La sociedad demandante sostiene que ella no otorgó el consentimiento expreso de que habla la norma preinserta, y la administración no alega lo contrario. Fácil es entonces colegir, que la resolución impugnada revocatoria de la número 2265 de 1990, que declaró la ilegalidad del paro y reconoció a la sociedad "Unial S.A." la libertad de despedir a los trabajadores que persistieran en él, transgrede el artículo 73 del C.C.A., pues se repite, el Ministerio no contó para ello con la aquiescencia de la titular que al efecto exige esa disposición.

Finalmente, advierte la Sala que la resolución acusada no se fundamenta en que el acto revocado hubiere sido proferido como consecuencia de maniobras ilegales, circunstancia que, según voces del artículo 73 sí podría dar lugar a la revocatoria oficiosa del acto de carácter particular y concreto aún sin el consentimiento del particular afectado: la resolución únicamente invoca como motivo de la revocatoria un posible agravio injustificado a los trabajadores involucrados, por no haberse culminado una investigación por "retención de salarios por los descuentos efectuados a los trabajadores del turno comprendido entre las 4:30 p.m. y las 12:30 del día 1o. de diciembre de 1989", hecho que en forma alguna es imputable a la empresa, pues se trata de una omisión de la misma administración.

En mérito de lo expuesto, es el caso de anular la resolución acusada, tal como se impetra en el libelo.

Por consiguiente 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 LA NULIDAD de la resolución No.002844 de veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa (1990) del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social,

por la cual se revocó la número 002265 de 25 de mayo de 1990 que declaró la ilegalidad del cese de actividades realizado por los trabajadores de la Sociedad Unión Industrial y Astilleros Barranquilla "Unial S.A.", entre las 6:45 p.m. y las 2:00 a.m. (sic) del 1o. de diciembre de 1989.

En consecuencia, estese a lo resuelto por el mencionado Ministerio en la resolución últimamente citada, referente a la ilegalidad del aludido paro y la libertad que le asiste a la sociedad para despedir a aquellos trabajadores que hubieran persistido en el paro por cualquier causa.

Archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION-Facultades/**POTESTAD REGLAMENTARIA**-Inexistencia/**FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA FISCALIA**-Calificación/**PLAZO**

Como el -artículo 7o. de la resolución 150 de 1989 crea puntajes, discriminatorios sin que existan parámetros técnicos ni legales ni autorización normativa que permitan realizar esta clase de evaluación, se concluye igualmente que no era procedente establecerlos mediante resolución. Por lo tanto, se estima que con el acto acusado se excedió la facultad que tenía el Procurador General para calificar a los funcionarios y empleados de las Fiscalías. Como la ley señaló que la calificación de los funcionarios y empleados de las fiscalías se efectuarían en los meses de abril y mayo, y el Procurador General de la Nación varió estas fechas sin estar autorizado para ello, se concluye que el artículo 8o. de la resolución 150 de 1987 se extralimitó, y por lo tanto deberá anularse. En virtud de que el artículo 9o. de la resolución 150 de 1989 es un desarrollo de los artículos 6o. y 7o. de esta resolución, estimados como contrarios a la ley, igualmente deberá anularse por carecer de fuente normativa y contrariar el Decreto Ley 52 de 1987, según lo expuesto en los anteriores numerales. ANULASE el artículo 5o. de la resolución 150 de 26 de julio de 1989 proferida por el Procurador General de la Nación, en cuanto se refiere a la elaboración y calificación de pruebas de los Fiscales de los Juzgados Superiores y de Circuito y de los empleados de los fiscales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Exp. No. 4676 Acumulados. Autoridades Nacionales. Actor: Victor Velásquez Reyes.

VICTOR VELASQUEZ REYES, HERNAN AUGUSTO ZAPATA HENAO y JAIME ALFONSO JIMENEZ, solicitaron en demandas separadas a esta Corporación, declarara la **nulidad de las resoluciones 150 y 187 de 1987,** proferidas por el **Procurador General de la Nación** y mediante las cuales se varió la fecha fijada por la ley en que debían ser calificados los servicios de los funcionarios y empleados de la Fiscalía, de una parte, y de la otra, porque quien ostentaba el poder reglamentario del D. 52 de 1987 no era el Procurador General de la Nación, sino el Presidente de la República, y el Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías. Agregan que se variaron los factores y porcentajes de calificación y se delegaron funciones en los Procuradores sin que ello fuera procedente y desplazando a los superiores funcionales que deben calificar, para entregársela a una comisión que integraría el Procurador.

La Sala ordenó la acumulación de los procesos que se venían adelantando en procesos separados (fl. 28).

En el expediente No. 4671, actor Jaime Alfonso Jiménez, se decretó la suspensión provisional del parágrafo transitorio del artículo 8o. de la Resolución No.150 de 1989 (fl. 100).

En el proceso No. 4712, actor Hernán Augusto Zapata, se decretó la suspensión del anterior parágrafo y de toda la resolución No.187 de 1989 (fl. 36).

En el proceso No. 4676, se ordenó estar a lo dispuesto en tales suspensiones (fl.34).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

En los tres procesos la Procuraduría General de la Nación se constituyó en parte y se opuso a las pretensiones de las demandas, por estimar que con tales resoluciones no se propuso la Procuraduría reglamentar el D. 052 de 1987, sino disponer lo necesario para calificar los servicios de los Fiscales por ser de competencia del Procurador.

Sobre la delegación de funciones en los Procuradores, señala que ella es viable porque así lo ha previsto la ley y en desarrollo de ella es que el Procurador General de la Nación como supremo director del Ministerio Público está facultado para asignar y distribuir funciones a cualquiera de sus subalternos, incluídos los Procuradores Regionales.

En relación con el puntaje, señala que como el Procurador General de la Nación está facultado para elaborar y calificar las pruebas, debe entenderse que tiene la atribución de fijar las bases para valorarlas.

Sobre la variación de las fechas de calificación de los servicios, considera que no es del caso insistir sobre su legalidad, porque las que señalan las resoluciones dejaron de tener vigencia.

Expresa la Procuraduría que es el Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías quien fija las políticas y programas para las convocatorias, selección y ascenso, pero la calificación, es de competencia de la Procuraduría y por tal motivo, es ajustado a derecho.

El Ministerio Público, no rindió concepto.

CONSIDERACIONES

1). Los cargos relacionados con los artículos 1o., 2o. y 3o. de la Resolución No. 150 de 1989, se examinará a continuación, previa transcripción de ellos en los términos que luego se expresan:

> "ARTICULO 1o. Los Procuradores Regionales efectuarán visitas ordinarias a los Despachos de las Fiscalías, a excepción de las adscritas a la Jurisdicción de Orden Público, con el objeto de determinar la conducta, y dedicación de los funcionarios y así como la organización del trabajo.
>
> PARAGRAFO: Para el cumplimiento del anterior artículo, los Procuradores Regionales se basarán en los formatos que previamente se les remitirá.
>
> ARTICULO 2o. Para efectos de evaluar la calidad del trabajo, los Procuradores Regionales remitirán junto con el Acta de Visita Ordinaria, copias o fotocopias debidamente clasificadas de las actuaciones cumplidas por el funcionario.
>
> PARAGRAFO: Para el cumplimiento de lo anterior se hará una prueba selectiva, tendiente a escoger y remitir seis (6) ejemplares de cada una de las actuaciones relacionadas en el formato pertinente.
>
> ARTICULO 3o. Las visitas a las Fiscalías de Tribunal Superior, serán practicadas por los Procuradores Regionales con el auxilio de los Abogados Asesores adscritos a esos despachos. Y para las demás Fiscalías el Procurador Regional solicitará la colaboración a los Fiscales del Tribunal Superior previa coordinación para su desarrollo y cumplimiento".

Sobre el particular conviene señalar lo siguiente:

a) Los Procuradores Regionales de acuerdo con los artículos 89 y 90 del D. 250 de 1970, están facultados para practicar tanto visitas generales como visitas especiales. Las visitas generales se practican por lo menos una vez cada año, y las especiales cuando así lo disponga el Procurador General de la Nación.

b) Conforme a lo anterior, el Procurador General de la Nación tiene la facultad de cuidar, supervisar y vigilar el desempeño de los deberes de sus empleados, y la de

promover la exigencia de la responsabilidad por las faltas que cometan, de acuerdo a lo previsto en el artículo 145 de la Carta Política de 1886 bajo la cual se expidieron los actos acusados.

2) Igualmente, el artículo 35 de la Ley 25 de 1974 prescribe que el Procurador General puede determinar "las **funciones** especiales de cada uno de los empleados y **reglamentará** la distribución del trabajo y la **organización interna**" de la Procuraduria General de la Nación.

Conviene al respecto señalar además que el poder reglamentario de otros funcionarios distintos al Presidente de la República ha sido reconocido por esta Corporación, y es así como en sentencia de 18 de mayo de 1981, con ponencia del Dr. Jacobo Pérez E., dijo:

> "...es frecuente que la ley otorgue facultades a organismos, dependencias o funcionarios administrativos para reglamentar determinadas materias a dictar reglamentos, como por ejemplo, a la Junta Monetaria, a las Superintendencias, a los Jefes de Departamentos Administrativos, al Director General de Aduanas. Entonces cabe preguntar, cuál es la materia reservada a la reglamentación del Gobierno y cuál es la materia de que pueden ocuparse los reglamentos de los organismos o funcionarios administrativos cuya competencia, para dictarlos no derive de la propia Constitución, como sucede con las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales. He aquí uno de los delicados problemas jurídicos, cuya solución no ha sido uniforme por los doctrinantes y la propia jurisprudencia.
>
> Los reglamentos que pueden dictar organismos y funcionarios administrativos del orden nacional en virtud de atribuciones especiales de la ley, sólo deben contener preceptos o reglas sobre aspectos técnicos y los administrativos relacionados con el funcionamiento interno de las dependencias administrativas tendientes a lograr la coordinación necesaria de las acciones de los distintos funcionarios y la regularidad, continuidad y eficacia en la prestación de los servicios que se les haya encomendado.
>
> Debe aclararse que tratándose de los reglamentos internos, su competencia para dictarlos deriva de la autoridad que le atribuye la ley a los jefes de los servicios en relación con los funcionarios que le están subordinados."

3) Por consiguiente, se estima que los artículos 1o., 2o. y 3o. de la resolución No.150 de 1989, mediante los cuales el Procurador General de la Nación determinó que los Procuradores Regionales efectuarían visitas a los despachos de las Fiscalías con la colaboración de Abogados Auxiliares y de otros Fiscales, con el objeto de determinar la conducta, dedicación y organización del trabajo, así como el envío de copias de las vistas y de las actuaciones cumplidas por el funcionario, no vulneran disposición superior alguna y por lo tanto se estiman ajustadas a derecho.

4) El artículo 4o. de la resolución No.150 de 1989, cuya nulidad se pide, reza:

"Para proceder a calificar la actualización de conocimientos, la Procuraduría General de la Nación, previamente programará la capacitación, indicará o suministrará el material sobre el cual versarán las pruebas".

Como se estima vulnerado el Decreto 52 de 1987, conviene transcribir la norma correspondiente.

Textualmente dice el artículo 107 del D. 52 de 1987:

"Son funciones del Consejo Superior de Carrera de las Fiscalías, las siguientes:

1a. Fijar las políticas y programas para las convocatorias, selección, ingreso y ascenso en la carrera.

2a. Efectuar las convocatorias a concursos para la integración de las listas de fiscales de tribunales y de empleados de las fiscalías del Consejo de Estado.

3a. Elaborar las listas de aspirantes admitidos a concurso para fiscales de tribunales y empleados de fiscales de Consejo de Estado con calificación de sus antecedentes y remitirlas a sus nominadores.

4a. Inscribir en la carrera a los empleados.

5a. Resolver los recursos de reposición.

6a. Formular la ***política de capacitación****, para los concursos de selección y los concursos de ingreso a la Carrera y para la conformación de listas.*

Comparando la norma acusada con el anterior artículo no se puede concluir que mediante el acto acusado se hubiera formulado una política de capacitación, sino mas bien el deseo de "programar", "indicar" y "suministrar" material para las pruebas, cuestiones que deben ocurrir luego de haberse fijado una política, entendiendo por tal, la descripción de la voluntad de la administración orientada a señalar los principios que se desean obtener en un organismo. Son postulados previamente fijados que constituyen derroteros de lo que luego se ejecutará.

Del texto literal del citado artículo se observa que en él se manifiesta un querer de la administración, referente a la capacitación, antes que la formulación de una política de capacitación como herramienta para el logro adecuado del manejo del recurso humano, bien sea frente a la carrera de las Fiscalías o de cualquiera otra. Este propósito tampoco constituye por si solo un marco de reglamentación del Decreto 52 de 1987, sino más bien un deseo de ejecutar correctamente la administración que la ley le ha encomendado al Procurador General de la Nación.

Por consiguiente, se estima que el Procurador mediante este artículo no usurpó funciones del Congreso de la República en cuanto a la regulación de la carrera, ni del

Presidente de la República en cuanto al poder reglamentario, ni del Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías, en materia de fijación de políticas de capacitación.

5) Para apreciar la acusación al artículo 5o. de la resolución 150 de 1989 conviene transcribir el precepto junto con el artículo 47 del Decreto 52 de 1987, estimado como vulnerado.

a) El texto del artículo 5o. de la resolución 150 de 1989, expresa:

"Practicadas las pruebas tendientes a establecer el factor anterior, éstas serán evaluadas por el Procurador General de la Nación o la Comisión que éste designe."

b) Decreto 52 de 1987.

"Artículo 47.- La calificación de la calidad de trabajo y de la actualización de conocimientos de los funcionarios y empleados judiciales corresponde hacerla a los respectivos superiores jerárquicos o funcionales y **la de conducta, organización y rendimiento a la Procuraduría General de la Nación,** la que además calificará todos los aspectos de los funcionarios y empleados de las Fiscalías."

La frase subrayada fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 25 de junio de 1987, en cuanto se refiere a los funcionarios y empleados judiciales.

De lo antes transcrito, se concluye que el legislador diferenció tanto la calificación de la calidad del trabajo como la calificación del conocimiento de los funcionarios y de los empleados.

Al margen de la discusión sobre la competencia para reglamentar una y otra calificación, conviene señalar que el artículo 5 de la resolución 150 de 1989, acto acusado dispuso que el Procurador General de la Nación evaluaría una y otra clase de calificaciones. No otra conclusión se obtiene de su lectura, olvidando que aún teniendo competencia para reglamentar la evaluación de la calificación de conocimientos, le suprime la facultad a los superiores jerárquicos que por razón de la escala estructural y administrativa le están subordinados, o a los superiores funcionales, cuando adquieren esta calidad, por razones de distribución del recurso humano en la entidad, en virtud de que le han sido asignados por la autoridad competente, para calificar a sus colaboradores, y en cambio se auto otorgó dicha facultad el Procurador General.

Por lo tanto le asiste razón a la parte demandante en cuanto estima que el artículo 5o. de la resolución 150 de 1989 excedió la facultad que tenía el Procurador General de la Nación.

6) El artículo 6o. de la resolución 150 de 1989, expresa:

"Realizadas las visitas, allegada la documentación y obtenido el resultado de las pruebas, éstas serán calificadas por la Comisión que designe el Procurador General, *sobre la base* de cien (100) puntos, distribuídos de la siguiente manera:

a) Visita Ordinaria de 1 a 25 puntos

b) Calidad del trabajo 1 a 40 puntos

c) Actualización de conocimientos 1 a 35 puntos

Examinado el D. 52 de 1987 se observa que este decreto extraordinario no facultó al Procurador General de la Nación para expedir tales puntajes. Tampoco para discriminar factores tales como los de "calidad del trabajo", sustrayéndolos de la "visita ordinaria", por ejemplo, pues tanto en uno como en otro caso, pueden encontrarse elementos cuantificadores de la calidad del trabajo que se dejarían de evaluar o que podrían volverse a evaluar innecesariamente y que conducirían a resultados discriminatorios y desigualitarios, según la forma de practicar la visita.

En estas condiciones se pierde el valor objetivo de la calificación y ella deja de ser un elemento de verdadera ponderación de la calidad y cantidad del trabajo.

La Sala sin embargo no descarta la posibilidad de que en el proceso de calificación de un funcionario en concreto, se puedan llegar a establecer estos parámetros como medida individual, pero no como una regla general, que es bien distinto.

Igualmente, se advierte que el porcentaje atribuído a cada uno de los factores: "visita ordinaria", "calidad de Trabajo" y "actualización de conocimientos", carece de sustento legal y reglamentario que el Procurador General no podía establecer con la expedición de la resolución acusada.

Sobre el particular conviene señalar que no existía antecedente normativo al respecto en los Decretos 250 de 1970 y 2400 de 1986 que facultaran al Procurador para obrar como lo hizo en los artículos acusados.

La norma acusada al precisar tales factores y puntajes dejó de observar las premisas consagradas en el artículo 46 del Decreto Ley 52 de 1987, cuyo texto expresa:

> *"La calificación será motivada y comprenderá los siguientes aspectos: Conducta, dedicación al trabajo; calidad y organización del trabajo; actualización de conocimiento. Al impartirla se tendrá en cuenta el comportamiento público del calificado, su puntualidad, la atención al público y en fin todo lo que contribuya al análisis de su idoneidad para el servicio."*

7) a) El artículo 7o. de la Resolución No.150 de 1989, expresa:

"Los puntajes obtenidos en las calificaciones tendrán las siguientes equivalencias:

De 90 a 100 EXCELENTE

De 66 a 89 BUENO

De 65 a 41 REGULAR

De 40 a 1 MALO"

b) El artículo 49 del Decreto 52 de 1987 preceptúa:

"La nota comprenderá todos los aspectos dentro de la siguiente escala: excelente, bueno, regular y malo.

Se tendrá para todos los efectos como insatisfactorias las calificaciones de regular y malo."

El artículo 49 del Decreto 52 de 1987 si bien reguló los conceptos de excelente, bueno, regular y malo no procedió a ponderarlos mediante porcentajes, y aún en gracia de discusión si su equivalencia pudiera ser válida en tales cuantificaciones, no era él Procurador General de la Nación a quien le habría correspondido hacerlo, pues es una atribución propia de quien ostente el poder reglamentario ya por mandato constitucional, o ya por mandato legal.

Por lo tanto como este artículo crea puntajes discriminatorios sin que existan parámetros técnicos ni legales ni autorización normativa que permitan realizar esta clase de evaluación, se concluye igualmente que no era procedente establecerlos mediante resolución. Por lo tanto, se estima que con el acto acusado se excedió la facultad que tenía el Procurador General para calificar a los funcionarios y empleados de las Fiscalías.

8) En cuanto a la impugnación del artículo 8o. de la resolución 150 de 1989, conviene transcribir tal precepto y confrontarlo con el artículo 48 del D. 52 de 1987.

Textualmente prescriben estos preceptos:

a) Artículo 8o., resolución 150 de 1989:

"Para la realización de las pruebas, el Procurador General de la Nación previamente determinará día, hora y lugares en que se efectuarán las mismas, para lo cual se hará la difusión necesaria.

PARAGRAFO TRANSITORIO. Señálese los meses de agosto y septiembre para efectuar la calificación de servicios de los diferentes Fiscales del país correspondientes al año de 1989."

b) Artículo 48, Decreto 52 de 1987:

"En los meses de abril y mayo de cada año se procederá a la calificación de los funcionarios y empleados judiciales y de fiscalías, así:

"(...)"

Por consiguiente, como la ley señaló que la calificación de los funcionarios y empleados de las fiscalías se efectuaría en los meses de abril y mayo, y el Procurador General de la Nación varió estas fechas sin estar autorizado para ello, se concluye que el artículo 8o. de la resolución 150 de 1987 se extralimitó, y por lo tanto deberá anularse.

9) Como la resolución 187 de 1989, modificó el anterior artículo 8o. de la resolución No. 150 de 1989, ampliando la fecha de calificación para el mes de octubre, y este período igualmente es contrario al artículo 48 del D.L. 52 de 1987, procede igualmente su anulación, por los motivos antes expuestos.

Dicen estos artículos lo siguiente:

Resolución No. 187 de 1989.

Artículo 1o. Modificar el artículo 8o. de la resolución número 150 del 26 de julio de 1989, en el sentido de ampliar el término hasta el 30 de octubre del presente año, para efectuar la calificación de servicios de los diferentes Fiscales del País, correspondiente al año de 1989.

Artículo 2o. Señalar el día veintiuno (21) de octubre de 1989, a partir de las 9:00 a.m., para la realización de las pruebas señaladas en el artículo 4o. de la resolución citada.

11) El artículo 9o. de la resolución 150 de 1989, expresa lo siguiente:

"Concluído el proceso calificatorio, el Procurador General de la Nación, expedirá resolución contentiva de los puntajes obtenidos y sus equivalentes, discriminándolos según lo preceptuado en el artículo sexto y séptimo de esta resolución, la que será notificada como lo preveé (sic) el artículo 52 del Decreto 052 de 1987, por medio de los Procuradores Regionales y contra la que sólo procederá recurso de reposición que se interpondrá debidamente motivado, según el artículo 36 ibídem."

En virtud de que este artículo es un desarrollo de los artículos 6o. y 7o. de esta resolución, estimados como contrarios a la ley, igualmente deberá anularse por carecer de fuente normativa y contrariar el Decreto Ley 52 de 1987, según lo expuesto en los anteriores numerales.

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:

ANULASE el artículo 5o. de la resolución 150 de 26 de julio de 1989 proferidas por el Procurador General de la Nación, en cuanto se refiere a la elaboración y calificación de pruebas de los Fiscales de los Juzgados Superiores y de Circuito y de los empleados de los fiscales.

ANULANSE los artículos 6o., 7o., 8o., y 9o. de la resolución No. 150 de 1989 y la resolución No. 187 de 1989 ambas proferidas por el Procurador General de la Nación.

DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE, Y UNA VEZ EJECUTORIADO ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión del día veintiuno (21) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno, Pedro Charria Angulo, Conjuez; Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la providencia de 18 de mayo de 1981, Consejero Ponente: Dr. JACOBO PEREZ ESCOBAR, sobre la potestad reglamentaria.

PERSONAL DOCENTE DE TIEMPO COMPLETO/INSUBSISTENCIA- Improcedencia/**DOBLE VINCULACION-**Inexistencia/**CARRERA DOCENTE-** Estabilidad.

Tratándose de un profesor escalafonado, y por ello protegido por la garantía de estabilidad que confiere la carrera docente, era deber del nominador verificar si realmente se daba la situación del desempeño de dos cargos docentes de tiempo completo, que era lo que lo autorizaba a declarar la insubsistencia, así el señor Salazar Gallo no hubiera informado su retiro del otro cargo con el plazo señalado por el Alcalde. Al no hacerlo así, y declarar la insubsistencia cuando ya al profesor se le había aceptado la renuncia en el Liceo Antioqueño, el Alcalde de Itagüí infringió las normas sobre estabilidad relativa de los docentes escalafonados contenidas en el Decreto 2277 de 1979, según las cuales el educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluído del escalafón, no llegue a la edad de retiro forzoso, y conserve sus aptitudes físicas y mentales para el ejercicio del mismo.

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

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 7763. Asuntos Municipales. Actor: Ruperto Salazar Gallo.

Ha venido a esta Corporación en grado de consulta la sentencia de 28 de septiembre de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que declaró nulo el Decreto 029 de 1991 mediante el cual el Alcalde Municipal de Itagüí declaró insubsistente el nombramiento del señor RUPERTO SALAZAR GALLO.

ANTECEDENTES

Ante el Tribunal pretendió el señor Ruperto Salazar Gallo obtener la nulidad del artículo 2o. del Decreto 029 de 21 de enero de 1991, expedido por el Alcalde del Municipio de Itagüí, por medio del cual se declaró insubsistente su nombramiento como profesor de tiempo completo adscrito al Liceo Concejo Municipal, y el restablecimiento de los derechos que, en su concepto, se le vulneraron con la expedición del citado acto.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal accedió a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que el actor se encontraba escalafonado en carrera y al momento de su insubsistencia no se desempeñaba como docente de tiempo completo en dos establecimientos oficiales, pues había renunciado al Liceo Antioqueño, adscrito a la Universidad de Antioquia, desde el 26 de diciembre de 1990.

Admite que la posición del ente municipal es válida en cuanto que el docente no puede desempeñarse en dos establecimientos educativos oficiales, en jornadas de tiempo completo, pero concluye que en este caso no se da tal situación porque el actor al momento de su retiro sólo se desempeñaba como docente de tiempo completo en el Liceo Concejo Municipal, sin que sea de recibo el argumento del Municipio según el cual, la insubsistencia se produjo porque no se comunicó a tiempo la renuncia que había presentado Salazar Gallo ante el Liceo Antioqueño.

Finalmente condena al Municipio por ser éste el ente que profirió el acto acusado.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, opina que la sentencia debe confirmarse por cuanto se demostró en el proceso que a la fecha en que fue declarado insubsistente, el actor no desempeñaba simultáneamente dos cargos como docente de tiempo completo en entidades educativas de carácter oficial.

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

La entidad pública condenada no apeló el fallo y por tanto debe surtirse la consulta.

La controversia planteada gira en torno a la legalidad del Decreto 029 de 21 de enero de 1991 por medio del cual el Alcalde de Itagüí en su calidad de tal y no como

miembro del Fondo Educativo Regional, declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de profesor de tiempo completo adscrito al Liceo Concejo Municipal, por cuanto se hallaba vinculado como profesor de tiempo completo a otro establecimiento docente de carácter oficial. Esto se deduce de la contestación a la demanda que presentó el Municipio, porque el acto de insubsistencia no está motivado.

La Nación-Ministerio de Educación propuso excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de designación del demandado, con lo cual considera omitido uno de los requisitos establecidos por el artículo 137 del C.C.A.

Dijo el Ministerio que la demanda se dirigió contra dos entes, el Municipio de Itagüí como principal y la Nación-Ministerio de Educación como subsidiario, con lo cual se deja en manos del juzgador la escogencia del sujeto pasivo.

No es de recibo para la Sala este planteamiento, dado que no se presenta falta de designación del demandado; por el contrario la demanda señala expresamente dos demandados.

Debe entonces establecerse quién o quiénes están llamados a responder por las pretensiones del libelo.

No se tiene certeza en este caso acerca de si el Liceo Concejo Municipal es establecimiento docente Municipal o Nacionalizado.

Sin embargo se observa que el Alcalde de Itagüí al expedir el acto acusado obró en su condición de tal, invocando las facultades que le confiere el Código de Régimen Municipal.

Como no actuó a nombre de la Nación, en su calidad de miembro del Fondo Educativo Regional, esa decisión no puede comprometer a la Nación-Ministerio de Educación Nacional, y por tanto la Sala encuentra razonable que el Tribunal al anular el acto acusado hubiera condenado al Municipio de Itagüí.

En cuanto al fondo del asunto el análisis de la Sala, es el siguiente:

El fallo de 17 de febrero de 1993 y en otros muchos de esta Sala, se ha explicado que a los docentes se aplica el literal a) del Decreto1713 de 1960, porque hace referencia expresa a ellos, y dicho literal no les permite el desempeño de dos cargos de tiempo completo.

Pero el señor Salazar Gallo, según se desprende de las pruebas allegadas a los autos, no se desempeñaba simultáneamente como profesor de tiempo completo en dos establecimientos oficiales al momento de su retiro del servicio, dado que, como obra a folios 35 a 37, se le había aceptado renuncia del cargo de profesor de tiempo completo adscrito al Liceo Antioqueño de la Universidad de Antioquia, a partir del 26 de diciembre de 1990, y la insubsistencia le fue declarada y comunicada el 21 de enero de 1991 como consta a folios 6 a 8.

Por tanto, el decreto demandado por el cual se dispuso la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en el cargo que desempeñaba en el Liceo Concejo Municipal de Itagüí, no se ajusta a derecho, porque se repite, la incompatibilidad se refiere al ejercicio simultáneo de cargos con asignaciones que correspondan a remuneración de tiempos completos.

Tratándose de un profesor escalafonado, y por ello protegido por la garantía de estabilidad que confiere la carrera docente, era deber del nominador verificar si realmente se daba la situación del desempeño de dos cargos docentes de tiempo completo, que era la que lo autorizaba a declarar la insubsistencia, así el señor Salazar Gallo no hubiera informado su retiro del otro cargo en el plazo señalado por el Alcalde. Al no hacerlo así, y declarar la insubsistencia cuando ya al profesor se le había aceptado la renuncia en el Liceo Antioqueño a partir del 26 de diciembre de 1990, por resolución No.1100 del 30 de noviembre de ese año, el Alcalde de Itagüí infringió las normas sobre estabilidad relativa de los docentes escalafonados contenidas en el Decreto 2277 de 1979, según las cuales el educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluído del escalafón, no llegue a la edad de retiro forzoso y conserve sus aptitudes físicas y mentales para el ejercicio del mismo.

En el presente caso, al actor le asisten esos privilegios que se otorgan al docente cuya relación laboral con la entidad oficial se halle acorde con el ordenamiento jurídico, y por tanto ha de confirmarse la sentencia consultada.

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

FALLA

Confírmase la sentencia de 28 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso promovido por el señor Ruperto Salazar Gallo.

Adiciónase dicha sentencia para ordenar que de las sumas que el Municipio de Itagüí pague al señor Ruperto Salazar Gallo en cumplimiento de esta sentencia, se le descuenten los emolumentos que él hubiere recibido de otras entidades oficiales durante el mismo lapso, salvo aquellos que legalmente el docente estuviere autorizado a percibir conjuntamente con éstas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de julio 21 de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, con Aclaración de Voto; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA RELATORIA: Sobre el tema puede consultarse la sentencia del 17 de febrero de 1993; Exp. 5949, Ponente: Dra. CLARA FORERO DE CASTRO.

PROVIDENCIA DE CONDENA/DESCUENTO-Improcedencia/**EMPLEADO PUBLICO**-Inexistencia/**DOBLE ASIGNACION**-Inexistencia/**ANALOGIA**-Improcedencia/(Aclaración de Voto)

Las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en e sos términos en la ley.

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

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

Referencia: Sentencia Dictada el 4 de agosto de 1994 en el juicio No. 7763. Asuntos Municipales. Actor: Ruperto Salazar Gallo.

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 la sentencia de primer grado ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra entidad oficial, para lo cual se invocan los artículos 64 de la Constitución Nacional de 1886 y el 128 de la actual.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia mencionada, 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. Entiendése 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 Decreto797 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 exp. No. 29629, Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G., junio 5/84; en el exp. No. 35949, Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S., octubre 15/85; y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la nueva norma constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutiva de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

INSUBSISTENCIA/DESVIACION DE PODER/EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION

El inciso 5o. de artículo 62 de la Constitución anterior -precepto contenido en el inciso 5o. del artículo 125 de la Constitución de 1991- sólo da luces para ver posibles "desviaciones de poder" en actos concernientes a los nombramientos, promociones o destituciones de empleos o cargos públicos cuando se tiene de presente la filiación política de los ciudadanos, cuando se trata de vincularlos a la carrera administrativa, y ya se ha visto que el demandante en el caso *sub-júdice* no se encontraba en esta situación. Es más, a nivel nacional, el Decreto-Ley 2400 de 1968 igualmente distingue entre los empleados que son de carrera de quienes no lo son, como sin mayores esfuerzos se deriva del texto del artículo 3o., predicándose de estos últimos que son de "libre nombramiento y remoción".

PRINCIPIO DE LEGALIDAD/ACTO ADMINISTRATIVO/PRESUNCION DE LEGALIDAD/CONTROL DE LEGALIDAD/JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA/ACTO DISCRECIONAL

El principio de la legalidad es la base de la actividad de la Administración y de él fluye la presunción, garantía o prerrogativa según la cual las autoridades proceden conforme a la ley, o más exactamente obedeciendo al orden jurídico aplicativo en cuanto atañe a la esencia del acto administrativo como expresión unilateral de voluntad de la Administración. Así mismo, la Jurisdicción Contencioso Administrativa como

guardiana de ésta, es a la que la ley ha ido dando, progresivamente, la facultad de sancionar aquellas desviaciones que respecto al principio de la legalidad, incurra la administración a través de sus actos. De esta suerte, la ley ha puesto a disposición de los administrados medios -llamados por la ley acciones- para controlar la observancia de esa legalidad por parte de la Administración.

CARGO POLITICO/Inexistencia/PODER DISCRECIONAL/INSUBSISTENCIA/DESVIACION DE PODER/MOVILES POLITICOS

Los actos que implican nombramientos y remociones en cargos eminentemente políticos, en los que lo administrativo en estricto sentido juega un papel secundario, en los que prácticamente la discrecionalidad -el poder discrecional- se torna casi absoluta, descarta la posibilidad de que el juez contencioso-administrativo entre a contemplar una desviación de poder fundada en esa circunstancia. Y ello, porque, el arte del buen gobierno permite, en aras de las alternativas democráticas, que ciudadanos de los partidos o movimientos entren a regir la cosa pública y resulta normal, por así decirlo, que la afiliación a partido o grupo político incida en la emisión de esa clase de actos administrativos. Dentro de esos parámetros, muchas veces se ha creído, que, cuando se trata de empleados públicos no vinculados a carrera administrativa alguna, su desvinculación discrecional por factor partidista o grupista, lejos de ser contraria al criterio del buen servicio público, antes bien lo busca, porque excluye de la administración a aquellas personas que no comulguen con la colectividad, movimiento o grupo que domine la escena burocrática en determinado momento, para llamar a colaborar a sus posibles copartidarios o simpatizantes. Ese criterio está lejos de satisfacer nociones ligadas al buen servicio y por el contrario, se acerca más a lo que ha de entenderse por "desviación de poder" como vicio de los actos administrativos en general y que adquiere mayor relievancia tratándose de los discrecionales. Que se mantengan las concepciones que se han recordado en el acápite anterior para los cargos realmente políticos, porque hacen del individuo-empleado un cabal rector de la cosa pública, como son -se repite- los enumerados en el literal a) del citado segundo inciso del artículo 3o. del Decreto-Ley 2400 de 1968 (Ministros de Despacho, Jefe de Departamentos Administrativos, Superintendentes, Secretarios Generales del Ministerio y Departamentos Administrativos, etc) es algo lógico y congruente, pero no así en cargos que en verdad son meramente administrativos. Si resulta en Juicio Contencioso Administrativo suficientemente probado que la declaratoria de insubsistencia de un empleado público no vinculado a carrera de un cargo carente de relievancia política como los enumerados a manera de ejemplo en el párrafo

precedente, se debió a móviles eminentemente partidistas o grupistas, es de concluir que se alejó del fin del buen servicio público, que se presume guía a la administración al proferir actos administrativos en general y especialmente, los denominados "discrecionales".

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

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4939. Asuntos Municipales. Apelación de la sentencia de 2 de octubre de 1989, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: Pablo Antonio Guerrero G.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia calendada a 2 de octubre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, donde es parte demandada la Empresa de Teléfonos de Bogotá.

ANTECEDENTES

I. -DE LA DEMANDA

Pretende el demandante que se declare la nulidad de las resoluciones Nos. 097 y 103 de noviembre 30 y diciembre 13 de 1982 por medio de las cuales se declaró insubsistente el nombramiento del señor PABLO ANTONIO GUERRERO GONZALEZ. A título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la entidad demandada a restituirlo en el empleo y pagar todos los emolumentos dejados de percibir en todo el tiempo que permaneciere desvinculado del servicio (fl. 11).

Igualmente solicita se declare "Que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados a la Empresa de Teléfonos de Bogotá D. E.".

Afirma el demandante que "Al proferir las resoluciones acusadas, la Revisoría Fiscal de la Empresa de Teléfonos de Bogotá incurrió en un típico caso de desviación de poder...". Esa decisión se tomó "por razones extrañas al buen servicio: la orden político que determinaba que el empleado debía ser retirado para complacer al jefe de una fracción de uno de los partidos políticos tradicionales, que exigía una cuota burocrática como contraprestación probable a la elección del nominador por el Concejo Distrital de Bogotá".

II. -DE LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, después de valorar los testimonios -únicas pruebas arrimadas al proceso- se les dio tan sólo carácter indiciario, por adolecer de "imprecisión" y considerar que "no fue desvirtuada la presunción de legalidad que ampara el acto demandado" denegó las pretensiones de la demanda. (fls. 131 a 136).

III. -DEL RECURSO DE APELACION

El apelante fundamenta su recurso, alegando "evidentes errores de apreciación probatoria en la sentencia apelada", concluyendo que se quebrantaron en ella los artículos 216, 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil. Expresa su disconformidad con la apreciación del a-quo, quien no valoró los testimonios de los señores Acosta Sánchez y Suárez Olaya porque no eran empleados de la empresa demandada sino amigos personales del actor, estimando que dichos testimonios no fueron tachados de sospechosos en la audiencia correspondiente y por lo tanto no le estaba dado al fallador entrar en consideraciones sobre aspectos relativos a la relación de amistad entre el actor y los declarantes (fls. 144 a 146).

IV. -DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO EN LO CONTENCIOSO

El agente del Ministerio Público solicita la confirmación del fallo apelado, puesto que, "no se estableció en el proceso, con certeza de realidad, que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor, ha sido proferida por razones ajenas al buen servicio, por motivos netamente partidistas". (fls. 155 a 157).

Llegado el momento de proferir sentencia y no encontrándose motivo que afecte de nulidad la actuación procesal,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA

1.- Se controvierte en este asunto la legalidad del acto administrativo proferido por el Revisor Fiscal de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, por el cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del actor, dictado en uso de la facultad de libre nombramiento y remoción.

2.- El acto administrativo que aquí se juzga es de los llamados discrecionales, dictado en uso de la facultad que tiene la administración para nombrar y remover libremente a sus funcionarios, sin necesidad de motivar su providencia, cuando considere que esta medida conviene al buen servicio, en principio.

3.- La parte actora ha solicitado la nulidad del acto administrativo en cuestión, aceptando que era un empleado de libre nombramiento y remoción, sí, pero arguye, que al emitirlose obró inspirado y motivado por razones extras al buen servicio: "la orden político que determina que el empleado debía ser retirado para complacer al jefe de una fracción de uno de nuestros dos partidos políticos tradicionales, que exigía una cuota burocrática como contraprestación probable a la elección del nominador por el Consejo Distrital de Bogotá", que por lo tanto está viciado de nulidad por desviación de poder.

4.- La desviación de poder, como vicio del acto administrativo (art. 84 del Código Contencioso Administrativo), se presenta cuando el respectivo agente emite un acto, una manifestación de voluntad que cabe dentro de sus funciones o atribuciones, observa

las formalidades prescritas por la ley, ajustándolo en sus términos a las normas superiores, pero, al proferirlo se han tenido miras distintas a aquellas para los cuales se confirió por la ley la respectiva facultad.

5.- El principio de la legalidad es la base de la actividad de la administración y de él fluye la presunción, garantía o prerrogativa según la cual las autoridades proceden conforme a la ley, o más exactamente obedeciendo al orden jurídico aplicativo en cuanto atañe a la esencia del acto administrativo como expresión unilateral de voluntad de la administración. Así mismo, la jurisdicción contencioso administrativa como guardiana de ésta, es a la que la ley ha ido dando, progresivamente, la facultad de sancionar aquellas desviaciones que respecto al principio de la legalidad, incurra la administración a través de sus actos. De esta suerte, la ley ha puesto a disposición de los administrados medios -llamados por la ley acciones- para controlar la observancia de esa legalidad por parte de la administración.

6.- De manera que el acto administrativo acusado en el asunto sub-lite, de los clasificados como discrecionales, declaró la insubsistencia de un empleado público no vinculado a carrera y, por tanto, de libre nombramiento y remoción por la autoridad nominadora. Así, pues, cuando el Revisor Fiscal expidió el acto cuestionado ejerció, sin duda, un poder que la ley le otorgó para dejarlo libre de escoger, en principio, el sentido en el cual debía ejercerlo, naturalmente que dentro de los parámetros señalados por la propia ley -en el sentido genérico- para proferir tal medida.

7.- Va a verse ahora si la desviación de poder alegada por el actor se probó en el caso sub-lite.

Para establecer los hechos en que se fundamenta la demanda, se recepcionaron los testimonios de Alonso Pardo Roa (fls. 67 a 70); Néstor Hernando Gómez Vargas (fls. 70 a 71); Mario Ariza Herreño (fls. 75 a 78); Jaime Enrique Gómez Velásquez (fls.82 a 83) directivos del sindicato de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, para la época de los hechos; y de Roberto Acosta Sánchez (fls. 78 a 80) y Juan Nepomuceno Suárez Olaya (fls. 82 y 83), amigos del actor.

Para mayor claridad del análisis probatorio que hace ahora la Sala, se estima necesario transcribir los puntos más importantes de las declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento, así:

A. DECLARACION DEL SEÑOR ALONSO PARDO ROA.

"Sírvase decir el declarante si conoce al demandante Pablo Antonio Guerrero González, desde cuándo lo conoce y porqué lo conoce?. CONTESTO: Yo conozco al señor Guerrero porque "fue compañero de trabajo, el tiempo que lo conozco más o menos unos ocho años.- PREGUNTADO: Sírvase decir el declarante si conoce las razones que motivaron la insubsistencia del actor?. CONTESTO: En mi calidad de Diligente Sindical cuando se dieron los despidos

de Revisoría en un número aproximado de unos quince como sindicato pedimos una audiencia al señor Revisor Fiscal para conocer los motivos que ocasionaron la destitución de estos funcionarios y la respuesta del señor Caballero fue de que los señores que había destituido (sic) no tenian respaldo político porque esos cargos eran para el sector Alvarista a quien él representaba en la empresa.- El Dr. Germán Antonio Ahumada Díaz procede a interrogar al testigo como representante de la entidad demandada en los siguientes términos: PREGUNTADO: Sírvase informar al H. Tribunal en que (sic) Entidad labora Ud., en donde (sic) está ubicada la Oficina donde presta sus servicios, cuál es el horario de trabajo? CONTESTO: Yo trabajo en la Empresa de Teléfonos de Bogotá, donde laboro en la carrera 8a. No. 20-00 Of. 402 que son las dependencias del Sindicato. El horario de trabajo de los funcionarios del sindicato es muy variable porque nosotros no tenemos que marcar tarjeta como el resto de funcionarios de la Empresa pero en cambio estamos en permanentes visitas en las diferentes dependencias situación que le permite a uno conocer todos los funcionarios de la misma empresa. PREGUNTADO: Quiere decir que Ud. no tiene horario fijo y determinado en la Empresa de Teléfonos? CONTESTO: En cuanto a la pregunta del Doctor vale la pena señalar de que el Sindicato tiene pactados siete tiempos completos para los miembros de la junta directiva razón por la que no tenemos que marcar tarjeta debido a los compromisos que adquirimos diariamente con todos los trabajadores de cada una de las dependencias de la Empresa lo que quiere decir que unas veces estamos en una Central a las siete de la mañana otras veces en la oficina a las ocho de la mañana y la hora de salida es de acuerdo al trabajo que se presenta en la entidad que generalmente es después de las seis de la tarde. PREGUNTADO: Sabe Ud. donde (sic) queda (sic) las dependencias de la Revisoría Fiscal?. CONTESTO: Las dependencias de la Revisoría Fiscal la oficina propiamente del Revisor Fiscal estan (sic) ubicadas en la carrera 8a. No. 20-00 piso 8o. auditorio que es una forma que tiene allí la empresa pero en todas las dependencias en donde se manejen valores donde haya atención al público, almacenes y sub-almacenes y todo lo que tiene que ver con la tramitación de cuentas en cada una de éstas (sic) dependencias se encuentra permanentemente un funcionario de la Revisoría Fiscal. PREGUNTADO: Sabe Ud. que cargo ocupaba el señor Pablo Antonio Guerrero González y en que dependencias las ejercía? CONTESTO: Don Pablo Guerrero González el venía desempeñando el cargo en la Revisoría Fiscal nosotros nos conocemos como funcionarios de la Revisoría Fiscal el lugar es difícil señalarlo porque a los funcionarios de la revisoría generalmente los están rotando pero yo lo vi trabajar en la Auditoría en Pagaduría de lo que yo recuerdo lo vi trabajar en esas dos dependencias. PREGUNTADO: Al momento de la desvinculación del señor Guerrero sabe Ud. qué cargo ocupaba en la Revisoría Fiscal y en qué dependencia de la misma desempeñaba sus funciones? CONTESTO: Con relación a la pregunta del doctor me remito a la respuesta que di a la respuesta anterior. PREGUNTADO: Sírvase informar al H. Tribunal si al momento que el señor Revisor Fiscal de la

Empresa de Teléfonos tomó la determinación de declarar insubsistente el nombramiento señor Pablo Guerrero Ud. se encontraba en uso de sus funciones sindicales o laborales en la Revisoría Fiscal de la entidad o sabe en esos momentos los motivos que tuvo dicho Revisor Fiscal en ese momento para tomar tal determinación?. CONTESTO: Inicialmente señalaba yo de que habíamos pedido una Audiencia con el Revisor Fiscal para conocer las causas que lo motivaron para desvincular un número determinado de la revisoría lo que quiere decir que en ese momento era miembro de la Junta Directiva del Sindicato con relación a las causas que motivaron la desvinculación de los funcionarios precisamente era lo que queríamos saber como ente jurídico de los trabajadores ya que todo tiene que ver con los trabajadores el sindicato debe conocer las causas de cualquier anomalía.-La H. magistrada procede a interrogar al testigo en los siguientes términos: PREGUNTADO: Sírvase decir el testigo si dentro de ese grupo de funcionarios de la revisoría que habían sido declarados insubsistentes y que motivo (sic) la cita del sindicato con el Revisor Fiscal se encontraba el demandante. CONTESTO: Sí estaba incluído el demandante que en ese momento era uno de los funcionarios más antiguos al servicio de la misma auditoría. PREGUNTADO: Sírvase decir el declarante cuantos funcionarios de la revisoría fueron declarados insubsistentes en esa oportunidad?. CONTESTO: El número aproximado fue de 15 no recuerdo exactamente pero fue aproximado a 15. PREGUNTADO: Sírvase el declarante si las insubsistencias ocurrieron el mismo día o en días subsiguientes o dentro de qué término? CONTESTO: La constitución de estos funcionarios se dieron en el lapso entre 8 o 10 días y precisamente era uno de los puntos que nosotros señalamos al Revisor Fiscal y era que eso era un despido colectivo. PREGUNTADO: Sírvase decir el declarante si el Revisor Fiscal no dio ninguna otra justificación fuera de la razón política. CONTESTO: Absolutamente ninguna.- El Dr. Germán Antonio Ahumada Díaz solicita la palabra a la H. magistrada para dejar un constancia. Con el respeto siempre debido al H. Tribunal me permito dejar constancia que las tres últimas respuestas proferidas por el testigo no son hechos que mediante la prueba testimonial se puedan comprobar y que son apreciaciones del testigo en forma alguna con los documentos que obran en el expediente..."

B. DECLARACION DEL SEÑOR NESTOR HERNANDO GOMEZ VARGAS

"La H. magistrada procede a interrogar al testigo de la siguiente manera: PREGUNTADO: Sírvase decir el declarante si conoce el demandante señor Pablo Antonio Guerrero González, desde cuándo lo conoce y por qué lo conoce?. CONTESTO: Sí lo conozco desde hace aproximadamente unos tres años y lo conocí porque trabajaba en la Empresa de Teléfonos de Bogotá. PREGUNTADO: Sírvase decir el declarante si conoce los motivos que causaron la insubsistencia del actor?. CONTESTO: A finales del año de 1982 en la Revisoría Fiscal de la empresa se ocasionaron aproximadamente unas quince declaraciones de

insubsistencia como miembros de la junta directiva del Sindicato nos dirigimos a la oficina del Revisor Fiscal Dr. Caballero y cuando le preguntamos cuál era la razón que ocasionaba estas insubsistencias nos respondió que estos trabajadores no contaban con el respaldo político del grupo que orientaba el Dr. Alvaro Gómez Hurtado y que quien no contara con dicho respaldo no podía seguir laborando en la Revisoría Fiscal de la empresa nosotros insistimos en saber si había alguna otra razón y no encontramos respuesta distinta de parte del Revisor Fiscal. PREGUNTADO: Sírvase decir el declarante si dentro del grupo de quince personas declaradas insubsistentes a que Ud. se refiere en su respuesta anterior se encontraba también el demandante? CONTESTO: Sí efectivamente el señor Guerrero fue declarado insubsistente por esos mismos días. PREGUNTADO: Sírvase decir el declarante si las insubsistencias se produjeron el mismo día o en días subsiguientes o aproximadamente dentro de qué términos de días? CONTESTO: No recuerdo con exactitud pero puedo decir que dichas insubsistencias se ocasionaron en un término aproximado de un mes.- La H. magistrada concede la palabra al Dr. Ahumada Díaz apoderado de la entidad demandada quién (sic) procede a interrogar al testigo de la siguiente forma: PREGUNTADO: Diga si sabe Ud. la fecha exacta en la cual el señor Guerrrero González fue declarado insubsistente de la Revisoría Fiscal? CONTESTO: No recuerdo la fecha. PREGUNTADO: Diga si antes de la reunión que usted dice haber tenido con el Revisor Fiscal el Dr. Caballero había tratado el punto de la insubsistencia de Pablo Antonio Guerrero González con el mismo señor Revisor Fiscal? CONTESTO: No. PREGUNTADO: Entonces cuando (sic) supo ud. que se había producido la desvinculación del señor Guerrero de la Revisoría Fiscal? CONTESTO: A la oficina del sindicato llegaron varios trabajadores de la Revisoría Fiscal que habían sido declarados insubsistentes no recuerdo si entre ellos se contraba (sic) el señor Guerrero y nos solicitaron que averiguáramos cual era la razón para que los hubieran declarados insubsistentes ante esta situación hicimos una relación aproximada de todos los que habían sido declarados insubsistentes y pudimos saber que dentro de ellos se encontraba el señor Guerrero. PREGUNTADO: Tenía ud. alguna vinculación de trabajo o personal con la Revisoría Fiscal o con la Empresa de Teléfonos? CONTESTO: No. La única relación existente era el vínculo que teníamos por ser dirigentes sindicales. PREGUNTADO: Conocío (sic) ud. antes de la desvinculación del señor Pablo Antonio Guerrero de la revisoría algun motivo o causa que tuviera el Revisor Fiscal para tomar tal determinación? CONTESTO: No..."

C. -DECLARACION DEL SEÑOR MARIO ALBERTO ARIZA HERREÑO

"La H. magistrada procede a interrogar al testigo en los siguientes términos: PREGUNTADO: Sírvase decir el testigo si conoce al demandante Pablo Antonio Guerrero González, desde cuándo lo conoce y por qué lo conoce? CONTESTO: Sí lo conozco primero de vista, después me enteré de sus nombres

completos cuando fue despedido de la Revisoría Fiscal de la ETB aproximadamente dos años y medio. - La H. magistrada concede la palabra al Dr. Miguel González Rodríguez apoderado del actor, quien procede a interrogar al testigo de la siguiente manera: PREGUNTADO: Sírvase decir si Ud. ha prestado sus servicios a la Empresa de Teléfonos de Bogotá, en caso afirmativo en qué fechas y si tiene algún cargo en la organización sindical de la empresa?. CONTESTO: Sí estoy vinculado a la Empresa de Teléfonos desde abril 2 de 1970 en la actualidad no tengo ningun (sic) cargo Directivo en la organización sindical. En el período que fenecio (sic) aproximadamente hace dos años ocupe (sic) el cargo de secretario general de la organización sindical. PREGUNTADO: Sírvase decir si ud. tuvo conocimiento del retiro de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, por declaración de insubsistencia del señor Pablo Antonio Guerrero González en el año de 1982?. CONTESTO: Sí tuve conocimiento de que había sido despedido del cargo. PREGUNTADO: Sírvase decir si tuvo oportunidad de conocer y por qué razones las razones que llevaron a la auditoría fiscal de la empresa a cargo en ese entonces del señor Marco Alberto Caballero Matis a declarar insubsistente el nombramiento del señor Guerrero González?. CONTESTO: Específicamente el nombre del señor Guerrero González no. En esa época como quedó dicho al principio era el secretario de la organización sindical, se sucedieron algunos despidos por parte de la revisoría de varios trabajadores cuyos números no puedo precisar. En entrevista con el señor Revisor Fiscal de la empresa nos informó a mí y a algunos miembros de la organización que la situación de los trabajadores de la revisoría dependian (sic) del Concejo de Bogotá, y que como tal son ellos quienes ordenan el movimiento del personal, en esa reunión no se dieron nombres propios de los despedidos. PREGUNTADO: Sírvase decir concretamente si en la reunión que ud. y otros directivos sindicales tuvieron con el Revisor Fiscal de la Empresa de Teléfonos de Bogotá y a la cual se ha referido anteriormente; el citado funcionario les manifesto (sic) que los cargos o mejor las personas que desmpeñaban cargos en la revisoría debían contar con el respaldo político de los Concejales del Distrito Especial de Bogotá.? CONTESTO: Como dije anteriormente el revisor manifestó que eran los señores concejales del Distrito quienes tienen que ver con la situación laboral de los trabajadores de la revisoría y que de ellos los concejales dependen el nombramiento y remoción del personal.- La H. magistrada concede la palabra al Dr. Germán Antonio Ahumada Díaz, apoderado de la entidad demandada quien procede a interrogar al testigo como sigue: PREGUNTADO: Sírvase informar a qué tiempo después de la desvinculación del señor Guerrero González de la Revisoría Fiscal se produjo la reunión entre los Directivos Sindicales y el señor Revisor Fiscal? CONTESTO: No puedo precisar el tiempo que haya transcurrido entre cuando sucedieron los despidos a que me he referido y la fecha en que se dio la reunión. PREGUNTADO: Antes de producirse el retiro del señor Pablo Antonio Guerrero sabe ud. o presume qué motivos tuvo el Revisor Fiscal Marco Alberto Caballero Matis para desvincular al citado señor Guerrero?. CONTESTO: No

lo sé. PREGUNTADO: Manifesto (sic) ud. en esta declaración que no se dieron nombres propios de los despidos informe si en la reunión con el sindicato el señor Revisor Fiscal manifestó la causa, el motivo o la razón para desvincular al señor Guerrero González.? CONTESTO: Como dije anteriormente el revisor dio información de que la situación de los trabajadores de la revisoría la decide el Concejo sin referirse a nombres propios. PREGUNTADO: Qué personas del sindicato entraron con usted a la reunión con el señor Revisor Fiscal y diga por favor si todos se encontraban en el mismo recinto? CONTESTO: Asistieron conmigo los señores José Vicente Sierra, Jaime Gómez, Néstor Gómez no recuerdo de más nos encontrábamos todos en el mismo recinto.

D. DECLARACION DEL SEÑOR ROBERTO ACOSTA SANCHEZ

"La H. magistrada procede a interrogar al testigo en los siguientes términos: PREGUNTADO: Sírvase decir el testigo si conoce al demandante señor Pablo Antonio Guerrero González, desde cuándo lo conoce y por qué lo conoce? CONTESTO: Hace más de 25 años que lo conozco, lo conocí por amistades que hace uno.- La H. magistrada concede la palabra al Dr. Miguel González Rodríguez apoderado del actor quien procede a interogar al testigo en la siguiente forma: PREGUNTADO: Sírvase decir si conoció, y conoce actualmente, al señor Marco Alberto Caballero Matiz, y en caso afirmativo, con motivo de qué hecho o hechos y desde hace cuánto tiempo? CONTESTO: Sí lo conozco por allá del año de 1981. Lo conocí en el Concejo de Bogotá por ahí en los pasillos. PREGUNTADO: Tiene ud, conocimiento de si el mencionado señor Marco Alberto Caballero Matiz fue elegido Revisor Fiscal de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, por parte del Concejo del Distrito Especial de Bogotá y en caso afirmativo en que época? CONTESTO: Como Revisor Fiscal de la Empresa de Teléfonos de Bogotá sí tengo conocimiento de que fue revisor lo que yo no me acuerdo es la fecha en que fue elegido revisor. PREGUNTADO: Sírvase decir lo que le conste en relación con la declaración de insubsistencia del señor Pablo Antonio Guerrero en el cargo que ocupaba en la Revisoría Fiscal de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, hecho acontecido en el año de 1982? CONTESTO: El ocupaba una alta posición dentro de la Revisoría Fiscal que venía desempeñando hacía varios años en la empresa en dicha dependencia, pero no me acuerdo el cargo que desempeñaba, lo único que sí me acuerdo es lo siguiente: Pablito estuvo antes de ser retirado de la empresa en mi casa pidiendome (sic) el favor de que hablara con el Revisor Fiscal que era el Dr. Caballero y le pidiera de que no lo hechara (sic) del puesto en el cual en ese momento estaba en peligro y muy francamente aquí ante el señor Juez y los aquí presentes yo soy político y fui le pedí personalmente que no cometiera ese error de ir a botar a Pablito y él me manifestó que muy bien yo sabía que esas posiciones eran cuotas políticas y que Pablo Guerrero no tenía ningún respaldo.- La H. magistrada concede la palabra al Dr. Germán Antonio Ahumada Díaz apoderado de la entidad demandada quien procede a interrogar al testigo de la siguiente forma: PREGUNTADO:

Sírvase informar si usted desempeña algún cargo público, en caso afirmativo en qué entidad? CONTESTO: No desempeño ningun (sic) cargo público. PREGUNTADO: Sírvase decir en qué tan profunda es la amistad que lo vincula a ud. con el señor Pablo A. Guerrero y si a (sic) tenido algún tipo de negocios o que otro tipo de amistad lo han vinculado? CONTESTO: Amistad común y corriente y nunca he tenido negocios con él. PREGUNTADO: Qué tiempo transcurrió entre la entrevista que ud. afirma haber tenido con el Dr. Marco A. Caballero y la fecha en que la Revisoría Fiscal de teléfonos desvinculo (sic) al señor Guerrero González? CONTESTO: Pues eso si no me acuerdo bien pero después de que vulgarmente lo hecharon (sic) de su posición me entreviste (sic) otra vez con el Dr. Caballero y le dije esto: Dr. usted por qué hechó a Pablito Guerrero una persona honesta y capacitada no se debe tener en cuenta (sic) ni color político ni corriente política y él me dijo yo necesito gente en la Revisoría Fiscal y respaldo político y él no lo tiene y claro esta (sic) que el respaldo que el estaba recibiendo era del sector Ospinista al cual pertenezco yo y la corriente Gustavista ..."

E. DECLARACION DEL SEÑOR JUAN NEPOMUCENO SUAREZ OLAYA

"La H. magistrada procede a interrogar al testigo en los siguientes término (sic). PREGUNTADO: Sírvase decir el testigo si conoce al demandante Pablo Antonio Guerrero González, desde cuándo lo conoce y por que (sic) lo conoce? CONTESTO: Sí conozco al señor Guerrero González hace aproximadamente quince años, trabajé con él en la Empresa de Teléfonos de Bogotá y soy amigo de la familia de él. PREGUNTADO: Tiene ud. conocimiento de la fecha en que fue elegido Revisor Fiscal de la Empresa de Teléfonos don Marco Alberto Caballero Matiz? CONTESTO: No recuerdo la fecha, en el año de 1982 me lo presentaron y ya estaba elegido en ese cargo. PREGUNTADO: Ud. recuerda si el señor Caballero retiro (sic) de la empresa a varios empleados? CONTESTO: Tengo entendido que sí botaron más personal en la Revisoría Fiscal, por ese entonces yo me encontraba retirado de la empresa por esa época en octubre de 1982 me invito (sic) Pablo Guerrero a almorzar (sic) para que lo acompañara en compañía del Dr. Revisor Fiscal el Dr. Caballero fuimos a un restaurante cerquita a la Empresa y Pablo Guerrero le pregunto (sic) que si eran ciertas las bolas que corrían que si lo iban a botar el Dr. Caballero contestó que dentro de la reestructuración de la Revisoría Fiscal ese cargo que pertenecía a Pablo Guerrero correspondía a una cuota del grupo Alvarista y que por lo tanto como él no pertenecía a ese grupo si se no buscaba la palanca tenía que buscar otro puesto aclaro desistir de el (sic). Lo acompañé nuevamente a donde el Dr. Hernández concejal en ese entonces y él le comentó lo que le podía suceder y el Dr. Hernández le contestó que iba a hablar con el Revisor Fiscal ha (sic) ver si él podía hacer alguna cosa al poco tiempo me lo volví a encontrar me comentó que ya lo habían sacado..."

F.- DECLARACION DEL SEÑOR JAIME ENRIQUE GOMEZ VELASQUEZ

"La H. magistrada procedió a interrogar al testigo en los siguientes términos: PREGUNTADO: Sírvase decir el testigo si conoce al demandante Pablo Antonio Guerrero González, desde cuándo lo conoce y por qué lo conoce? CONTESTO: Sí lo conozco desde hace más o menos unos diez años en razón de que laboramos en la misma empresa. PREGUNTADO: Sírvase decir el declarante lo que le conste acerca de la insubsistencia del demandante, decretada por el Revisor Fiscal de la Empresa de Teléfonos de Bogotá?. CONTESTO: A finales de noviembre de 1982 un grupo de trabajadores de la Revisoría Fiscal entre ellos el señor Pablo Guerrero se acercaron a las oficinas del sindicato de trabajadores de la Empresa de Teléfonos de Bogotá para manifestar que el doctor Marco Antonio (sic) Caballero , Revisor Fiscal de la empresa en esa época, los había declarado insubsistentes. La junta directiva del sindicato procedió a dirigirse a la oficina del Dr. Caballero y, una vez reunidos allí, el mencionado doctor nos manifestó que él tenía la orden de declarar insubsistentes a los empleados que en dicha Revisoría Fiscal no tuvieran el respaldo político del conservatismo alvarista, explicándonos a continuación, que ese era el acuerdo político a que había llegado en el Concejo de Bogotá. La organización sindical manifestó su inconformidad con la determinación del Dr. Caballero, inconformidad que hicimos pública mediante comunicados de prensa. PREGUNTADO: Era ud. miembro del Sindicato de la Empresa de Teléfonos de Bogotá en la época de los hechos? CONTESTO: Sí, ocupaba el cargo de fiscal..."

De las declaraciones anteriores se concluye que, en cuanto hace a los miembros de la Junta Directiva del sindicato, que ellos acudieron ante el Revisor Fiscal para saber los motivos de varias declaraciones de insubsistencia, entre ellas las del actor, y obtuvieron como respuesta que ello había sucedido por carecer de respaldo político, en el reparto burocrático en el Concejo Distrital de Bogotá.

En relación a las declaraciones de los señores Acosta Sánchez y Suárez Olaya, amigos del demandante, es necesario precisar, que por esa calidad tuvieron oportunidad de entrevistarse con el Revisor Fiscal -quien profirió el acto acusado- y enterarse de la declaratoria de insubsistencia aquí cuestionada y de las razones que la motivaron (fls. 79 y 81), coincidieron ambos en la versión dada por los demás declarantes.

8.- El a-quo atribuyó a los anteriores testimonios el valor de indicios, porque los miembros del sindicato "no precisaron cuándo tuvo lugar la tal reunión", encontrándolos vagos y contradictorios, cuando en realidad de ellos se infiere claramente, según lo aprecia la Sala, que el Revisor Fiscal esgrimió como único motivo de las declaraciones de insubsistencia -entre ellas la del actor- la "falta de respaldo político".

9. - Pero, hasta qué punto constituye "desviación de poder" esta inveterada práctica administrativa y burocrática que tanto ha afectado la eficiencia y bienandanza de la administración pública colombiana?

Acerca de este interrogante quepa recordar que, el inciso 5o. del artículo 62 de la Constitución anterior -precepto contenido en el inciso 5o. del artículo 125 de la Constitución de 1991-, sólo da luces para ver posibles "desviaciones de poder" en actos concernientes a los nombramientos, promociones o destituciones de empleos o cargos públicos cuando se tiene de presente la filiación política de los ciudadanos, cuando se trata de vincularlos a la carrera administrativa, y ya se ha visto que el demandante en el caso sub-júdice no se encontraba en esta situación. Es más, a nivel nacional, el decreto-ley 2400 de 1968 igualmente distingue entre los empleados que son de carrera de quienes no lo son, como sin mayores esfuerzos se deriva del texto del artículo 3o., predicándose de estos últimos que son de "libre nombramiento y remoción". De modo que, en este aspecto le asiste plena razón, aparentemente, a los argumentos que el opositor a la demanda hace sobre este tópico (fl. 116).

Es por ello que ha habido vacilaciones en considerar que las circunstancia político-partidista en los nombramientos y remociones de personal no vinculado a carrera es o no constitutiva de "desviación de poder", sobre todo en los empleos no enumerados en los literales a), b), c), d), e), y f) del segundo inciso del mencionado artículo 3o. del decreto-Ley 2400 de 1968, o sea de aquellos que en ningún caso podrían ser de carrera.

Pero, adicionalmente a lo anterior, se aduce que los actos que implican nombramientos y remociones en cargos eminentemente políticos, en los que lo administrativo en estricto sentido juega un papel secundario, en los que practicamente la discrecionalidad -el poder discrecional- se torna casi absoluta, descarta la posibilidad de que el juez contencioso-administrativo entre a contemplar una desviación de poder fundada en esa circunstancia. Y ello, porque, el arte del buen gobierno permite, en aras de las alternativas democráticas, que ciudadanos de los partidos o movimientos entren a regir la cosa pública y resulta normal, por así decirlo, que la afiliación a partido a grupo político incida en la emisión de esa clase de actos administrativos.

Dentro de esos parámetros, muchas veces se ha creído, que cuando se trata de empleados públicos no vinculados a carrera administrativa alguna, su desvinculación discrecional por factor partidista o grupista, lejos de ser contraria al criterio del buen servicio público, antes bien lo busca, porque excluye de la administración a aquellas personas que no comulguen con la colectividad, movimiento o grupo que domine la escena burocrática en determinado momento, para llamar a colaborar a sus posibles copartidarios o simpatizantes.

10. - Sin embargo, la Sala ha ido reexaminando y decantando la cuestión y ha hallado que ese criterio está lejos de satisfacer nociones ligadas al buen servicio y por el contrario, se acerca más a lo que ha de entenderse por "desviación de poder" como vicio de los actos administrativos en general y que adquiere mayor relievancia

tratándose de los discrecionales. Que se mantengan las concepciones que se han recordado en el acápite anterior para los cargos realmente políticos, porque hacen del individuo-empleado un cabal rector de la cosa pública, como son -se repite- los enumerados en el literal a) del citado segundo inciso del artículo 3o. del decreto-Ley 2400 de 1968 (Ministros de Despacho, Jefes de Departamentos Administrativos, Superintendentes, Secretarios Generales del Ministerio y Departamentos Administrativos, etc), es algo lógico y congruente, pero no así en cargos que en verdad son meramente administrativos -en el sub-lite Contador de la Revisoría Fiscal de la Empresa de Teléfonos- o que debieran ser de carrera.

De manera que si resulta en juicio contencioso administrativo suficientemente probado que la declaratoria de insubsistencia de un empleado público no vinculado a carrera, de un cargo carente de relievancia política como los enumerados a manera de ejemplo en el párrafo precedente, se debió a móviles eminentemente partidistas o grupistas, es de concluir que se alejó del fin del buen servicio público, que se presume guía a la administración al proferir actos administrativos en general y, especialmente, los denominados "discrecionales".

11.- La Sala, por consiguiente, en lo que atañe a este aspecto, revocará la sentencia recurrida. Y es apenas obvio que al revocarse el fallo recurrido, habrá de ordenarse al Revisor Fiscal de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, el reintegro del actor al cargo del cual se le desvinculó o a otro de igual o superior categoría, de manera que no signifique desmejoramiento en sus condiciones de trabajo, e igualmente, ha de disponerse que se le reconozcan y paguen todos los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, subsidios y demás complementos salariales dejados de percibir desde el primero de diciembre de 1982, hasta el día en que efectivamente sea reintegrado al servicio, así como habra de precisarse el descuento de todo ello lo que haya recibido del Tesoro Público en ese lapso, por semejantes rubros al tenor del artículo 64 de la Constitución anterior, hoy artículo 128 de la Constitución de 1991. También ha de pronunciarse favorablemente en cuanto hace a la otra petición atinente a que el tiempo que medie entre la fecha de la desvinculación y de reintegro del actor, se tenga como sin solución de continuidad para todos los efectos legalmente relievantes.

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 2 de octubre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en este asunto, y en su lugar, decídese:

PRIMERO: Declárese la nulidad de las resoluciones números 097 y 103 de noviembre 30 y diciembre 13 de 1982, en cuanto por ellas se declaró insubsistente el nombramiento del señor PABLO ANTONIO GUERRERO GONZALEZ del cargo de Contador de la Revisoría Fiscal de la Empresa de Teléfonos de Bogotá.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordénase a la Revisoría Fiscal de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, D. C., reincorporar al señor PABLO ANTONIO GUERRERO GONZALEZ al cargo de Contador de la Revisoría Fiscal, o a otro de igual o superior categoría y remuneración.

TERCERO: Igualmente, la Empresa de Teléfonos de Bogotá, D. C., reconocerá y pagará al señor PABLO ANTONIO GUERRERO GONZALEZ todo lo equivalente a sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, subsidios y demás complementos salariales dejados de devengar desde el 1o. de diciembre de 1982 hasta cuando se produzca su reintegro, -descontándose las sumas de dinero que haya recibido en ese mismo lapso, por conceptos laborales, del Tesoro Público-, y teniendo en cuenta los aumentos e incrementos que haya habido dentro de él.

CUARTO: Para la efectividad de la liquidación de lo anteriormente señalado, procédase como lo indica el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, reconociéndose de las cantidades líquidas que resulten los intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo, y moratorios después de este término.

QUINTO: Para todos los efectos legalmente relievantes, tiénese como sin solución de continuidad en el sevicio oficial el lapso que medie entre la fecha en que se produjo el retiro del señor PABLO ANTONIO GUERRERO GONZALEZ por causa de los actos declarados nulos y de la reincorporación al servicio.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y PUBLIQUESE ESTE FALLO EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 14 de julio de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Gaspar Caballero Sierra, Conjuez; *Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora,* Aclara el Voto; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SENTENCIA CONDENATORIA/DOBLE ASIGNACION DEL TESORO-Inexistencia/**DESCUENTO-**Improcedencia/**EMPLEADO PUBLICO-**Inexistencia/**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/ANALOGIA-**Improcedencia/ (Aclaración de Voto)

> **Las sumas a que se condena en la sentencia confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tiene el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del tesoro público sino que en verdad vienen a resarcir que el perjuicio del acto ilegal, declaro nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le reordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos: y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta manera no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas, y al haber 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 consagradas en esos términos en la ley.**

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

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

Referencia: Sentencia dictada el 4 de agosto de 1994 en el juicio No. 4939. Asuntos Municipales. Actor: Pablo Antonio Guerrero González.

Con el más profundo respeto por la oponión 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 revocar para acceder a las súplicas de la demanda se ordene el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra entidad oficial, para lo cual se invocan los artículos 64 de la Constitución Nacional de 1886 y el 128 de la actual.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia mencionada, 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 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 un asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios."**
>
> "La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibír 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 Decreto797 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 una 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 Contitución 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 contacto ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario y 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."

"Poque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca repara el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculo ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente en esa relación de servicio ..." (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca.) **(Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40.878, Ponente: H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R., marzo 11/87; de igual manera, en el exp. No. 29629, Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G., junio 5/84; en el exp. No. 35949, Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S. octubre 15/85; y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá.).**

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la nueva norma constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no pueda crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutiva de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

HOSPITAL SAN ROQUE

El hospital San Roque de Pradera, Valle, es un establecimiento descentralizado, autónomo con personería jurídica, según lo preceptúa el artículo 3o. del Acuerdo 10 de 1976. El Hospital San Roque, tuvo su origen por acto voluntario de particulares en cooperación del Concejo Municipal de la localidad. Es una entidad autónoma, descentralizada con la personería jurídica, según resolución 149 de junio 17 de 1949, y expedida por el Ministerio de Justicia, Dpto. Jurídico. La Institución posee un edificio, donde funciona la misma clínica del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, y terrenos adyacentes en proporción de una plaza, terrenos, estos donados por el Municipio.

EMPLEADO DEPARTAMENTAL/NORMA NACIONAL- Inaplicación

Como el actor prestaba sus servicios en una entidad territorial, su regimen salarial se rige por normas diferentes a las previstas en el Decreto Ley 1042 de 1978, estatuto de carácter salarial que fue expedido para regular exclusivamente las relaciones laborales y entre otras las de carácter salarial de los empleados públicos del orden nacional, con exclusión de los empleados públicos del nivel territorial.

EMPLEADO PUBLICO/CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO-Inaplicación

En cuanto al actor se refiere a violación de normas del Código Sustantivo del Trabajo conviene expresar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4o. del propio Código Sustantivo del Trabajo, las relaciones

laborales entre las entidades oficiales y sus empleados públicos, no se rigen por este Código.

JURISDICCION ROGADA

La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha dicho reiteradamente que esta jurisdicción es rogada, y por lo tanto debe examinar las súplicas de la demanda con fundamento exclusivo en las disposiciones invocadas en la demanda, y como en el presente caso ninguna de las normas señaladas en el libelo demandatorio consagran los derechos que el actor expresa que le confiere el derecho pedido, no podrán despachar favorablemente las súplicas de la demanda.

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

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 7449. Actor: Diego Benavides Londoño. Autoridades Departamentales.

DIEGO A. BENAVIDES LONDOÑO, solicita se declare la existencia del silencio administrativo negativo en que incurrió el Hospital Regional "San Roque" de Pradera (Valle), respecto de la solicitud de liquidación y pago de horas extras diurnas, nocturnas y horas laboradas en días festivos en dicho hospital, que prestó en su calidad de médico de medio tiempo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las súplicas de la demanda, por estimar que el actor no probó en el proceso que lleno la totalidad de los requisitos exigidos por el D.L. 1042 de 1978 para trabajar horas extras como es la autorización del Director del Centro Hospitalario.

El fallo luego de transcribir el artículo 36 del D.L. 1042 de 1978 y el artículo 14 de D. 90 de 1988, mediante el cual se modifica el anterior decreto, expresa:

> "Para nuestro colaborador Fiscal" tal autorización escrita tiene su trascendencia, pues el ordenador del gasto está regido, atado por decirlo con palabras comunes, al presupuesto de la institución. No puede ni ordenar labores y menos pagarlas, si no fueron previstas en el presupuesto de la intitución. Y en el caso sub-lite, no se acreditó tal autorización escrita por parte del Director de aquel Centro Hospitalario. Y los registros de control sobre consultas no satisfacen dichas exigencias legales."

EL RECURSO

El actor interpuso el recurso de apelación contra el anterior fallo, por estimar que debe tenerse en cuenta que de acuerdo con las pruebas que se aportaron al proceso quedó demostrado que el horario de trabajo le "fue impuesto por el Director del Hospital, de tal manera que aqui está la autorización de que habla la ley."

Agrega el recurrente:

> "2.- Si la sentencia (sic) igualmente que el médico no tenía derecho a percibir horas extras por cuanto su nivel dentro de la Entidad no le permitía gozar de este derecho, lo cual está alejado de la realidad pues el demandante durante su vinculación a la entidad nunca tuvo un cargo directivo ni nada semejante, se le nombró y así reposan las pruebas en el expediente."

El Ministerio Público, no rindió concepto.

CONSIDERACIONES

1) Fueron demandados y comparecieron al proceso, el Hospital San Roque de Pradera, Valle, establecimiento descentralizado, autónomo con personería jurídica, según lo preceptúa el artículo 3o. del Acuerdo 10 de 1976 y el Departamento del Valle.

Sobre la naturaleza jurídica del Hospital demandado, textualmente expresa el artículo 3o. del Acuerdo No. 10 de 1976:

> "El Hospital San Roque, tuvo su origen por acto voluntario de particulares **en cooperación del Concejo Municipal** de la localidad. Es una Entidad autónoma, descentralizada con la **personería jurídica**, según resolución No. 149 de junio 17 de 1949, y expedida por el Ministerio de Justicia, Dpto. Jurídico. La Institución posee un edificio, donde funciona la misma clínica del Intituto Colombiano de Seguros Sociales, y terrenos adyacentes en proporción de una plaza, terrenos, estos donados por el Municipio según escritura pública No. 210 de la Notaría 3a. del circuito de Pradera. (folios 15,18 y 19)".

2) Como el actor prestaba sus servicios en una entidad territorial, su régimen salarial se rige por normas diferentes a las previstas en el D.L. 1042 de 1978, estatuto de carácter salarial que fue expedido para regular exclusivamente las relaciones laborales y entre otras las de carácter salarial de los empleados públicos del orden nacional, con exclusión de los empleados públicos del nivel territorial.

Textualmente expresa el artículo 1o. de este decreto lo siguiente:

> **"DEL CAMPO DE APLICACION.** El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente decreto regirá para los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias,

Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante" (Se subraya).

Como puede observarse, la norma no rige las relaciones de carácter salarial entre las administraciones territoriales y los empleados públicos Municipales y Departamentales.

3) Examinada la demanda se observa que el actor invocó como normas violadas exclusivamente, la Constitución Política, los artículos 36 a 39 del D.L. 1042 de 1978, y los artículos 158, 159,177,179,181 y 183 del Código Sustantivo del Trabajo, el Código Civil y la Ley 53 de 1887.(fl. 38 y 39). Textualmente dijo el actor:

"Como normas violadas cito los art. 45, 16, 17, 22, 31, 30 de nuestra Constitución Nacional. Especialmente se violaron las normas contenidas en los artículos 36, 37 y 38 del Decretoextraordinario 1042 de 1978 que regulan la retribución del trabajo suplementario. En estas normas se define el trabajo en horas extras como aquel que se presta en horas diferentes de la jornada ordinaria de labor, se estipula en las mismas que este trabajo extra sólo puede ser autorizado por el Jefe de la Unidad, precisamente en el presente caso tenemos que el actor fue contratado para laborar por medio tiempo o sea 22 horas, y por ORDEN DEL DIRECTOR DEL HOSPITAL se vio precisado a laborar semanalmente más de 24 horas extras, y más de 24 horas ordinarias en días festivos."

4) En cuanto el actor se refiere a violación de normas del Código Sustantivo del Trabajo conviene expresar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4o. del propio Código Sustantivo del Trabajo, las relaciones laborales entre las entidades oficiales y sus empleados públicos, no se rigen por este código.

Textualmente expresa esta disposición:

"**Trabajadores oficiales.** No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de 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 éstos en las misma forma."

5) Como puede observarse, el actor no invocó como normas violadas ninguna de aquellas que contiene la ley sustancial aplicable en materia salarial a los empleados públicos territoriales como lo es el actor.

6) La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha dicho reiteradamente que esta jurisdicción es rogada, y por lo tanto debe examinar las súplicas de la demanda con fundamento exclusivo en las disposiciones invocadas en la demanda, y como en el presente caso ninguna de las normas señaladas en el libelo demandatorio consagran los

derechos que el actor expresa que le confiere el derecho pedido, no podrán despachar favorablemente las súplicas de la demanda.

7) Sobre el carácter de rogada de esta jurisdicción la Sala se ha pronunciado en fallos de 25 de marzo de 1993, exp. 5304, 18 de mayo de 1993, exp. 989 y de 3 de junio de 1993, exp. 5128, entre otros.

Por consiguiente, como no le es dable al juzgador pronunciarse sobre cuestiones que concretamente no le han sido sometidas a su consideración en la demanda, como sería el pronunciarse sobre la violación de normas legales distintas a las expuestas en el libelo, la Sala confirma el fallo apelado, pero por las razones aquí expuestas.

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 5 de agosto de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en demanda promovida por DIEGO BENAVIDES LONDOÑO, y mediante el cual se denegaron las súplicas de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motivada de esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE, Y UNA VEZ EJECUTORIADA, DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión veintiuno (21) de julio 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.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial sobre jurisdicción rogada. Sentencia de 25 de marzo de 1993, Exp. 5304, 18 de mayo de 1993, Exp. 989 y 3 de junio de 1993, Exp. 5128.

MESADA ADICIONAL-Beneficiarios/**PENSIONADOS POR VEJEZ** -Limitaciones/**PENSIONADOS DE ENTIDADES DEL ORDEN NACIONAL/POTESTAD REGLAMENTARIA**-Extralimitaciones/**SUSPENSION PROVISIONAL**

De la lectura del inciso 1 del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, el designio de establecer el derecho de una suma de treinta días de la pensión respectiva, adicional, para cancelarla con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de junio de 1994. Este derecho se repite, beneficia a todos los pensionados incluyendo a los sobrevivientes. Así mismo, el inciso 2 del citado artículo postergó a los pensionados por vejez del orden nacional este derecho, para percibirlo a partir de junio de 1996, pero a condición de que fueran beneficiarios del reajuste dispuesto por el Decreto2108 de 1992. A su vez, el reglamento reproduce en el inciso 1 del art. 43 el texto del inciso 1 de la Ley 100 de 1993, pero en el segundo, en lugar de restringir el aplazamiento del derecho al disfrute de la mesada adicional del mes de junio a "los pensionados por vejez del orden nacional" lo hizo extensivo diciendo que "los pensionados de entidades del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados por el Decreto2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los 30 días de mesada adicional a partir de junio de 1996".

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

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 10223. Decretos del Gobierno. Actor: Fernando Hoyos Navarro.

El ciudadano **Fernando Hoyos Navarro** ha formulado demanda de nulidad del *artículo 43 del Decreto Reglamentario No. 692 de 29 de marzo de 1994*, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993.

Como la demanda reúne los requisitos formales habrá de admitirse y para su trámite SE DISPONE:

1o.) Notifíquese personalmente el auto admisorio al **Procurador delegado ante esta Corporación**, así como tambien al señor **Ministro de Trabajo y Seguridad Social.**

2o.) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para su contestación y demás efectos pertinentes.

SUSPENSION PROVISIONAL

En el escrito visible a folios 1-4 se solicita la suspensión provisional con base en los siguientes argumentos:

El congreso de la República de Colombia dictó la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones:

Esta ley, en el *artículo 142*, establece una mesada adicional para los actuales pensionados.

El Gobierno Nacional en uso de la potestad reglamentaria, dictó el *Decreto No. 692 de 29 de marzo de 1994*, por el cual reglamenta parcialmente la Ley 100 y en su artículo 43, ahora demandado, con exceso en su potestad reglamentaria, modifica sustancialmente el *artículo 142 de la Ley 100 de 1993,* lesionando así los intereses de los pensionados por jubilación, invalidez y sobrevivientes.

CONCEPTO DE LA VIOLACION

De conformidad con lo previsto en el artículo *142 de la Ley 100 de 1993,* los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, cuyas pensiones se hubieran causado y reconocido antes del 1o. de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional, junto con la mensualidad del mes de junio, a partir del mes de junio de 1994 con la única excepción que consagra el inciso segundo (2o.), o sea los pensionados por vejez del orden nacional que se hubieren beneficiado con los reajustes ordenados por el *Decreto 2108 de 1992.*

Pero el *Decreto Reglamentario No. 692 de 29 de marzo de 1994,* modifica sustancialmente la disposición en comento, ya que establece que los pensionados de entidades de orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el *Decreto No. 2108 de 1992,* recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesa adicional sólo a partir de 1996.

CONSIDERACIONES

El *artículo 152 del C.C.A. (modificado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989),* tratándose de la acción de nulidad propuesta, exige para la viabilidad de la suspensión que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas.

Como es sabido, la suspensión provisonal, es una medida que sólo se decreta cuando de un simple cotejo entre lo acusado y lo que se dice infringido resulta una violación evidente, notoria, palmaria y ostensible. Si de este cotejo deviene, sin nigún esfuerzo la contradicción, prosperará la suspensión provisional; en caso contrario, estará llamada a fracasar.

En este evento no le es dado al juzgador entrar en el análisis de situaciones de hécho que arrojen la contradicción mencionada de manera inequívoca; su decisión ha de basarse exclusivamente en lo que resulte de comparar los dos extremos de la controversia, la norma transgredida y la providencia transgresora.

En el **sub-examine** la disposición que se invoca como violada es el *artículo 142 de la Ley 100 de 1993,* y la violatoria el *Decreto Reglamentario No. 692 de 1994,* por exceder la facultad reglamentaria.

El *artículo 142 de la Ley 100 de 1993*, preceptúa:

"ARTICULO 142.- *Mesada Adicional para Actuales Pensionados.*

Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o.) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treintea (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

PARAGRAFO.- Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

El artículo 43 del Decreto 692 de marzo de 1994 por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993, dispone:

"ARTICULO 43o. Mesada Adicional.

Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez o sobravivientes, de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus ordenes y el sector privado y el ISS, así como los retirados y pensionados de las fuerzas militares y de la policía nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1o. de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados de entidades del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinte (30) días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996. Cuando alguna entidad territorial ya viniere cancelando esta mesada adicional, se entenderá cumplida la obligación que establece este artículo. Cuando se estuviere cancelando pero en menor cuantía, se deberá proceder al respectivo reajuste para dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo.

PARAGRAFO 1.- Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual. En los casos de pensiones de pago compartido, la mesada adicional se cubrirá por el ISS y el empleador en proporción a la cuota parte que éste a su cargo, siempre que el empleador haya reconocido la pensión de jubilación con anterioridad al año 1988.

PARAGRAFO 2.- De conformidad con lo previsto en el artículo 279 la Ley 100 de 1993, a los pensionados de ECOPETROL no les es aplicable el reajuste previsto en este artículo, por haber sido excluídos del sistema de seguridad social integral".

Se concluye de la lectura del inciso primero del *artículo 142 de la Ley 100 de 1993*, el disgnio de establecer el derecho a una suma de treinte (30) días de la pensión respectiva, adicional, para cancelarla con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de junio de 1994.

Este derecho, -se repite-, beneficia a todos los pensionados incluyendo a los sobrevivientes. Así mismo, el *inciso segundo* del citado artículo postergó a los pensionados por vejez del orden nacional este derecho, para percibirlo a partir de junio de 1996, pero a condición de que fueran beneficiarios del reajuste dispuesto por el *Decreto 2108 de 1992.*

A su vez, el reglamento reproduce en el inciso primero del *artículo 43* el texto del *inciso primero de la Ley 100 de 1993,* pero en el segundo, en lugar de restringir

el aplazamiento del derecho al disfrute de la mesada adicional del mes de junio a **"los pensionados por vejez del orden nacional"** lo hizo extensivo diciendo que **" los pensionados de entidades de orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados por el Decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinte (30) días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996 ...".**

Hay entonces, una evidente transgresión de la potestad reglamentaria puesto que amplió la excepción, modificando la voluntad del legislador.

Ciertamente, con esa redacción resultan afectados todos los pensionados de entidades del orden nacional que disfrutan pensiones diferentes a las de vejez; esto es, que lo que en la ley era una situación específica, de excepción, se torna genérica en el reglamento mencionado.

En ese orden de ideas, ***prima facie*** se observa la violación de la norma superior *(Ley 100 de 1993),* y por consiguiente es incuestionable que la medida provisoria tiene vocación de prosperidad.

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

RESUELVE:

Decrétase la suspensión provisional de la frase del inciso segundo *del artículo 43 del Decreto 692 de 1994,* que dice:

> "Los pensionados de entidades del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta (30) días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.",

En cuanto incluye personas diferentes a "los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto 2108 de 1992."

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en su reunión del día 27 de julio de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente, Salva Voto; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro,* Salva Voto; *Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

MESADA ADICIONAL-Beneficiarios/**SUSPENSION PROVISIONAL**-Improcedencia (Salvamento de Voto)

El inciso 2o. de los arts. 142 de la Ley 100 de 1993 y 43 del Decreto 692 de 1994, se refieren al reconocimiento y pago de una mesada adicional para pensionados beneficiados de los reajustes ordenados por el Decreto 2108 de 1992. Es decir, que en últimas para determinar qué pensionados recibirán la mesada sólo a partir de 1996, tendrán que acudirse al Decreto 2108 de 1992. Así las cosas, la diferencia encontrada por el actor con respecto al tipo de pensionado señalado para recibir la mesada adicional desde el mes de junio de 1996, por sí sola no es determinante de flagrante infracción, ya que para la correcta interpretación de la norma acusada, necesariamente deberá acudirse al Decreto 2108 de 1992 y sólo a través de este estudio que es propio de la sentencia, podrá establecer si hubo exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de ogotá, D.C., agosto once (11) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto de las *Doctoras Dolly Pedraza de Arenas y Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 10223. Decretos del Gobierno. Actor: Fernando Hoyos Navarro.

Respetuosamente expresamos que la razón para votar la ponencia negativamente radica en que el inciso 2o. de los artículos 142 de la Ley 100 de 1993 y 43 del Decreto

692 de 1994, se refieren al reconocimiento y pago de una mesada adicional para pensionados beneficiarios de los reajustes ordenados por el Decreto 2108 de 1992. Es decir, que en últimas para determinar qué pensionados recibirán la mesada en mención sólo a partir de 1996, tendrán que acudirse al Decreto 2108 de 1992.

Así las cosas, la diferencia encontrada por el actor con respecto al tipo de pensionado señalado para recibir la mesada adicional desde el mes de junio de 1996, por sí sola no es determinante de flagrante infracción, ya que para la correcta interpretación de la norma acusada, necesariamente deberá acudirse al Decreto 2108 de 1992 y sólo a través de ese estudio que es propio de la sentencia, podrá establecerse si hubo exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Para decretar la suspensión provisional se requiere que la infracción resulte ostentible de la simple confrontación de normas, sin acudir a otros preceptos que determinen su alcance.

Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

ACCION DE NULIDAD/ACTO ADMINISTRATIVO-Causales de nulidad/ **CIRCULAR**

Por expreso mandato del artículo 84, inciso segundo, del C.C.A., subrogado posteriormente por el artículo 14 del Decreto Ley 2304 de 1989, los actos administrativos son nulos no sólo cuando infrinjan las normas a las que deben estar sujetos, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o estén falsamente motivados, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera. Así mismo, es sabido que puede pedirse la nulidad de las circulares y de los actos de certificación y registro. DECLARA LA NULIDAD DEL APARTE DEL LITERAL C) DE LA CIRCULAR D.C. 002233 DE SEPTIEMBRE 22 DE 1992, EXPEDIDA POR LA DIRECTORA GENERAL DEL I.S.S.

ISS-Servidores/**FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL**-Derechos/ **TURNOS/EMPLEADOS PUBLICOS/DOMINICALES Y FESTIVOS**-Liquidación **/DIA COMPENSATORIO**

Del artículo 14 del Decreto 1652 de 1977, del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, y en especial de lo preceptuado en el artículo 2o. del Decreto 0186 de 1987, se desprende sin lugar a equívocos que las personas que prestan sus servicios en el Instituto de Seguros Sociales que deban laborar habitual y en forma permanente en dominicales y festivos tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor del día de trabajo por cada dominical o festivo laborado en el mes

completo. Es este orden de ideas, la norma establece que la remuneración por el dominical también debe incluir la que devenga de manera ordinaria el trabajador del I.S.S.. Obsérvese cómo en la norma se dice que quien labora en dominicales y festivos, tendrá derecho a la retribución ordinaria y además, a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute del compensatorio en otro día, pero igualmente remunerado. DECLARA LA NULIDAD DEL APARTE DEL LITERAL C) DE LA CIRCULAR D.C. 002233 DE SEPTIEMBRE 22 DE 1992, EXPEDIDA POR LA DIRECTORA GENERAL DEL I.S.S.

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

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 8549. Autoridades Nacionales. Actor: Orlando José Retamozo Rodríguez.

Procede la Sala a decidir la demanda que en acción de nulidad interpuso el ciudadano Orlando José Retamozo Rodríguez contra la *circular No. 002233 de 22 de septiembre de 1992,* expedida por la Directora General del Instituto de Seguros Sociales, en el aparte que dice: "Es entendido que en el sueldo mensual queda comprendido, tanto el pago sencillo del trabajo en domingo o festivo por formar parte de la jornada ordinaria, así como el disfrute del día compensatorio, adeudándose únicamente el 10% correspondiente a la labor ejecutada en tales días. ...Del literal C) de la circular D:C. No. 002233 de septiembre 22 de 1992".

LA DEMANDA

En el escrito correspondiente (fls. 4-9) se pidió la nulidad del acto mencionado.

Como hechos que fundamentan estas pretensiones se dice que como claramente lo ordena el a*rtículo 2 del Decreto Ley 186 de 1987, el I.S.S.* venía cancelando a los trabajadores que habitualmente laboraban en sus instalaciones en días de descanso obligatorio, el tiempo laborado más el recargo del ciento por ciento (100%) por el tiempo laborado efectivamente, más el disfrute de un tiempo igual dentro de su propia jornada de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria por haber laborado el mes completo, esto es, sin ausencias injustificadas. Sin embargo, a partir del mes de marzo de 1993, el Instituto dio a conocer de las Seccionales el acto acusado y decidió aplicarlo, reconociendo en tales casos únicamente el recargo por el tiempo laborado y concediendo el compensatorio por fuera del número de horas contratadas.

La suspensión provisional que se solicitó fue decretada mediante auto de fecha octubre 8 de 1993 (fls. 11-17), contra el que la parte demandada interpuso recurso de reposición, (fls. 37-39), resultó en forma negativa en auto de fecha 28 de febrero de 1994, tal como se observa a folio 46 y siguientes.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Instituto de Seguros Sociales dio contestación al libelo demandatorio (Fls. 53-56), oponiendose a todas las pretensiones y en especial a que se declare la nulidad del *literal c) de la circular D.C. No. 002233 del 22 de septiembre de 1992,* por estar expedida conforme a derecho y de acuerdo con la ley.

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación presentó alegato de conclusión (Fls. 78-82) para evidenciar la transgresión a la normatividad del *Decreto 186 de 1987* citado en el libelo demandatorio, y por tal razón considera que se debe declarar la nulidad impetrada.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala pasa a resolver previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Por expreso mandato del *artículo 84*, inciso segundo, del C.C.A., subrogado posteriormente por el *artículo 14 del Decreto de Ley 2304 de 1989*, los actos administrativos son nulos no sólo cuando infrinjan las normas a las que deben estar sujetos, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o estén falsamente motivados, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera. Así mismo, es sabido que puede pedirse la nulidad de las circulares y de los actos de certificación y registro.

En el caso de autos, el actor en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, demandó al Instituto de los Seguros Sociales, y solicitó de esta jurisdicción la declaración de nulidad *del literal c) de la Circular D.G. No. 002233 del 22 de septiembre de 1992*, expedida por la Directora del Instituto, que reglamenta internamente la jornada ordinaria laboral y trabajo en domingos y festivos.

Dice así el *literal c)* del acto, cuya nulidad se solicita:

> *"...Es entendido que en el sueldo mensual queda comprendido, tanto el pago sencillo del trabajo en domingo o festivo por formar parte de la jornada ordinaria, así como el disfrute del día compensatorio, adeudándose únicamente, el 100% correspondiente a la labor ejecutada en tales días.*
>
> *EJEMPLO:Un funcionario devenga un sueldo mensual de $300.000.oo ($10.000.oo diarios) -Trabaja habitualmente y dentro de la jornada ordinaria, tres (3) domingos. Le corresponde la siguiente remuneración:*
>
> *Sueldo por laborar la jornada ordinaria completa incluído el valor de los descansos: $300.000.oo*

Valor del recargo de los tres domingos trabajados (el trabajo sencillo en los mismos queda incluído en el sueldo porque forma parte de la jornada ordinaria laboral: $30.000.oo

Valor Total remuneración mensual: $330.000.oo

El *Decreto 1652 de 1977*, por el cual se determina el sistema especial de clasificación y remuneración correspondiente a las distintas categorías de cargos del Instituto de Seguros Sociales, *artículo 14*, preceptúa:

"De los dominicales y festivos.- Los funcionarios de seguridad social que laboren en días dominicales o feriados, tendrán derecho al descanso compensatorio y al recargo contemplado en el Código Sustantivo del Trabajo, sobre trabajo dominical y festivo."

El Decreto 1042 de 1978, artículo 39, establece:

"Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo, deban laborar habitual y permanentemente, los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos."

Por último el *artículo 2o. Decreto 0186 de 1987* consagra:

"DEL TRABAJO ORDINARIO EN DOMINICALES Y FESTIVOS. En los mismos términos de lo establecido para los empleados públicos en el Decreto 1042 de 1978, artículo 39, sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten el servicio por el sistema de turnos, los servidores del Instituto de Seguros Sociales, que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales y festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un (1) día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un (1) día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el empleado por haber laborado el mes completo.

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual".

De las anteriores normas reseñadas, y en especial de lo preceptuado en el *artículo 2o. del Decreto 0186 de 1987*, se desprende sin lugar a equívocos que las personas que prestan sus servicios en el Instituto de Seguros Sociales que deban laboral habitual y en forma permanente en dominicales y festivos tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor del día de trabajo por cada dominical o festivo laborado en el mes completo.

En este orden de ideas, la norma establece que la remuneración por el dominical también debe incluir la que devenga de manera ordinaria el trabajador del I.S.S.

Obsérvese cómo en la norma se dice que quien labora en dominicales y festivos, tendrán derecho a la retribución ordinaria y además, a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute del compensatorio en otro día, pero igualmente remunerado.

Del acto acusado -que lo constituye el *aparte c)* de la *circular No. 002233 de 22 de septiembre de 1992* (fld. 1-3)- se desprende una situación diferente a la plasmada en el *Decreto 086 de 1987* para efectos de la liquidación de la remuneración a que tiene derecho el empleado que haya laborado el dominical o festivo. Por ello, a título de conclusión dirá la Sala que de acuerdo con el *artículo 2o. del Decreto 086 de 1987*, la remuneración por laborar un dominical o festivo en el I.S.S. equivale a tres remuneraciones ordinarias, mientras que de conformida con la *Circular 002233 de 22 de septiembre de 1992* esta remuneración equivale solamente a dos retribuciones diarias, inferior a la que expresamente se estableció en el decreto tantas veces mencionado.

Así las cosas, como es manifiesta la transgresión del precepto acusado, es evidente que las súplicas del libelo demandatorio 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:

Declárese la nulidad de la parte del *literal c) de la Circular D.C. No. 002233 de septiembre 22 de 1992*, expedida por la Directora General del I.S.S., que reza:

> *"Es entendido que en el sueldo mensual queda comprendido, tanto el pago sencillo del trabajo en domingo o festivo por formar parte de la jornada ordinaria, así como el disfrute del día compensatorio, adeudándose únicamente, el 100% correspondiente a la labor ejecutada en tales días.*
>
> *EJEMPLO: Un funcionario devenga un sueldo mensual de $300.000 ($10.000.oo diarios) -trabaja habitualmente dentro de la jornada ordinaria, tres (3) domingos-. Le corresponde la siguiente remuneración:*

Sueldo por laborar jornada ordinaria completa incluído el valor de los decansos $300.000.oo.

Valor del recargo de los 3 domingos trabajados (el trabajo sencillo en los mismos queda incluído en el sueldo porque forma parte de la jornada ordinaria laboral) ...$30.000.oo.

Valor total de la remuneración mensual $330.000.oo."

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. PUBLIQUESE EN LOS "ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO".

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en su reunión del día 27 de julio de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz,* Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUSTITUCION PENSIONAL VITALICIA-Beneficiarios/**CONYUGUE SOBREVIVIENTE**

Para el día del deceso de la pensionada y naturalmente para la fecha de los actos acusados en este proceso, el legislador había extendido en forma vitalicia la sustitución pensional al cónyugue sobreviviente, tanto al hombre como a la mujer que ostentan dicha calidad recíprocamente, mediante la expedición de la Ley 12 de 1975, que modificó lo prevenido en el art. 1 de la Ley 33 de 1973 para extender dicho derecho por igual sin discriminar por razones de sexo.

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

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 6027. Autoridades Nacionales. Actor: Cupertino González Villamarín

Se resuelve el grado jurisdiccional de consulta respecto a la sentencia del 19 de junio de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso promovido por -CUPERTINO GONZALEZ VILLAMARIN contra las resoluciones 03996 del 25 de abril de 1983 y la No. 1978 del 5 de julio de 1983 emanadas de la Caja Nacional de Previsión Social.

ANTECEDENTES

Los actos acusados reconocieron al demandante el derecho a sustituir la pensión de invalidez de Lilia Vargas de González, su esposa, únicamente por el lapso de 5 años,

que en la vía gubernativala entidad de Previsión no reconoció extender vitaliciamente, por lo cual apreció que se violó la Ley 12 de 1975 que estableció la sustitución pensional al cónyuge *supérstite* dentro de las limitaciones contenidas en ella. Por ello pidió declarar la nulidad de los actos y a título de restablecimiento del derecho dos súplicas subsidiarias, además de la condena al pago de "intereses sobre la obligación principal, desde que se hizo exigible hasta cuando se produzca su cancelación".(fl. 4).

La Caja Nacional de Previsión Social al momento de alegar en la primera instancia se opuso a las pretensiones, por que adujo de los antecedentes tanto de la Ley 33 de 1973 como la Ley 12 de 1975, tal como lo autoriza el artículo 27 del Código Civil, que la intención del congreso fue "brindarles a las viudas la sustitución pensional no figurando ni estableciendose (sic) con exactitud una sustitución vitalicia para el viudo, de donde se deduce que los jueces no pueden y sólo le competen a él legislar de acuerdo con las necesidades actuales" (fl. 45-46).

El concepto del Ministerio Público favorable al demandante, evidencia cómo a Lilia Vargas de González mediante la resolución 3550 de 1979 la Caja Nacional de Previsión le había reconocido una pensión de invalidez, la cual no se notificó por fallecimiento de la beneficiaria, originándose de inmediato el derecho de sustituir la pensión en forma vitalicia a su esposo CUPERTINO GONZALEZ VILLAMARIN, es incuestionable que las peticiones de la demanda están llamadas a prosperar, en aplicación a la Ley 12 de 1975, que abolió la discriminación entre hombre y mujer al respecto (fls. 49-55).

En la sentencia consultada el Tribunal Administrativo reconoce como hecho cierto el estado pensional por invalidez de Lilia Vargas de González según la resolución 3550 del 27 de agosto de 1979 (folio 23 de los antecedentes administrativos) quien falleció el 4 de enero de 1979 (folio 35 loc. cit.), por lo cual su conyuge supérstite, el demandante en este proceso, y su hija obtuvieron la sustitución por cinco años el primero de acuerdo con la Resolución 3996 de 25 de abril de 1993, que no se modificó con la 1978 del 5 de julio siguiente, y la descendiente dentro de las condiciones de escolaridad o hasta el 27 de marzo de 1988; por lo cual, de consumo con la legalidad aplicable, para el evento la Ley 12 de 1975, accedió a lo pedido respecto del actor, es decir a la sustitución vitalicia, en cuantía no inferior al salario mínimo, pero no a los intereses deprecados, y sin desmedro de los derechos de la hija que no demandó (fl. 66).

Sin alegaciones de las partes actora y demandante y con la intervención del Ministerio Público, que opina debe confirmarse la sentencia (fls. 72-79), se ha surtido el trámite que culmina esta sentencia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

A la luz de las normas vigentes al momento del deceso de la persona pensionada, es decir para el 4 de enero de 1979, resultaba para la entidad demandada, como se colige de la resolución 3996 del 25 de abril de 1983, que se ha de asumir presuntamente

legítima, indiscutible el derecho de Cupertino González Villamarín, como cónyuge *supérstite* de la pensionista, sin reparar en su calidad de vuido, como lo adujo la Caja a lo largo de este proceso, como indebatible el derecho de la descendiente huérfana, el cual no es materia de este proceso. Por los actos de la entidad de Previsión lo rebatible resulta ser respecto del esposo sobreviviente, el plazo dentro del cual gozaría del derecho: un quinquenio y no en forma vitalicia, como aquél lo pretende.

En dicho contexto, ya para el día del deceso de la pensionada y naturalmente para la fecha de los actos acusados en este proceso, el legislador había extendido en forma vitalicia la sustitución pensional al cónyuge sobreviviente, tanto al hombre como a la mujer que ostentan dicha calidad recíprocamente, mediante la expedición de la Ley 12 de 1975, que modificó lo prevenido en el artículo 1o. de la Ley 33 de 1973 para extender dicho derecho por igual sin discriminar por razones de sexo. Por tanto, la sentencia que se consulta se ajusta a las normas que rigen la materia al disponer el reconocimiento y pago de la sustitución vitalicia al demandante en suma igual al salario mínimo vigente, y se le confirmará.

Y como la consulta se eleva en interés de la entidad, las absoluciones de las restantes condenas de que fuera objeto resultan intangibles para la Sala, a más de no haber sido discutidas por el interesado, por lo cual se mantendrán.

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 diecinueve (19) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de CUPERTINO GONZALEZ VILLAMARIN.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión del día 21 de julio 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.

CONTRALOR DEPARTAMENTAL-Funciones/**CODIGO FISCAL DEPARTAMENTAL-**Cumplimiento/**SANCION DISCIPLINARIA/PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION/ADJUDICACION DE CONTRATO-**Irregularidad

Según el artículo 435 literal c), subliteral a) del Código Fiscal del Departamento de Cundinamarca, expedido por medio de la Ordenanza No. 24 de 1977, en el cual se basó la Procuraduría para sancionar al demandante, son funciones del contralor General del Departamento, en relación con la adquisición y enajenación de bienes muebles e inmuebles,"Vigilar el cumplimiento de todas las formalidades prescritas sobre esta materia en el presente Código, especialmente las relacionadas con las licitaciones y subastas, y aprobar las notas de pedido para compras que por razón de la cuantía no exijan tales requisitos. La Sala, en contra de lo sostenido por la Procuraduría General de la Nación encuentra que fue él quien obró correctamente, ante tan evidentes equivocaciones del Gobernador y de la Junta Directiva, quienes se empeñaban en "ratificar" una adjudicación que nunca existió, porque en ninguna parte consta que sometida nuevamente a consideración, hubiera obtenido siquiera 6 votos. Lo anterior es suficiente para concluir que la Procuraduría General de la Nación infringió las disposiciones invocadas en la demanda, al sancionar al actor por supuesto incumplimiento de sus funciones, cuando lo que hizo fue advertir irregularidades que eran evidentes en la adjudicación de un contrato.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogota, D.C., cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

legítima, indiscutible el derecho de Cupertino González Villamarín, como cónyuge *supérstite* de la pensionista, sin reparar en su calidad de vuido, como lo adujo la Caja a lo largo de este proceso, como indebatible el derecho de la descendiente huérfana, el cual no es materia de este proceso. Por los actos de la entidad de Previsión lo rebatible resulta ser respecto del esposo sobreviviente, el plazo dentro del cual gozaría del derecho: un quinquenio y no en forma vitalicia, como aquél lo pretende.

En dicho contexto, ya para el día del deceso de la pensionada y naturalmente para la fecha de los actos acusados en este proceso, el legislador había extendido en forma vitalicia la sustitución pensional al cónyuge sobreviviente, tanto al hombre como a la mujer que ostentan dicha calidad recíprocamente, mediante la expedición de la Ley 12 de 1975, que modificó lo prevenido en el artículo 1o. de la Ley 33 de 1973 para extender dicho derecho por igual sin discriminar por razones de sexo. Por tanto, la sentencia que se consulta se ajusta a las normas que rigen la materia al disponer el reconocimiento y pago de la sustitución vitalicia al demandante en suma igual al salario mínimo vigente, y se le confirmará.

Y como la consulta se eleva en interés de la entidad, las absoluciones de las restantes condenas de que fuera objeto resultan intangibles para la Sala, a más de no haber sido discutidas por el interesado, por lo cual se mantendrán.

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 diecinueve (19) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de CUPERTINO GONZALEZ VILLAMARIN.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión del día 21 de julio 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.

CONTRALOR DEPARTAMENTAL-Funciones/**CODIGO FISCAL DEPARTAMENTAL**-Cumplimiento/**SANCION DISCIPLINARIA/PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION/ADJUDICACION DE CONTRATO**-Irregularidad

Según el artículo 435 literal c), subliteral a) del Código Fiscal del Departamento de Cundinamarca, expedido por medio de la Ordenanza No. 24 de 1977, en el cual se basó la Procuraduría para sancionar al demandante, son funciones del contralor General del Departamento, en relación con la adquisición y enajenación de bienes muebles e inmuebles,"Vigilar el cumplimiento de todas las formalidades prescritas sobre esta materia en el presente Código, especialmente las relacionadas con las licitaciones y subastas, y aprobar las notas de pedido para compras que por razón de la cuantía no exijan tales requisitos. La Sala, en contra de lo sostenido por la Procuraduría General de la Nación encuentra que fue él quien obró correctamente, ante tan evidentes equivocaciones del Gobernador y de la Junta Directiva, quienes se empeñaban en "ratificar" una adjudicación que nunca existió, porque en ninguna parte consta que sometida nuevamente a consideración, hubiera obtenido siquiera 6 votos. Lo anterior es suficiente para concluir que la Procuraduría General de la Nación infringió las disposiciones invocadas en la demanda, al sancionar al actor por supuesto incumplimiento de sus funciones, cuando lo que hizo fue advertir irregularidades que eran evidentes en la adjudicación de un contrato.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogota, D.C., cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4666. Autoridades Nacionales. Actor: Rafael Corrales Ramírez.

El doctor Rafael Corrales Ramírez, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó ante esta Corporación la nulidad de las providencias fechadas el 21 de junio de 1988 y el 26 de abril de 1989, proferidas en su orden por la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa y por el Procurador General de la Nación, mediante las cuales, en su carácter de Contralor General del Departamento de Cundinamarca, se le sancionó disciplinariamente con amonestación escrita con anotación en la hoja de vida.

HECHOS

Expone el demandante que fue elegido por la Asamblea Departamental de Cundinamarca como Contralor General de ese Departamento para los períodos que comenzaron el 1o. de junio de 1981, 1o. de julio de 1983 y 1o. de julio de 1985, cargo que desempeñó hasta el 22 de julio de 1986, fecha en que, a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, fue removido de él.

El 21 de mayo de 1985, de conformidad con lo dispuesto en el literal c), subliteral e) del artículo 435 del Código Fiscal del Departamento de Cundinamarca, le fue enviado para su revisión fiscal, el contrato que con base en la licitación pública No. 001 de 1984 celebró la Lotería de Cundinamarca con la firma Metal Madera "INMEMA LTDA." para la adquisición de pupitres, el cual se abstuvo de refrendar en razón de que cuando fue sometida su adjudicación a la Junta Directiva de esa entidad, la firma contratista no obtuvo los votos requeridos al efecto, pues de los diez (10) miembros de la Corporación, solamente cuatro (4) votaron a su favor, uno (1) votó por el Grupo Industrial Las Antillas y cinco (5) se abstuvieron de votar, según consta en el acta No. 30 de 10 de diciembre de 1984.

Aunque en el acta se consigne que "No obstante el resultado de la votación, el Gobernador, preguntó a los miembros de la Junta Directiva si ratificaban la adjudicación a la firma INDUSTRIAS METAL MADERA INMEMA LTDA., lo cual es aprobado por los que votaron inicialmente" (folio 66), ello no significa que el contrato se adjudicara a dicha firma, porque solamente cuatro (4) miembros de la Junta Directiva votaron por esa sociedad y fue eso lo que se ratificó.

En el acta No. 032 de la reunión celebrada por la Junta Directiva el 21 de diciembre de 1984, al volver sobre la ratificación de la adjudicación de la licitación del aludido contrato, luego de enterarse de los conceptos emitidos por la Contraloría General del Departamento y por la Oficina Jurídica de la Gobernación, cambiando el verbo ratificar por el de adjudicar, se consignó que esa Corporación reiteraba que en la sesión del 10 de diciembre de 1984 , se tomó una decisión por mayoría, al preguntar el Gobernador

a sus integrantes si se "adjudicaba" la licitación 001-84 a la firma INMEMA LTDA.,y que por tanto, esa decisión debía notificarse a la firma favorecida, así como a los demás licitantes.

Si para el 21 de diciembre de 1984, había acuerdo entre los miembros de la junta sobre la adjudicación, lo indicado era reabrir la votación y tomar la decisión sobre lo cual ya había consenso.

No se actuó así por cuanto, como lo advirtió el Auditor Fiscal, el plazo para adjudicar el contrato había vencido el 10 de diciembre y no era posible ya, hacerlo válidamente.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Se citan como tales los artículos 7o. numeral 2) y 14 de la Ley 25 de 1974, en concordancia con el artículo 20 de la Constitución Política de 1886; el inciso segundo del artículo 84 del C.C.A.; los artículos 49 literal g) del ordinal 1o. 55 y 59 literal c). 435 literal e) y aparte c) y 868 de la Ordenanza número 24 de 1977 -Código Fiscal de Cundinamarca-; el artículo 14 del Acuerdo No. 015 de 1984 contentivo de los estatutos de la Lotería de Cundinamarca.

Censura el actor a la Procuraduría por afirmar que a la empresa INMEMA LTDA., le fue adjudicada la referida licitación, pues con antelación habia reconocido que en la reunión de la Junta Directiva de la Lotería de Cundinamarca, celebrada el 10 de diciembre de 1984, la votación en favor de esa sociedad fue solamente de cuatro (4) votos de diez (10) de sus miembros, por lo cual quebrantó lo dispuesto en el artículo 14 de los estatutos de la Lotería, que dispone que las decisiones de la Junta Directiva se tomarán por mayoría absoluta de votos. De ahí, que resulte inexacta la aseveración conforme a la cual, según acta No. 032 de 1984, podía entenderse que la Junta había optado por adjudicarle la licitación unánimemente a dicha sociedad, pues en el acta No. 030, consta que la ratificación la hicieron únicamente quienes inicialmente votaron a su favor. Que es también incorrecto, que la Procuraduría admita que el acto de adjudicación se confirmó y legalizó con la notificación al gerente de INMEMA LTDA., como si la notificación legalizara lo que se hizo con violación de la ley.

El accionante señala igualmente que la aseveración de la Procuraduría en el sentido de que con la aprobación del acta No. 030 en la sesión del 17 de diciembre de 1984 -acta No. 031-, se daba fe de que lo que aconteció en la reunión anterior fue la adjudicación, resulta inexplicable y contraria a los hechos; y que aunque reconoce que la imprecisión del acta No. 030 incidió en la no aprobación por su parte del aludido contrato, a renglón seguido censurará su conducta, "por haber mantenido una posición omisiva y persistente, una vez que hizo la Junta Directiva en el acta No. 032 inequívoca manifestación de adjudicarle la licitación a la firma INMEMA LTDA., puesto que es claro que a pesar de lo dicho por la junta del 21 de diciembre de 1984, lo acordado el 10 del mismo mes no constituía la adjudicación del contrato.

Concluye que, dar por válida una adjudicación que se hizo en la forma indicada, constituye una transgresión del artículo 55 y de los literales c) y e) del artículo 59 del Código Fiscal de Cundinamarca, en armonía con los artículos 14, 21 literal f) y 25 de los Estatutos de la Lotería de Cundinamarca; y que al sancionársele se quebrantaron los artículos 435 aparte c), literal e) y 868 del código citado, que facultan al Contralor para revisar los contratos que el Departamento celebre, con el fín de verificar el cumplimiento de los requisitos legales y vigilar permanentemente el cumplimiento de lo estatuído en ese código. Que se infringió también el artículo 7o. de la Ley 25 de 1974 y se incurrió en desviación de poder, al sancionarlo no por la comisión de una falta, sino por el cumplimiento de su deber.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Judicial Quinta ante el Consejo de Estado opina que debe accederse a las súplicas de la demanda, por cuanto el accionante al abstenerse de refrendar el contrato de la Lotería de Cundinamarca con la firma "INMEMA LTDA" para la compra de pupitres, cumplió con el deber que le imponía el literal c), subliteral e) del artículo 435 de la Ordenanza número 24 de 1977 que señala entre sus funciones, la de revisar los contratos que celebre el Departamento, las entidades descentralizadas y los municipios, sobre adquisición, enajenación, permuta, comodato y arrendamiento de bienes, para verificar el cumplimiento de los correspondientes requisitos legales; y el doctor Corrales revisó el contrato mencionado, pero no lo refrendó al encontrar que no se había cumplido con los requisitos legales para su adjudicación, ya que ésta no se había hecho por la mayoría absoluta de los miembros de la Junta Directiva de la Lotería, lo cual es cierto, según se desprende del acta número 030 de 1984, que contiene un contrasentido, puesto que primero se indica en ella que la firma aludida obtuvo cuatro (4) votos y luego, que se ratifica la adjudicación, cuando realmente dicha sociedad no obtuvo "la mayoría necesaria para la adjudicación".

Llegado el momento de decidir, a ello se procede, mediante las siguientes:

CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar la legalidad de los actos administrativos expedidos por la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa y por el Procurador General de la Nación, por las cuales se impuso el actor, en su calidad de Contralor General del Departamento de Cundinamarca, una sanción de amonestación escrita con anotación en la hoja de vida, por abstenerse de efectuar la revisión del contrato para la adquisición de pupitres, adjudicado a la firma Industrial Metal Madera "INMEMA LTDA", por la Junta Directiva de la Lotería de Cundinamarca.

El demandante en el libelo y en el alegato de conclusión señala que su actitud obedeció al hecho de que, en su sentir, tal adjudicación no se produjo, porque en la sesión de la Junta Directiva de la Lotería, en la que se dice que aquella se efectuó, realmente no ocurrió tal cosa, porque la firma "INMEMA LTDA" sólo obtuvo cuatro (4) votos

a su favor; de suerte, que los integrantes de la Junta, al ser interrogados por el gobernador sobre la ratificación de la adjudicación del contrato a esa sociedad, sólo podían manifestar que se ratificaban en lo sucedido, y que la afirmación de esa Corporación hecha en el acta No. 032 de 21 de diciembre de 1984, en el sentido de que en la citada reunión se había adjudicado el contrato a esa firma, carece de veracidad.

Examinará la Sala si realmente el proceder del Contralor General del Departamento, se ajustó o no a las normas reguladoras del ejercicio de su facultad fiscalizadora.

Según el artículo 435 literal c), subliteral a) del Código Fiscal del Departamento de Cundinamarca, expedido por medio de la Ordenanza No. 24 de 1977, en el cual se basó la Procuraduría para sancionar al demandante, son funciones del Contralor General del Departamento, en relación con la adquisición y enajenación de bienes muebles e inmuebles, "Vigilar el cumplimiento de todas las formalidades prescritas sobre esta materia en el presente Código, especialmente las relacionadas con las licitaciones y subastas, y aprobar las notas de pedido para compras que por razón de la cuantía no exijan tales requisitos". (fl. 137).

Aunque en el expediente no figura el documento suscrito por el Contralor, en el cual manifestó las razones que tuvo para abstenerse de aprobar el contrato a celebrarse entre la Lotería de Cundinamarca y la firma "INMEMA LTDA" para la adquisición de 20.000 pupitres, de los consignado en las providencias enjuiciadas se desprende que dicho funcionario se negó a darle aprobación porque estimó que en la reunión de la Junta Directiva de esa entidad celebrada el 10 de diciembre de 1984, no se produjo adjudicación ninguna de la licitación pública No. 01 de 1984, por falta de los votos necesarios para ello.

Los elementos de juicio que obran en el proceso muestran lo siguiente:

- El acta No. 030 de la sesión de la Junta Directiva de la Lotería de Cundinamarca celebrada el 10 de diciembre de 1984 da cuenta que los diez (10) miembros de ésta concurrieron a la reunión; que sometida a consideración la conveniencia de adjudicar el contrato de pupitres el resultado fue el siguiente: cinco votos en favor de la adjudicación, cuatro por no adjudicarla y una abstención.

A pesar de no haber sido aprobada por la mayoría requerida la conveniencia de hacer la adjudicación, el Gobernador pidió que se procediera a adjudicar votando por lo diferentes proponentes.

Advierte la Sala en este proceder, una primera irregularidad.

El resultado de la votación en relación con la adjudicación del contrato, fue el siguiente: "por la firma INDUSTRIA METAL MADERA "INMEMA LTDA", cuatro (4) votos, por el grupo Industrial Las Antillanas (1) voto y cinco (5) se abstiene" (folio 43).

Claramente se observa que no hubo adjudicación en favor de la firma "INMEMA LTDA", pues los votos requeridos para ello eran 6, conforme a los estatutos, y sólo se obtuvieron 4 favorables.

No obstante lo anterior, inexplicablemente el Gobernador preguntó enseguida si la junta ratificaba la adjudicación a la firma Indutrias Metal Madera "INMEMA LTDA." lo cual según el acta, fue "aprobado por los que votaron inicialmente".

- En el acta No. 031 de la reunión de esa Corporación celebrada el 17 de diciembre de 1984, luego de unas precisiones hechas por dos de los miembros, las cuales no se detallan y se dice que se consignarán en el texto original, se aprobó por unanimidad el acta 030. (fl. 46).

- En el acta No. 032 correspondiente a la sesión de 21 de diciembre de 1984, se consignó que la Junta Directiva aprobó la proposición formulada por uno de sus integrantes, en el sentido de que en la reunión del día 10 del mismo mes, se tomó una decisión por mayoría, al preguntar si se adjudicaba la licitación No.001 de 1984 a la firma INMEMA, y que en consecuencia, esa Corporación "ratifica que en la sesión del 10 de diciembre de 1984 fue adjudicada la licitación pública 001/84 a la firma INDUSTRIAS METAL MADERA "INMEMA LTDA." para suministro de 30.000 (sic) puestos de pupitres con destino a los establecimientos educativos de Cundinamarca". (fl. 57).

- Dispone el artículo 14 del Acuerdo No.015 de 1984 de la Junta Directiva de la Lotería de Cundinamarca, por el cual se adoptaron los estatutos de esa entidad, que ese órgano de dirección puede sesionar válidamente con el *quórum* decisorio respectivo y sus determinaciones se tomarán por mayoría absoluta de los votos. (fls.23 y ss).

- A la reunión de la Junta Directiva celebrada el 10 de diciembre de 1984, asistió la totalidad de sus miembros (10) y todos intervinieron en la votación sobre la adjudicación de la Licitación No. 01 de 1984 de la Lotería de Cundinamarca, según se desprende del acta respectiva, allegada en fotocopia auténtica al proceso; de suerte que, para que se produjera la adjudicación del contrato a que ella se refirió, se requería el voto de seis (6) de los miembros de la Junta en favor de una de las firmas licitantes.

Resulta incuestionable entonces, que en dicha sesión no se adjudicó el contrato de los pupitres, y mal podía el Gobernador pedir que se "ratificara" una adjudicación que no se había hecho.

El aprobar el acta en sesión de 17 de diciembre de 1984 no cambiaba en nada la situación del contrato. Y el 21 de diciembre de 1984, cuando nuevamente se reunió la Junta Directiva y aprobó la proposición según la cual en la sesión de 10 de diciembre de 1984 se tomó por mayoría la decisión de adjudicar el contrato, no sólo ese órgano directivo afirmó así una inexactitud, sino que pretendió hacer creer que en esa fecha se había producido una adjudicación que el 21 de diciembre ya era extemporánea.

En verdad esta actuación irregular sobrepasaba el marco de las disposiciones reguladoras de la materia y por tanto el Contralor Departamental no tenía porqué aprobarla.

La Sala, en contra de lo sostenido por la Procuraduría General de la Nación, encuentra que fue él quien obró correctamente, ante tan evidentes equivocaciones del Gobernador y de la Junta Directiva, quienes se empeñaban en "ratificar" una adjudicación que nunca existió, porque en ninguna parte consta que sometida nuevamente a consideración, hubiera obtenido siquiera 6 votos.

Lo anterior es suficiente para concluir que la Procuraduría General de la Nación infringió las disposiciones invocadas en la demanda, al sancionar al actor por supuesto incumplimiento de sus funciones, cuando lo que hizo fue advertir irregularidades que eran evidentes en la adjudicación de un contrato.

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

FALLA:

Declárase la nulidad de las providencias fechadas el 21 de julio de 1988 y el 26 de abril de 1989, expedidas por el Procurador Delegado para la Contratación Administrativa y por el Procurador General de la Nación, respectivamente, mediante las cuales se sancionó al doctor RAFAEL CORRALES RAMIREZ, en su calidad de Contralor General del Departamento de Cundinamarca, con amonestación escrita con orden de anotación en la hoja de vida.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 27 de julio de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno, Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/PLANTA DE PERSONAL-Clasificación/ESTATUTO/TRABAJADOR OFICIAL

El artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 como el 292 del Decreto 1333 de 1986 consagran disposiciones que tratan de la clasificación de los servidores de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, constituídos por trabajadores oficiales y se deja a los mismos para que en los estatutos se haga la correspondiente clasificación de los cargos que serán desempeñados por empleados públicos.

DECRETO REGLAMENTARIO/NORMA ANULADA-Interpretación/ PERSONAL DIRECTIVO/PERSONAL DE CONFIANZA

El Consejo de Estado en sentencia del 16 de julio de 1971 anuló una serie de disposiciones del Decreto 1848 de 1969, entre ellas el artículo 4o., bajo la consideración de que "no podía el Presidente de la República en uso de la facultad reglamentaria definir qué se entiende por dirección y confianza dado que tal material está reservado al legislador" y si el Presidente no puede definir tal cosa, del ejectutivo.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/ESTATUTO/ PLANTA DE PERSONAL-Clasificación/PERSONAL DIRECTIVO/PERSONAL DE CONFIANZA

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, conforme a las normas señaladas, tienen facultades expresas para que en los estatutos precisen "qué actividades de dirección o confianza deban ser

desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos" y en desarrollo de ellas, la empresa ha efectuado la clasificación correspondiente.

POTESTAD REGLAMENTARIA-Titularidad/**ESTATUTOS/EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA**-Atribuciones

Una es la potestad reglamentaria del Presidente de la República para reglamentar de manera general las leyes, y otra es la facultad conferida a las empresas en sus estatutos.

EMPLEADO MUNICIPAL-Régimen Jurídico/**EMPLEADO PUBLICO/TRABAJADOR OFICIAL**

El artículo 43 de la Ley 11 de 1986 dispone que los empleados públicos se rigen por las normas de la ley y demás disposiciones que en desarrollo de ésta dicten las autoridades municipales y los trabajadores oficiales por aquella, el respectivo contrato y la convención colectiva si la hubiere.

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Orden Nacional/**CONTROL DE TUTELA/NORMA NACIONAL**-Aplicación/**SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA MUNICIPAL**-Reforma/**GOBIERNO MUNICIPAL**-Aprobación/**ENTIDAD DESCENTRALIZADA MUNICIPAL**

En lo que atañe con la supuesta violación del artículo 5o. del Decreto 130 de 1976 "por el cual se dictan normas sobre sociedades de economía mixta, que el libelista insinúa al transcribir una sentencia de la Sala del 30 de noviembre de 1992 y en cuanto la reforma no fue sometida a la aprobación del gobierno municipal, se anota que, en el presente caso, será necesario analizar la aplicación de la norma a nivel municipal ya que, al referirse a la tutela de los organismos dispone el precepto que, tratándose de sociedades que se calificaren del orden nacional, "se señalaran al sector administrativo al cual pertenecen y teniendo en cuenta su objeto social y los mecanismos necesarios para controlar sus actividades y asegurar la coordinación de éstas con la política general del Gobierno.

SUSPENSION PROVISIONAL-Impugnación/**RECURSO DE APELACION**-Efectos/**EFECTO SUSPENSIVO/EFECTO DIFERIDO**-Improcedencia

El recurso de apelación propuesto contra la providencia que negó la suspensión provisional debió concederse en el efecto suspensivo como lo preceptúa el artículo 150 del C.C.A. y no en el diferido como lo dispuso el *a-quo*.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO-Reglamentación/ **ESTATUTO/ACTO ADMINISTRATIVO/EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO**-Régimen Jurídico

Los estatutos de una Empresa Industrial y Comercial del Estado en cuanto contienen disposiciones que hacen referencia a sus funciones, organización y clasificación de personal, que de acuerdo con la ley y demás regulaciones jurídicas les corresponde desarrollar y precisar, tienen el carácter de actos administrativos sometidos al control de la jurisdicción especial. En tratándose de actos administrativos puede predicarse de ellos la violación de preceptos superiores a los cuales debían sujetarse, y las empresas de esta índole, aunque se rigen por el derecho privado en el desarrollo de las actividades para las cuales han sido creadas, expiden actos sometidos al régimen de derecho público.

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

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 10045. Apelación Interlocutorios. Actor: Sindicato Nacional de Trabajadores de Acueductos y Alcantarillados y Empresas de Obras Sanitarias "Sintracuemponal".

Se decide de plano el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto del 19 de abril del presente año proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar por medio del cual se abstuvo de suspender provisionalmente las reformas de las Cláusulas 39 y 40 de los Estatutos de la EMPRESA DE SERVICIOS DE VALLEDUPAR S.A. "ENDUPAR".

En el proveído señaló el *a-quo* que, al invocar la suspensión, como fundamento de la misma, se señalan el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1965 (sic) al darle una aplicación indebida a nivel municipal en cuanto fue reproducido por el 42 de la Ley 11 de 1986 y el 292 del Decreto 1333 del mismo año; el 43 de la Ley 11 de 1986 y el 39 del Código Civil así como el artículo 4o. del Decreto 1848 de 1969, respecto del cual se manifiesta que había sido anulado por el Consejo de Estado.

Señala luego que la Empresa es una "Sociedad Anónima del orden municipal, perteneciente al sector de agua potable y saneamiento ambiental, sometida a las reglas propias de las empresas industriales y comerciales del Estado"; que de acuerdo con el artículo 98 del Código de Comercio, tales sociedades "son contratos celebrados entre dos o más personas" por lo que las reformas estatutarias no tienen el carácter de actos administrativos sino de "pactos o convenios entre los socios de la referida sociedad" y como las normas constitucionales y legales se refieren a la suspensión de los actos administrativos y no de los contratos, ésta no procede" (fls. 63-68).

El recurrente por su parte manifiesta que es la misma ley la que ha dado el carácter de acto administrativo a las actividades de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de Economía Mixta y que ha solicitado la suspensión provisional de las Cláusulas 39 y 40 y no de toda la reforma estatutaria; que desde el año 1968 se ha sostenido que éstas desarrollan actividades industriales y comerciales conforme a las reglas del derecho privado pero también desempeñan funciones administrativas (Arts. 6o. Decreto 1050 de 1968) y también cita a vía de ejemplo el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968.

Señala igualmente que una de las tantas excepciones al régimen de derecho privado se encuentra en el literal b) del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968 que regula las funciones de las Juntas o Consejos Directivos, cual es, "adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno". Que la ley ha delegado en tales estatutos la facultad de determinar qué servidores públicos desempeñan las funciones de dirección y confianza y puede definirles el vínculo laboral y todo apunta a que las reformas contenidas en las Cláusulas 39 y 40 son de aquellos actos que integran la amplia gama de funciones administrativas que la ley les ha confiado, susceptibles de suspensión provisional, la cual es procedente declarar.

SE CONSIDERA

Para la Sala resulta prioritario señalar en este asunto que los estatutos de una Empresa Industrial y Comercial del Estado en cuanto contienen disposiciones que hacen referencia a sus funciones, organización y clasificación de personal, que de acuerdo con la ley y demás regulaciones jurídicas les corresponde desarrollar y precisar, tienen el carácter de actos administrativos sometidos al control de la jurisdicción especial.

Las Cláusulas Nos. 39 y 40 de los estatutos, que atañen a esta clasificación del personal, tienen tal carácter, con todas las prerrogativas que la ley ha establecido y previsto para tales casos. No son pues, un simple pacto entre socios sino verdaderas manifestaciones de voluntad de la empresa, por mandato de la ley, con el fin de regular aspectos atinentes a su organización y al régimen de personal, de indudables consecuencias en el plano jurídico.

En tratándose de actos administrativos puede predicarse de ellos la violación de preceptos superiores a los cuales debían sujetarse, y las empresas de esta índole, aunque se rigen por el derecho privado en el desarrollo de las actividades para las cuales han sido creadas, expiden actos sometidos al régimen de derecho público, como los acusados, y en esto le asiste razón al actor, por lo que la Sala deberá examinar si se dan los presupuestos necesarios para que la suspensión sea viable, de acuerdo con los lineamientos que señala el artículo 152 del C.C.A.

La Cláusula No. 39 es del siguiente tenor: "Los servidores de las Empresas de Servicios de Valledupar serán Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales de

conformidad con el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, artículo 4o. del Decreto 1848 de 1969 y artículo 292 del Decreto 1333 de 1986".

Un primer aspecto que advierte la Sala es que tanto el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 como el 292 del Decreto 1333 de 1986 consagran disposiciones que tratan de la clasificación de los servidores de tales organismos, constituídos por trabajadores oficiales y se deja a los mismos para que en los estatutos se haga la correspondiente clasificación de los cargos que serán desempeñados por empleados públicos. En la cláusula no se adopta una clasificación diferente para que, en principio, pudiera ser contraria a las disposiciones superiores y se hace en acuerdo o "de conformidad" con éstas, de manera que la transgresión no podría darse *"prima facie"*.

Tampoco podría configurarse con ese alcance porque se indique el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, porque si bien es cierto que la norma fue expedida para los organismos del nivel nacional, la sola referencia que se hace no interfiere en el ordenamiento estatutario, así haya sido expedido un régimen especial para los del nivel municipal; el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986 es reproducción de aquél, las dos regulaciones no se excluyen ni son contrarias, apuntan al mismo propósito y debe observarse además que el Decreto 3135 de 1968 se venía aplicando por desarrollo jurisprudencial, a tales organismos del nivel municipal.

Ahora bien, respecto del artículo 4o. del Decreto 1848 de 1969 que había sido anulado por el Consejo de Estado, la invocación "de conformidad" con éste no produce ningún efecto, resulta inocua y no tiene la virtud de invalidar el acto o el contenido de la cláusula, aunque sí refleja un error por parte de la Asamblea de Socios.

De la Cláusula 40, por demás bastante extensa, en la cual también se hace referencia a las disposiciones anteriores, señala el libelista que el Consejo de Estado en sentencia del 16 de julio de 1971 anuló una serie de disposiciones del Decreto 1848 de 1969, entre ellas el artículo 4o., bajo la consideración de que "no podía el Presidente de la República en uso de la facultad reglamentaria definir qué se entiende por dirección y confianza dado que tal materia está reservada el legislador" y si el Presidente no puede definir tal cosa, "con mucho menor razón la puede hacer la Junta de Socios de EMDUPAR", y que la definición del artículo 4o. fue anulada por falta de competencia del ejecutivo (fl. 57).

Al respecto conviene observar que el mencionado artículo fue anulado, no porque el ejecutivo no tuviera facultades para definir tal aspecto sino porque al hacer uso de ellas se extralimitó en sus funciones al restringir el alcance de la ley reglamentada.

Debe recordarse que el artículo definía por personal directivo y de confianza "el que reemplaza al empleador frente a los demás empleados a su cargo, sustituyendo a aquél en sus facultades directivas, de mando y de organización" y en sentencia del 16 de julio de 1971 dijo la Corporación:

"En caso concreto del artículo 4o. mencionado, cree la Sala que, en efecto, el ejecutivo excedió su potestad reglamentaria puesto que al definir estrictamente qué debe entenderse por personal directivo y de confianza, limitó el alcance de la ley, ya que dentro de su consagración no pueden quedar incluídos determinados servidores del Estado que por el ejercicio de sus funciones deben catalogarse solamente como personal de dirección o viceversa, siéndolo de confianza; tal es el caso del personal de manejo como le sucedería a un Cajero, por ejemplo, en cualquiera de las Entidades estatales, pues según lo dispuesto por el artículo citado no podría clasificársele dentro del personal de confianza, por cuanto no reemplaza al empleador en sus facultades directivas, de mando u organización" (Anales, Tomo 81, pag. 77).

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, conforme a las normas señaladas, tienen facultades expresas para que en los estatutos precisen "qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos" y en desarrollo de ellas, la empresa ha efectuado la clasificación correspondiente. Si se observa la Cláusula 40, allí se puntualiza que serán actividades de tal índole, las que se circunscriben al marco de las actividades relacionadas con la planeación, dirección, coordinación, verificación de objetivos "propios del objeto social y necesarios para su eficaz funcionamiento", en las demás condiciones que se determinan; y a continuación se señalan los cargos que serán desempeñados por personas que tendrán la calidad de empleados públicos, como el Gerente y otros directivos o jefes de menor rango.

Una es la potestad reglamentaria del Presidente de la República para reglamentar de manera general las leyes, y otra es la facultad conferida a las empresas en sus estatutos. Pero la clasificación contenida no es contraria al mandato a primera vista; bien podía la Asamblea en uso de aquella, señalar las directrices convenientes, sujetándolas al respectivo marco, el que, por lo demás, no parece equivocado, ya que, sin lugar a dudas, tales actividades constituyen y atienden los más altos intereses de la empresa en desarrollo de su objeto social y en beneficio de la comunidad a la cual sirve. Para llegar a conclusiones diferentes será menester analizar con mayor detenimiento los alcances y el significado de los términos "dirección o confianza", para inferir luego si aquellas actividades adoptadas y la reglamentación no son acordes o están en contravía con éstos, lo que no será viable dentro de los estrechos liniamientos que la medida impone; la violación debe ser directa, manifiesta, sin mayores disquisiciones jurídicas de fondo.

Tampoco se daría en tal forma porque en la claúsula se incluyan "cargos que puedan ser creados hacia el futuro" y que según el libelista contradicen el artículo 43 de la Ley 11 de 1986 y el 39 del Código Civil porque "las excepciones son enumerativas, de interpretación y aplicación restrictiva y no aplicables por analogía hacia el futuro". Ciertamente la comprensión del tema desborda los parámetros de este estudio; si la

contradicción debe ser de tal índole y se hace consistir en tales aspectos, no habrá lugar a ella ni a tales conclusiones podrá llegarse si se observan los preceptos. El artículo 43 de la Ley 11 de 1986 dispone que los empleados públicos se rigen por las normas de la ley y demás disposiciones que en desarrollo de ésta dicten las autoridades municipales y los trabajadores oficiales por aquella, el respectivo contrato y la convención colectiva si la hubiere. Menos aún puede darse la violación del artículo 39 del Código Civil que no trata ni regula asuntos afines o relacionados con la controversia que plantea el accionante.

Sostiene igualmente el actor que la cláusula es violatoria del parágrafo del artículo 43 de la Ley 11 en referencia y el parágrafo del artículo 293 del Decreto 1333 de 1986 por cuanto se establece en tales normas que las situaciones jurídicas laborales definidas por disposiciones municipales no serán afectadas por las regulaciones que contienen éstas y que en la reforma no se hizo la "tan necesaria excepción a las facultades de quienes expiden los estatutos".

Si en el texto de la Cláusula 40 que corresponde examinar, o aún en todo el estatuto, no se hizo dicha salvedad o no se tuvo en cuenta, no parece por ello que podrían dejarse de aplicar o de observar tales preceptos, o frente a un caso concreto que afecte a alguien en particular, no pudiesen alegarse o invocarse para que se tengan de presente. La omisión no genera la contrariedad que pudiera dar motivo para invalidar el texto o hacer viable la medida por confrontación directa.

Y desde otro punto de vista, en lo que atañe con la supuesta violación del artículo 5o. del Decreto 130 de 1976, "por el cual se dictan normas sobre sociedades de economía mixta", que el libelista insinúa al transcribir una sentencia de la Sala del 30 de noviembre de 1992 y en cuanto la reforma no fue sometida a la aprobación del gobierno municipal, se anota que, en el presente caso, será necesario analizar la aplicación de la norma a nivel municipal ya que, al referirse a la tutela de los organismos dispone el precepto que, tratándose de sociedades que se calificaren del orden nacional, "se señalaran el sector administrativo al cual pertenecen y teniendo en cuenta su objeto social y los mecanismos necesarios para controlar sus actividades y asegurar la coordinación de éstas con la política general del Gobierno". En tales términos por confrontación directa no podrá darse la contrariedad manifiesta.

Finalmente anota la Sala, que el recurso propuesto debió concederse en el efecto suspensivo como lo preceptúa el artículo 150 del C.C.A. y no en diferido como lo dispuso el *a-quo* (fl. 74).

Dados los anteriores presupuestos de los cuales se establece que la medida no reúne las exigencias de la norma para su procedencia, no podrá accederse a ella, y en consecuencia, se confirmará el auto, aunque no por las razones del *a-quo*, sino por las que en éste se ponen de presente.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Confírmase el auto de diecinueve (19) de abril del presente año proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión del día 14 de julio de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz,* Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Transcripción parcial de la sentencia de 16 de julio de 1971, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la cual se anuló el artículo 4o. del Decreto 1848 de 1969, entre otras disposiciones acusada referente al personal directivo y de confianza de las entidades descentralizadas vinculadas (ANALES, Tomo 81 pág. 71 y ss).

POLICIA NACIONAL/PROCESO DISCIPLINARIO-Trámite/**DIRECTOR GENERAL DE LA POLICIA**-Funciones/**VIA GUBERNATIVA/MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL**

El artículo 215 del Decreto 1835 de 1979, vigente para la época en que se falló el proceso disciplinario, dispone que el Director General de la Policía conocerá en apelación o consulta de todo fallo dictado por faltas constitutivas de mala conducta. Es decir, que tanto las decisiones absolutorias como las sancionatorias deben ser revisadas por el Superior. Y si ello es así, con mayor razón puede sostenerse que la providencia que decide no convocar a audiencia para juzgamiento y exonerar al investigado es consultable y puede ser revocada en grado de consulta con el objeto de que se proceda a la convocatoria de la audiencia. Quiere decir lo anterior que si el Superior, dejó sin firmeza la decisión del Comandante de Sucre que exoneraba la responsabilidad al inculpado y le ordenó continuar con el disciplinario, para la Sala resulta claro que no se trata de un nuevo juzgamiento sino de la continuación del que había sido clausurado sin fundamento, a juicio del funcionario de segunda instancia. Igual razonamiento cabe hacer en cuanto al vicio de incompetencia que alega el recurrente, por no haber decidido el Ministro de Defensa la apelación del fallo *a-quo* como lo ordenaba el parágrafo del artículo 215 del Decreto 1835 de 1979.

PROCESO DISCIPLINARIO/DERECHO DE DEFENSA

Como lo ha sostenido reiteradamente la Sala, lo esencial en los procesos disciplinarios en que se surtan las distintas etapas legales requeridas

para aplicar la sanción y se respete el derecho de defensa, cuestión que aparece acreditada en el caso *sub-exámine*, pues lo que se muestra con evidencia a lo largo del plenario es que no se menoscabó en ningún momento dicho derecho, por lo que no han de prosperar los cargos fundamentados en la violación de este principio.

PROCESO DISCIPLINARIO-Calificación de la falta/**NARCOTRAFICO/MORAL/POLICIA NACIONAL**

Respecto de la calificación de la falta, esta Sala considera, después de analizar el disciplinario, que la calificación que se hizo respecto de la conducta del actor como falta de mala conducta se adecua a lo definido en el artículo124 del Decreto 1835 de 1970 porque como se dijo en la providencia sancionatoria de primera instancia su actuación "lesionó gravemente la moral de la Policía Nacional, que como bien se ha dicho, se ha empeñado en una ardua tarea de erradicar el mal del narcotráfico a pesar de los sacrificios y vidas humanas que le ha costado...".

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

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5798. Decretos del Gobierno. Apelación Sentencia. Actor: José Hermes Campos Devia.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre el 11 de febrero de 1991.

ANTECEDENTES

1.- El actor, José Hermes Campos Devia, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagra en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad del Decreto 1655 del 26 de julio de 1989 emanado de la Presidencia de la República y los actos administrativos contenidos en las providencias del 2 de enero y 12 de junio de 1989, proferidos, respectivamente, por el Comandante del Departamento de Policía Sucre y por el Director General de Policía Nacional, mediante los cuales se ordenó su separación absoluta del servicio activo de la Policía Nacional. Como restablecimiento del derecho solicitó el reingreso al servicio activo, con todos sus grados y honores, el reintegro sin solución de continuidad al cargo que ocupaba en el momento de su desvinculación, la desanotación de las sanciones en la hoja de vida, el pago de los sueldos y salarios dejados de devengar por el acto acusado hasta el día en que se produzca el reingreso al servicio, actualizados con base en los índices inflacionarios oficiales y la condena por los perjuicios morales en cuantía de un mil gramos oro.

2.- Alega el actor que los actos demandados proferidos en el procedimiento disciplinario que se adelantó, violaron el debido proceso en razón a que se le juzgó por el mismo hecho del cual había sido exonerado, no se tramitó la segunda instancia ante el funcionario competente, no tuvo derecho a contradecir las pruebas y la sanción impuesta no estuvo adecuada al tipo de conducta que se le imputó. Manifiesta además que los actos demandados están falsamente motivados porque fueron expedidos para castigar sin fórmulas serias al personal de la entidad y así justificar la lucha por el buen nombre de la Policía Nacional.

3.- El Tribunal de Sucre, después de analizar el acervo probatorio y estudiar cada uno de los cargos endilgados a los actos acusados, despachó desfavorablemente las súplicas de la demanda. Consideró que el proceso disciplinario se había surtido sin violar el derecho de defensa del inculpado, ya que éste tuvo oportunidad de controvertir las pruebas y que las trasladadas al investigativo estuvieron válidamente practicadas, toda vez que en el proceso inicial se practicaron con audiencia del actor; dijo que tampoco hubo violación del principio de la cosa juzgada y la doble instancia alegada por el demandante, porque la providencia era susceptible del grado de consulta y por lo tanto el funcionario superior podía revisar no sólo el acto definitivo sino todo el procedimiento disciplinario sin limitación de ninguna clase. Sobre el cargo de falsa motivación consideró el Tribunal que el demandante no desvirtuó la presunción de legalidad de los actos impugnados y que por el contrario, el expediente administrativo que obra en el plenario demuestra que el actor incurrió en conductas graves y atentatorias contra la dignidad y los deberes que el cargo de oficial de la Policía le imponía.

SUSTENTACION DE LA APELACION

El demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia del *a-quo* reiterando los argumentos formulados en el *petitum*. Alega que los actos demandados violaron el principio *"non bis in idem"* porque la providencia que lo había exonerado de responsabilidad tiene fuerza de cosa juzgada y concluye la investigación respecto de su actuación a pesar de que continúe respecto de otros procesados, como sucede en el derecho penal y como lo dispone el artículo 207 del Decreto 1835 de 1979; que además, por tratarse de un acto de carácter particular y concreto no podía ser revocado sin el consentimiento expreso del interesado y que el Decreto 482 de 1985, reglamentario de la Ley 13 de 1984, aplicable también al personal de la Policía, establece en su artículo 11 que no podrá abrirse investigación disciplinaria por hechos o actos que hayan sido objeto de investigación cuando ésta haya terminado con una decisión de archivo o la imposición de una sanción.

Considera que se violó el principio de la doble instancia porque la apelación del fallo disciplinario debía ser conocida por el Ministro de Defensa y no por el Director de la Policía, por expresa disposición del artículo 215 del Decreto 1835 de 1979 que establece que cuando el Director General ordene la iniciación de la investigación por faltas constitutivas de mala conducta, la apelación o consulta se surtirá ante el Ministerio de

Defensa Nacional; que, en su caso, el Director de la Policía perdió la competencia para fallar el disciplinario en segunda instancia, por haber ordenado abrir la investigación en su contra mediante providencia del 16 de noviembre de 1988 cuando revocó la decisión del Comandante de Policía del Departamento de Sucre.

Sobre las pruebas trasladadas alega que fueron practicadas indebidamente, toda vez que las surtidas en el primer disciplinario se practicaron sin la audiencia del acusado. Respecto de la consideración del *a-quo* de que la calificación de la falta estaba adecuada al tipo de conducta que se le endilgaba, sostiene que de conformidad con el artículo 125 del Decreto 1835 de 1979 el concepto de mala conducta es de estricto orden ético y hace relación con la personalidad misma del funcionario, de su comportamiento íntimo y de sus relaciones con la Institución y no sobre actitudes externas del individuo, como fue lo sucedido en su caso, ya que los cargos estaban fundados sobre la labor desarrollada en un momento específico y dentro de una operación policial desplegada y que su omisión podría tipificarse como faltas comunes contra el principio de autoridad o contra el servicio pero no como causal de mala conducta.

En cuanto al cargo de falsa motivación, el recurrente alega que la sanción disciplinaria impuesta al actor no fue consecuente con lo demostrado, y que el Tribunal sólo dio credibilidad al dicho de los cuatro agentes capturados en el operativo, sin analizar las otras pruebas obrantes en el proceso.

La demandada al descorrer el traslado para alegar de conclusión propuso la nulidad de lo actuado ante esta instancia a partir del auto que admitió el recurso de apelación, por falta de competencia de esta Corporación por la cuantía del negocio.

La señora Fiscal Novena de la Corporación comparte lo expuesto por la demandada y solicita se declare la nulidad de lo actuado en esta segunda instancia, por la causal falta de competencia.

Decidida en forma negativa la nulidad planteada y agotado el trámite procesal se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Como la controversia se centra en si los actos sancionatorios proferidos en el disciplinario que se rituó, fueron violatorios del debido proceso, se impone para la Sala estudiar cada una de las acusaciones formuladas, frente a los fundamentos de la sentencia acusada.

1.- De la violación del principio *"Non bis in idem"*

Comparte la Sala el análisis que hace el *a-quo* sobre este cargo toda vez que en el *sub-lite* el Director de la Policía Nacional tenía competencia, sin limitación alguna, para revisar la decisión del Comandante de la Policía de Sucre y revocar la exoneración de responsabilidad que favoreció al accionante ordenando se continuará en su contra el disciplinario para juzgar su conducta.

El artículo 215 del Decreto 1835 de 1979, vigente para la época en que se falló el proceso disciplinario, dispone que el Director General de la Policía conocerá en apelación o consulta de todo fallo dictado por faltas constitutivas de mala conducta. Es decir, que tanto las decisiones absolutorias como las sancionatorias deben ser revisadas por el Superior. Y si ello es así, con mayor razón puede sostenerse que la Providencia que decide no convocar a audiencia para juzgamiento y exonerar al investigado es consultable y puede ser revocada en grado de consulta con el objeto de que se proceda a la convocatoria de la audiencia.

Quiere decir lo anterior que si el Superior, dejó sin firmeza la decisión del Comandante de Sucre que exoneraba de responsabilidad al inculpado y le ordenó continuar con el disciplinario, para la Sala resulta claro que no se trata de un nuevo juzgamiento sino de la continuación del que había sido clausurado sin fundamento, a juicio del funcionario de segunda instancia.

Igual razonamiento cabe hacer en cuanto al vicio de incompetencia que alega el recurrente, por no haber decidido el Ministro de Defensa la apelación del fallo del *a-quo* como lo ordenaba el parágrafo del artículo 215 del Decreto 1835 de 1979, en virtud de haberse ordenado por el Director de la Policía la apertura de la investigación contra el Teniente Campos Devia en el proveído de noviembre 16 de 1988, ya que no fueron dos los procesos disciplinarios que se rituaron contra el inculpado, sino uno solo, que tuvo como objeto la investigación de los hechos acontecidos el día 25 y 26 de julio de 1988 que da cuenta el plenario, investigación que fue decidida en primera instancia mediante el proveído del 2 de enero de 1989, visible al folio 168 del cuaderno No.2, proferido por el Comandante de Policía del Departamento de Sucre y en segunda instancia mediante el acto expedido por el Director de la Policía Nacional el día 12 de junio de 1989 (folio 11 cuaderno principal).

2.- De las pruebas trasladadas y el derecho de defensa.

Respecto de este cargo la Sala comparte el razonamiento del Tribunal, ya que las pruebas practicadas antes de ordenarse la reapertura de la investigación podían hacerse valer sin más formalismos de ley al reabrirse ésta y el inculpado a lo largo de todo el proceso disciplinario tuvo la posibilidad legal para tacharlas o rebatirlas.

Por lo demás no se desconoció la garantía del derecho de defensa, por el contrario, se observaron con el rigorismo propio de los procedimientos policiales las etapas señaladas en el Decreto 1835 de 1979, régimen disciplinario vigente cuando se juzgó la conducta del inculpado; en efecto, al actor se le escuchó en descargos como aparece visible a folios 92 y 212 del cuaderno No.2 y en ambas diligencias, como dan cuenta los autos, estuvo asistido por un vocero designado libremente por él; estuvo presente con su apoderado en la audiencia que se convocó para juzgar su conducta, allí no solamente presentaron sus alegatos, sino que tuvo la oportunidad de solicitar pruebas, lo que en efecto hizo cuando requirió que obrara en el plenario copia del informativo No. D 003 de 1988, prueba que fue decretada y practicada en la misma audiencia como aparece

demostrado a folio 565 del cuaderno No.2.; se le otorgó el recurso procedente contra la decisión del *a-quo*, del cual hizo uso como aparece visible a folio 378 del mismo cuaderno y presentó alegato de conclusión ante el Director de la Policía Nacional en escrito que aparece a folio 373 también del cuaderno No. 2.

Como lo ha sostenido reiteradamente la Sala, lo esencial en los procesos disciplinarios en que se surtan las distintas etapas legales requeridas para aplicar la sanción y se respete el derecho de defensa, cuestión que aparece acreditada en el caso *sub-exámine*, pues lo que se muestra con evidencia a lo largo del plenario es que no se menoscabó en ningún momento dicho derecho, por lo que no han de prosperar los cargos fundamentados en la violación de este principio.

3.- De la calificación de las faltas.

Respecto de la calificación de la falta, esta Sala considera, después de analizar el disciplinario, que la calificación que se hizo respecto de la conducta del actor como falta de mala conducta se adecua a lo definido en el artículo 124 del Decreto 1835 de 1970 porque como se dijo en la providencia sancionatoria de primera instancia su actuación "lesionó gravemente la moral de la Policía Nacional, que como bien se ha dicho, se ha empeñado en una ardua tarea de erradicar el mal del narcotráfico a pesar de los sacrificios y vidas humanas que le ha costado...". Obran en el proceso declaraciones que coinciden en afirmar la actitud omisiva del actor en los hechos del 25 y 26 de julio de 1988, al no realizar la indagación, ni haber practicado la inspección del lugar en donde le manifestaron los agentes del comando de Planeta Rica, Departamento de Córdoba, que existía un laboratorio de cocaína a escasos metros del lugar donde se encontraba y haber retenido a la persona que se identificó como jefe de laboratorio, sin que se volviese a saber de él; así mismo obran declaraciones, todas coincidentes, del maltrato del inculpado a los agentes que informaron de la existencia del mencionado laboratorio, conductas todas éstas de una gravedad manifiesta si se tiene en cuenta que resultó ser cierta la existencia del laboratorio que denunciaron los agentes de la Policía del Departamento de Córdoba, como que a la postre dicho laboratorio fue destruído por los agentes de la DECOR como da cuenta el proveído de septiembre 22 de 1988 que aparece a folio 165 del cuaderno No. 2.

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 proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre el once (11) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991) por la cual se negaron las pretensiones de la demanda en el proceso incoado por el Teniente JOSE HERMES CAMPOS DEVIA.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del vientisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRESTACIONES SOCIALES/PENSION DE JUBILACION/DIPUTADO/ COMPETENCIA/CONGRESO-Facultades/**NORMA CONSTITUCIONAL/ GOBIERNO NACIONAL/CORPORACION PUBLICA TERRITORIAL**-Prohibición/**ASAMBLEA DEPARTAMENTAL**-Incompetencia/**CONCEJO MUNICIPAL**-Incompetencia/**CONCEJO DISTRITAL**-Incompetencia

El artículo 76, ordinal 9o., de la Constitución Política anterior, invocado como infringido señalaba al legislador la facultad de determinar el régimen prestacional de tales servidores; y el 62 *ibídem,* asignaba de forma expresa al Congreso de la República la facultad de establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito de antiguedad, y de jubilación, retiro o despido. Ni el artículo 187 de la Carta de 1886, ni el 194 *ibídem* que establecían, respectivamente, las atribuciones de las Asambleas Departamentales y de los Gobernadores, señalaban a estas autoridades administrativas departamentales competencia para que fijaran el estatuto prestacional de sus servidores, incluído el de los diputados. es preciso destacar que dicha atribución de la Constitución Política de 1991, es competencia del Gobierno Nacional, que debe ser ejercida con sujeción a lo dispuesto en la Ley Marco expedida por el Congreso según lo dispuesto en el artículo 150 numeral 19 literal e), artículo que por lo demás preceptúa en su inciso final que las "funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas". Lo anterior quiere decir que ni a la luz de la Carta de 1886, ni a la de 1991, es viable jurídicamente que corporaciones administrativas, como lo son las Asambleas Departamentales, puedan

inmiscuirse en la regulación de aspectos concernientes al régimen de la pensión de jubilación, como lo hizo en el caso *sub-júdice* la Asamblea Departamental del Atlántico mediante los artículos 9o. y 10o. de la mencionada ordenanza.

LEY FOMAL Y MATERIAL-Inexistencia/**ORDENANZA**-Naturaleza Jurídica/ **ASAMBLEA DEPARTAMENTAL/ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL/ ESTADO UNITARIO/CENTRALIZACION POLITICA/CONGRESO**-Funciones/ **LEGISLADOR EXTRAORDINARIO**

La diferencia que plantea la parte impugnadora entre ley formal y material, con el fin de viabilizar jurídicamente una supuesta facultad de las asambleas departamentales para regular tópicos propios del régimen de la pensión de jubilación de los servidores departamentales, no tiene cabida en este asunto, porque si bien estas corporaciones públicas pueden expedir en ejercicio de sus competencias actos de carácter general, impersonales u objetivos, estos tienen naturaleza administrativa y no legal, ya que dentro de nuestro Estado unitario únicamente el Congreso puede proferir leyes, y por vía de excepción, el Presidente de la República dictar disposiciones con fuerza de ley, como ya se dijo.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL/CORPORACION ADMINISTRATIVA/ PRESTACIONES SOCIALES-Incompetencia

Si las Asambleas Departamentales son corporaciones administrativas, su competencia es de carácter sub-legal y sólo pueden desarrollar las atribuciones que expresamente les asignen la Constitución o la ley, por lo que es equivocado el planteamiento del señor Fiscal del Tribunal Administrativo del Atlántico al considerar que si la Carta de 1886 facultó a tales asambleas para regular las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos dentro de su ámbito territorial, esa atribución pueda extenderse también para regular aspectos atinentes a las prestaciones sociales, como en el caso de la pensión de jubilación.

DERECHOS ADQUIRIDOS-Inexistencia/**DERECHO CONTRA LEGEM/ MESADA PENSIONAL**-Inexigible/**TERCERO/BUENA FE/ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR**-Impugnación/**ACCION DE LESIVIDAD**

Respecto al argumento de que no se pueden vulnerar derechos adquiridos como consecuencia de las decisiones adoptadas en la ordenanza aludida, la Sala precisa que tales derechos no pueden nacer y tener soporte legal en un acto contrario al ordenamiento constitucional, si bien es cierto que las mesadas pensionales reconocidas a terceros de buena fe con fundamento en dicha ordenanza, son inexigibles por parte de la

Administración. Sin embargo, lo anterior no obsta para que el Departamento del Atlántico, impugne, en cualquier tiempo, los actos administrativos mediante los cuales se hayan reconocido o reajustado pensiones de jubilación con fundamento en los artículos 9o., y 10o. de la Ordenanza 8 bis del 29 de noviembre de 1972, siendo esa la oportunidad para entrar a estudiar la situación individual que sobre el particular se le plantea a esta jurisdicción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá D.C., agosto veintidós (22) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 6885. Autoridades Departamentales. Actor: Juan Antonio Pabón Arrieta.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Administrativo del Atlántico y por la parte impugnadora contra la sentencia de 24 de enero de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

ANTECEDENTES

El ciudadano Juan Antonio Pabón Arrieta, actuando en su propio nombre, solicitó ante el Tribunal se declare la nulidad de los artículos 9o. y 10o. de la Ordenanza No.8 bis del 29 de noviembre de 1972 expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico, por cuanto ordena reconocer a favor de empleados y ex-empleados de esa corporación administrativa un conjunto de prestaciones a cargo del Tesoro del Departamento del Atlántico, reconocimiento que le compete de manera exclusiva al legislador ordinario o extraordinario, por lo que la actuación de la Asamblea Departamental del Atlántico, es violatoria de la Constitución y las leyes (folio 5 cdno. ppal.).

LA SENTENCIA APELADA

El *a-quo* en la sentencia apelada (folios 50 a 56 *ibídem*), procedió a declarar la nulidad de los actos acusados, apoyándose para el efecto en la providencia del 24 de julio de 1989 que obra a folios 21 a 26, mediante la cual se decretó la suspensión provisional de tales actos; argumenta que tanto el Tribunal como el Consejo de Estado han sido claros en sostener que es función privativa de la ley señalar el régimen prestacional y expresamente la pensión de jubilación de los servidores públicos del orden departamental, por mandato de los artículos 62 y 76 numeral 10 de la Carta de 1886; que los artículos 9o. y 10o. de la Ordenanza 8 bis del 29 de noviembre de 1972 desatienden las prescripciones de dichos artículos de la Constitución Política anterior; que de los preceptos constitucionales aludidos fácilmente se colige que únicamente el legislador puede determinar las condiciones de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público, lo cual quiere decir

que las Asambleas Departamentales no pueden regular lo atinente a requisitos o calidades para acceder a la jubilación de los funcionarios, y si así lo hicieren, como ocurre con la ordenanza cuya nulidad se solicita, contrarían abiertamente las prescripciones de los artículos 62 y 76 numeral 10 de la Carta de 1886.

FUNDAMENTO DE LOS RECURSOS

1o. En el escrito contentivo del **recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora** (folios 57 y 58 *ibídem*) se solicita se revoque en todas sus partes la providencia recurrida y se declare que no hay lugar a la nulidad impetrada.

Manifiesta el recurrente que los argumentos expuestos en el memorial de impugnación de 9 de agosto de 1989, tienen vigencia y plena validez en esta etapa procesal, por lo que a ellos se remite, con la petición de que se consideren como parte integrante del recurso de apelación; que el Tribunal no se detiene a estudiar los planteamientos de lo que debe entenderse por ley, expuestos en el citado memorial, y ni siquiera hace referencia al alegato presentado por su colaborador Fiscal, sino que se limita a sostener que el agente del Ministerio Público expresa que no se debe acceder a las pretensiones del escrito introductorio.

2o. En **el escrito contentivo del recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal**del Tribunal Administrativo del Atlántico (folios 59 a 61 *ibídem*), se pide igualmente la revocatoria del fallo recurrido.

Expone la agencia del Ministerio Público que no es de manera expresa como los artículos 62 y 76 de la Carta de 1886 prohiben que las asambleas determinen pensiones de jubilación o las aumenten, porque fijar las condiciones de jubilación no necesariamente excluye el que una vez fijadas dichas condiciones por la ley, las asambleas señalen quiénes tienen derecho a ella y en qué cuantía se concede tal jubilación; que el hecho de que hasta ahora hubiera sido la ley la que fijara el monto de las jubilaciones, no necesariamente definiría si la Carta es únicamente a la ley a quien autoriza para ello; que no obstante el numeral 9o. del artículo 76 de la Constitución se refiere a todos los empleados, lo que dispone en lo atinente a prestaciones sociales es que sea el Congreso de la República quien fije su régimen y nuevamente aparece la vaguedad del texto constitucional, pues la palabra régimen puede no abarcar el monto de las prestaciones sociales; que es dable interpretar ese texto en el sentido de que no es sólo la ley la que puede determinar el régimen de las jubilaciones departamentales y su monto; que el numeral 5o. del artículo 187 de la Carta de 1886 atribuye a las asambleas la facultad de establecer las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos departementales, al igual que el Congreso señala dichas escalas de remuneración para los cargos nacionales, por lo que si el espíritu general de la Constitución dio al legislativo departamental de la misma facultad que al legislativo nacional en cuanto a escalas de remuneración, la correspondencia y armonía que exige el artículo 30 del Código Civil, imponen que en la misma forma que el Congreso crea y reglamenta las jubilaciones de empleados nacionales, las asambleas puedan crear y reglamentar las mismas pen-

siones para el funcionario departamental; que esta conclusión se refuerza si se considera que la equidad natural que el artículo 32 trae como factor de interpretación, requiere aceptar que las condiciones de jubilación y el régimen de dicha pensión pertenecen al Congreso respecto de los empleados nacionales y que, por consiguiente, pertenece a las asambleas disponer sobre tales materias en cuanto a los funcionarios departamentales; que por ende, no existe causal de nulidad de origen constitucional en las normas acusadas y anuladas por el Tribunal que hacen parte de la Ordenanza No.8 bis de 29 de noviembre de 1972.

EL CONCEPTO FISCAL

La Procuraduría Novena Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado en su concepto de fondo que obra a folios 76 a 81, solicita la confirmación de la sentencia apelada, pues la doctrina y la jurisprudencia claramente han interpretado que las prestaciones sociales de los empleados públicos de todos los niveles administrativos, es competencia del legislador ordinario o extraordinario; que el criterio expuesto, como lo plantea la apoderada del Departamento del Atlántico, en forma categórica fue regulado en el nuevo régimen constitucional, en el artículo 150 numeral 19 literal f), el cual es enfático en expresar que compete al Congreso hacer las leyes; que los actos impugnados bajo la vigencia del anterior régimen constitucional, también eran contrarios a los preceptos contenidos en los artículos 76 numeral 10 y 62 de la Carta de 1886, tal como lo plantea el *a-quo;* que la consideración que tuvo el constituyente de 1968 tiene el antecedente histórico de que no se quería establecer diferencias prestacionales entre los diferentes empleados departamentales; en lo que concierne a la argumentación del impugnante, en un Estado unitario como el nuestro, el principio del centralismo político hace que solamente el Congreso pueda dictar leyes y, por vía de excepción el Presidente de la República, con precisas facultades *pro tempore;* por consiguiente, ninguna otra autoridad de la República tiene atribución para suplir, derogar, modificar o adicionar al legislador, como lo hizo la Asamblea Departamental del Atlántico en la Ordenanza *sub-júdice*; en el caso de las asambleas departamentales calificadas como corporaciones administrativas, resulta más evidente que su competencia reglamentaria es de carácter sub-legal; por tratarse aquella asamblea de una corporación administrativa, sólo puede desarrollar las competencias que expresamente le asigne la Constitución o la ley, y es equivocado el planteamiento del señor agente del Ministerio Público de la primera instancia, al entender que si la Constitución asignó a las asambleas la atribución de determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, el intérprete pueda extender dicha facultad a fijar también las prestaciones sociales; en relación con los efectos jurídicos ya producidos por la ordenanza inconstitucional *sub-júdice*, la Procuraduría precisa que de un acto abiertamente contrario al orden constitucional no nacen derechos; considera que las mesadas de pensiones reconocidas a terceros de buena fe con base en la ilegal ordenanza citada, son inexigibles, porque el equívoco fue creado por las mismas autoridades departamentales; que sin embargo, el Departamento del Atlántico con fundamento en el artículo 90 del nuevo régimen constitucional deberá repetir por la conducta gravemente

culposa de los diputados que intervinieron en la formación de la Ordenanza No.8 bis de 1972, abiertamente inconstitucional, que afectó ilegalmente el Tesoro Público Departamental y, obviamente, el Departamento deberá revocar o demandar los actos administrativos mediante los cuales se haya reconocido la prestación social establecida en los artículos 9o. y 10o. de la referida ordenanza.

Admitidos los recursos de apelación interpuestos (folio 73 *ibídem*), 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

Se trata de dilucidar en el caso *sub-lite* la legalidad de los artículos 9o. y 10o. de la Ordenanza No. 8 bis del 29 de noviembre de 1972 expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico (folio 2 cdno, ppal.).

Mediante el artículo 9o. dicha ordenanza dispuso que los diputados o ex-diputados que se encuentren jubilados tendrán derecho a que se les reajuste su pensión de jubilación en una suma equivalente al 50% de lo que devengan mensualmente, por concepto de dietas, gastos de movilización u otro emolunto, los diputados en ejercicio, entendiéndose que el referido reajuste se producirá en forma automática. Por su parte el artículo 10o. establece en su inciso 1o., que los diputados o ex-diputados que obtengan el derecho a la jubilación por haber prestado sus servicios como tales o como diputados y funcionarios o empleados públicos por período no inferior a 15 años, tendrán derecho a una pensión equivalente al 100% del último sueldo o emolumento del empleo al momento de la desvinculación del mismo, teniendo igualmente derecho al reajuste automático; que los Secretarios General y Auxiliar de la Asamblea Departamental tendrán derecho a la jubilación y al reajuste automático, en la misma forma indicada para los diputados y ex-diputados. Dispuso así mismo el citado artículo 10o., que la partida para cubrir la diferencia de sueldos de los jubilados o las partidas para los que adquieran ese derecho, serán incluídas en el presupuesto de rentas y gastos del Departamento de la vigencia del año 1973; que si por cualquier motivo no se hubiere incluído, queda autorizado el señor Gobernador del Departamento del Atlántico para que por conducto de la Secretaría de Hacienda Departamental realice los traslados indispensables en el presupuesto de esa vigencia o en las subsiguientes en cualquier época y sin más requisitos que los que consagran la ley y normas ordenanzales sobre la materia o paguen por deudores varios.

La Sala comparte el concepto expuesto en este asunto por la señora Procuradora Novena Delegada, en el sentido de que la sentencia apelada amerita ser confirmada.

Como acertadamente lo destaca dicha agencia del Ministerio Público, la Corporación en reiterado criterio jurisprudencial ha manifestado que la regulación del régimen atinente a las prestaciones sociales de los servidores del Estado es competencia exclusiva del legislador ordinario o extraordinario, entendiendo por éste, respectivamente, al

Congreso de la República o al Presidente de la República, mediante la expedición de decretos extraordinarios, en virtud de precisas facultades que se le concedieran con fundamento en los preceptos del numeral 12 del artículo 76 de la Carta de 1886, vigente para cuando se dictó la Ordenanza No.8 bis del 29 de noviembre de 1972.

El artículo 76, ordinal 9o. de la Constitución Política anterior, invocado como infringido en el escrito introductorio (folio 7 *ibídem*), señalaba al legislador la facultad de determinar el régimen prestacional de tales servidores; y el 62 *ibídem*, asignaba de forma expresa al Congreso de la República la facultad de establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito de antigüedad, **y de jubilación,** retiro o despedido. Ni el artículo 187 de la Carta de 1886, ni el 194 ibídem que establecían, respectivamente, las atribuciones de las asambleas departamentales y de los gobernadores, señalaban a estas autoridades administrativas departamentales competencia para que fijaran el estatuto prestacional de sus servidores, incluído el de los diputados.

Es preciso destacar que dicha atribución en la Constitución Política de 1991, es competencia del Gobierno Nacional, que debe ser ejercida con sujeción a lo dispuesto en la ley marco expedida por el Congreso según lo dispuesto en el artículo 150 numeral 19 literal e), artículo que por lo demás preceptúa en su inciso final que las "funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas".

Lo anterior quiere decir que ni a la luz de la Carta de 1886, ni a la de 1991, es viable jurídicamente que corporaciones administrativas, como lo son las asambleas departamentales, puedan inmiscuirse en la regulación de aspectos concernientes al régimen de la pensión de jubilación, como lo hizo en el caso *sub-júdice* la Asamblea Departamental del Atlántico mediante los artículos 9o. y 10o. de la mencionada ordenanza.

La diferencia que plantea la parte impugnadora entre ley formal y material, con el fin de viabilizar jurídicamente una supuesta facultad de las asambleas departamentales para regular tópicos propios del régimen de la pensión de jubilación de los servidores departamentales, no tiene cabida en este asunto, porque si bien estas corporaciones públicas pueden expedir en ejercicio de sus competencias actos de carácter general, impersonales u objetivos, estos tienen naturaleza administrativa y no legal, ya que dentro de nuestro Estado unitario únicamente el Congreso puede proferir leyes, y por vía de excepción, el Presidente de la República dictar disposiciones con fuerza de ley, como ya se dijo.

Como lo destaca la Procuradora Novena Delegada, si las Asambleas Departamentales son corporaciones administrativas, su competencia es de carácter sub-legal y sólo pueden desarrollar las atribuciones que expresamente les asignen la Constitución o la ley, por lo que es equivocado el planteamiento del señor Fiscal del Tribunal Administrativo del Atlántico al considerar que si la Carta de 1886 facultó a tales

asambleas para regular las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos dentro de su ámbito territorial, esa atribución pueda extenderse también para regular aspectos atinentes a las prestaciones sociales, como en el caso de la pensión de jubilación.

Finalmente, respecto al argumento de que no se pueden vulnerar derechos adquiridos como consecuencia de las decisiones adoptadas en la ordenanza aludida, la Sala precisa que tales derechos no pueden nacer y tener soporte legal en un acto contrario al ordenamiento constitucional, si bien es cierto que las mesadas pensionales reconocidas a terceros de buena fe con fundamento en dicha ordenanza, son inexigibles por parte de la administración. Sin embargo, lo anteriro no obsta para que el Departamento del Atlántico, impugne, en cualquier tiempo, los actos administrativos mediante los cuales se hayan reconocido o reajustado pensiones de jubilación con fundamento en los artículos 9o. y 10o. de la Ordenanza No. 8 bis del 29 de noviembre de 1972, siendo esa la oportunidad para entrar a estudiar la situación individual que sobre el particular se le plantee a esta jurisdicción.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada proferida el 24 de enero de 1992 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en el proceso incoado por el señor Juan Antonio Pabón Arrieta en orden a obtener la nulidad de los artículos 9o. y 10o., incluído su parágrafo, de la Ordenanza 8 bis del 29 de noviembre de 1972, expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 27 de julio 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.

PENSION DE INVALIDEZ/SUSTITUCION DE PENSION DE INVALIDEZ- Beneficiarios/**CONYUGE SUPERSTITE**

El reconocimiento de pensión de invalidez es viable cuando el trabajador incapacitado físicamente para laborar vive, pues esta prestación, tiene por objeto precisamente, brindarle medios económicos para su congrua subsistencia. No puede hablarse entonces de pensión de invalidez por muerte; esa prestación no existe, aun cuando la muerte sea la máxima invalidez. Sin embargo , el reconocimiento de la pensión y la sustitución a los beneficiarios del empleado fallecido, puede ser posible si se comprueba que antes del fallecimiento estaba incapacitado en forma absoluta para trabajar. Hallándose probado que próximamente en el mes de junio de 1981 el señor Flórez no podía concurrir al trabajo y se hallaba recluído a causa de su enfermedad, la cual le producía una incapacidad laboral del 100%, no cabe duda que le asistía el derecho a que se le reconociera pensión de invalidez, prestación que según la preceptiva jurídica reguladora de la materia, puede ser sustituída a favor del cónyugue.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., veintidós (22) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 6134. Resoluciones Ministeriales. Actor: Ana Cecilia Cifuentes de Flórez.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 21 de junio de 1991 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

En su propio nombre y en representación de sus hijos menores de edad Gloria Cecilia, Myriam Soraya, Fredy Flórez Cifuentes, la señora Ana Cecilia Cifuentes de Flórez, solicitó al Tribunal declarar que se configuró el silencio administrativo en relación a la petición de pensión sustitutiva de invalidez, del señor José Manuel Flórez y la nulidad del acto administrativo presunto contentivo de esa denegación y que a título de restablecimiento del derecho se reconozca a su favor, a partir del 22 de julio de 1982, el derecho a percibir la pensión sustitutiva de invalidez, por haber contraído el causante una lesión que desde su diagnóstico, significó la existencia de una incapacidad laboral absoluta para toda ocupación remunerativa militar o civil.

Se relata en la demanda, que el señor José Manuel Flórez, casado con Ana Cecilia Cifuentes, con tres hijos menores de edad de nombres Gloria Cecilia, Myriam Soraya y Fredy, prestó sus servicios en las Fuerzas Militares por más de doce (12) años, habiendo fallecido el 22 de julio de 1982, a causa de una lesión cancerosa pulmonar, que había adquirido dos años antes, no habiendo alcanzado a que Sanidad Militar le practicara Juntas Médicas para determinar el porcentaje de incapacidad laboral; que durante los dos años anteriores a su muerte, acusó anomalías respiratorias que exigieron hospitalización, con episodios de incapacidad respiratoria, siendo internado durante los últimos cuatro meses en el Hospital Militar Central, en donde falleció, siendo el diagnóstico *post mortem* de carcinoma pulmonar doble, y que para el día de su deceso, ya se habían despachado órdenes de Juntas Médicas.

Como disposiciones quebrantadas señala los artículos 17 de la Constitución Política, 3o. del Decreto 2218 de 1966 y 88 del Decreto 610 de 1977, y aduce que el artículo 3o. del decreto primeramente mencionado, dispone que el derecho a la pensión de invalidez se logra cuando se adquiere la enfermedad; en el presente caso, dos años antes de la muerte del causante, según aparece en la respectiva hoja clínica del Hospital Militar; que ello exigía la convocatoria de juntas médicas para la determinación de los porcentajes definitivos de incapacidad laboral, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 del Decreto 1836 de 1979, que prevé que si al practicarse un examen físico, se encuentran en una persona lesiones o afecciones que ocasionen disminución de su capacidad laboral, deberá determinarse el índice de incapacidad mediante junta médica; y la convocatoria de ésta se ordenó solo días antes de su fallecimiento, omisión que no puede imputársele al señor Flórez sino a la Administración, y que le causó perjuicios a él y a sus beneficiarios en relación con sus derechos pensionales.

Por último, destaca el apoderado que la lesión que padecía el señor Flórez, después de una larga evolución, le produjo la muerte, sin que antes se le practicara junta médica para determinar sus derechos prestacionales.

LA SENTENCIA

Tramitada la primera instancia, el Tribunal del conocimiento declaró la inhibición para emitir pronunciamiento de mérito sobre el fondo de la contención, en virtud de las deficiencias del poder presentado para actuar.

Agrega el *a-quo*, que como según las pruebas obrantes en autos, para la fecha de otorgamiento del poder ya existía la resolución 145 de 18 de enero de 1983, dicho poder no podía referirse sino a la petición de nulidad de ésta y ello no se impetró en la demanda, lo que tampoco podía hacerse por caducidad de la acción; pero que si se alegara que el poder fue conferido para que se requiriera la configuración del silencio administrativo, se tendría que no existe claridad en la determinación de los asuntos para los cuales fue otorgado, violándose así lo preceptuado en el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente acota, que si el poder fue anterior a la petición administrativa formulada por el representante de la señora Cifuentes de Flórez, el 25 de febrero de 1983 y a la decisión negativa presunta que son presupuestos que la demanda presentada el 20 de septiembre de 1983, dicho memorial poder no se refirió a ello, como tampoco facultó para impetrar las pretensiones de la demanda, sobre el reconocimiento del derecho presunto a la sustitución de la pensión del cónyuge de la poderdante, en su favor y en el de sus hijos menores de edad.

EL RECURSO

Apoyándose en lo que al respecto dicen doctrinantes como el doctor Hernando Morales y el tratadista Chiovenda, el doctor José A. Pedraza Picón aduce que en el caso de autos la admisión de la demanda y el reconocimiento de apoderado, crearon el fenómeno de la preclusión, porque el auto interlocutorio que contiene tales determinaciones no fue recurrido; el juez, por tanto, no puede volver sobre situaciones en firme y menos inhibirse con el alegato impropio de poder insuficiente, fallo que es *extra petita* ya que ninguna de las partes, ni el fiscal, formuló excepción alguna en cuanto a insuficiencia de poder.

Además, critica el fallo porque implica que el apoderado no pueda obrar según un mandato que contenga una relación hipotética de actuar en el presente o en el futuro, y las facultades concedidas al mandatario deben interpretarse con más laxitud, cuando no se está en situación de poder consultar al mandante.

Aduce igualmente el apelante, que si bien el poder se refiere a la demanda de nulidad contra los actos administrativos mediante los cuales "se me deniega de manera total o parcial prestaciones sociales por mis servicios, a la Nación", ello no implica situación hipotética, porque la nulidad se refería a las resoluciones Nos. 3956 y 7296 de 1984, por las cuales se niega a Ana Cecilia Cifuentes de Flórez la pensión a que tenía

derecho como cónyuge sobreviviente del señor José Manuel Flórez Duque, lo que implica que la relación jurídica demandada y que comprende tales actos, es perfecta y por ello se admitió la demanda, siendo por ende, la sentencia violatoria del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, por abstenerse de fallar el fondo de la controversia, y de los artículos 4o. y 43 del Decreto 0800 de 1991, que imponen al juez el deber de subsanar oficiosamente las irregularidades del proceso.

LA VISTA FISCAL

La Procuraduría Judicial Quinta ante el Consejo de Estado, opina que debe revocarse el fallo, por cuanto si bien el poder, en la forma en que fue otorgado no reúne los requisitos contemplados en el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil por no individualizar en forma concreta el objeto del mismo y haber sido otorgado antes de que se formulara la petición ante la Administración, presentándose así un poder indeterminado para un asunto que aún no había nacido a la vista jurídica, por el hecho de haberse admitido la demanda debe estudiarse el fondo del asunto.

A continuación, la colaboradora Fiscal señala que las súplicas de la demanda deben denegarse, toda vez que en el presente caso el causante del derecho a la pensión de invalidez cuya sustitución se reclama, no alcanzó a ser sometido a examen con el fin de que su enfermedad fuera calificada por el servicio de sanidad respectivo, pues falleció antes; que es posible que la Administración se haya demorado para realizar la junta médica, pero que esa omisión no es sólo imputable a ésta, ya que el peticionario tampoco cumplió algunos de los requisitos que se exigían al efecto.

Ha debido, dice, cumplirse el trámite consagrado en los artículos 12 a 14 del Decreto 1836 de 1979 en el caso de que se solicite pensión de invalidez, que prevé la presencia del interesado en los exámenes médicos para la fijación del índice de la pérdida de la capacidad sicofísica y laboral, sin el cual es imposible reconocer esa prestación y esto no se cumplió en el *sub-lite*. Consiguientemente, el dictamen del Jefe de la Sección de Medicina del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no suple la calificación de la Junta y Consejo Médico Laboral.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Aunque son notorias las deficiencias del poder obrante a folio 1, otorgado por la señora Ana Cecilia Cifuentes de Flórez al doctor José A. Pedraza Picón, quien instauró la demanda que dio origen al presente proceso, pues se confiere para demandar los actos administrativos que nieguen (futuro) el reconocimiento de las prestaciones sociales que reclamaría por los servicios prestados a la Nación, o para demandar el silencio de la Administración al no resolver su petición en ese sentido, la Sala al igual que la colaboradora Fiscal estima, que habiendo sido admitida la demanda sin reparo

alguno de la parte indebidamente representada, resulta inoportuno abstenerse de hacer un pronunciamiento de mérito sobre las pretensiones de la demanda aduciendo irregularidades en dicho poder; por ello, se revocará la sentencia apelada y se procederá a decidir la contención planteada en relación con la señora Ana Cecilia Cifuentes únicamente, puesto que en el poder no se mencionan sus hijos Gloria Cecilia, Myriam Zoraida y Fredy Flórez Cifuentes, luego hay carencia total de poder. Además se observa que el reconocimiento de personería hecho en el auto admisorio de la demanda sólo menciona a la señora Ana Cecilia Cifuentes de Flórez.

La señora Cifuentes de Flórez, solicita reconocimiento de la pensión de invalidez al señor José Manuel Flórez Duque, su cónyuge, y la correspondiente sustitución de esta prestación en su favor, argumentando que el causante, durante los dos años anteriores a su muerte, presentó anomalías respiratorias que exigieron hospitalización con episodios de insuficiencia respiratoria, por lo que fue internado en el Hospital Militar Central durante los últimos cuatro meses de vida, en donde falleció, siendo el diagnóstico *post mortem*, de carcinoma pulmonar doble, lo que hacía inevitable su muerte, la que sobrevino el 22 de julio de 1982 cuando se habían despachado órdenes para celebrar juntas médicas a fin de establecer la incapacidad laboral que le producía la enfermedad.

Observa la Sala en primer término, que el reconocimiento de pensión de invalidez es viable cuando el trabajador incapacitado físicamente para laborar vive, pues esta prestación tiene por objeto precisamente, brindarle medios económicos para su congrua subsistencia. No puede hablarse entonces de pensión de invalidez por muerte; esa prestación no existe, aun cuando la muerte sea la máxima invalidez. Sin embargo, el reconocimiento de la pensión y la sustitución a los beneficiarios del empleado fallecido, puede ser posible si se comprueba que antes del fallecimiento estaba incapacitado en forma absoluta para trabajar.

En el caso de autos se cuenta con los siguientes elementos de juicio:

Consta en el expediente que el señor Manuel Flórez Duque prestó sus servicios al Ejército Nacional desde el 1o. de agosto de 1970; que ocupaba el cargo de Conductor de la Intendencia Local 122, Categoría Adjunto Jefe, y que falleció el 22 de julio de 1982 (folio 6 cuaderno 2).

De igual manera aparece demostrado que ingresó al Hospital Militar Central el 21 de septiembre de 1981, en donde permaneció hasta el 9 de octubre de ese año, oportunidad en la cual, según su historia clínica, se efectúo el siguiente resumen de hospitalización:

> "Paciente de 42 años de edad quien ingresa para cateterismo cardíaco. El paciente es conocido por el servicio de cardiología por cuadro además ingurgitación yugular, hepatomegalia y axcitiz de un año de evolución, por lo que ha ingresado

en otras ocasiones y cuyo estudio no invasivo ha evidenciado dilatación de cavidades derecha e insuficiencia tricúspidea de etiología no establecida. Al ingreso se encontró paciente en malas condiciones generales, hidratado con signos de falla derecha. Nuevo ECOFONO reveló aumento de la dilatación de las cavidades derecha. Rayos X de tórax aumento de tamaño de los hilios pulmonares y cardiomegalia a expensas de cavidad derecha cateterismo cardíaco presenta signos y datos hemodinámicos de hipotensión pulmonar severa. Gamagrafía pulmonar anormal por defectos de captación intra y perislumbares. Presentado en reunión de medicina interna donde se decide que debe estudiarse para rompenbilismo pulmonar crónica (sic) y / Ca. oculto por lo cual es visto por hematología quienes quisieron descartar deficit de antiroxina u otra siagulopatía visto por medicina nuclear quienes practican Pool sanguíneo que es anormal por la disminución de la perfusión a viel de arterial pulmonar derecha. Gamagrafía hepática de control no demuestra lesiones intraparenquimatosas, ni aumento de tamaño de bazo, ni otros signos que sugieran cirrosis y hepática. Pruebas de función hepática normales. Se dio tratamiento con diureticos y vaso dilatador con mejoría ligera, a pesar de estar pendientes aún las valoraciones y las conclusiones de los estudios tomados por otros servicios el paciente y la familia piden salida con proesa de folcer (sic) después de este fin de semana. e da slida (sic) por orden del doctor Mayorga. ID; hipertensión pulmonar. Tromboembolismo pulmonar crónico?. Insuficiencia tricúspidea" (fls. 40 y 41).

De acuerdo con el documento obrante a folio 70 del cuaderno No.1, la certificación sobre la muerte del señor Flórez Duque la expidió un galeno de apellido Mayorga, quien parece ser el mismo que firmó el anterior estado clínico en 1981, y señala que su deceso se produjo a causa de una fibrosis pulmonar.

Aparece demostrado también en el *sub-lite*, que el Director de Sanidad Militar cuando se le requirió acerca de la situación médico laboral del causante el 23 de marzo de 1984, señaló que falleció "mientras se elaboraban los conceptos y demás requisitos para una Junta Médica sin habérsele podido practicar" (folio 60 cdno. 2); y el 21 de septiembre de ese mismo año, informó al Jefe del Departamento el que "al mencionado civil se le ordenó la elaboración de Ficha y conceptos por los servicios de Neurología y Cardiología para Junta Médica sin haber dado el interesado cumplimiento a lo solicitado, requisitos indispensables para la práctica de la Junta Médica" (Fl. 69 cdno.2).

El requisito a que se refiere el Director de Sanidad, en términos del artículo 26 del Decreto 610 de 1977 y normas concordantes, es el sometimiento del paciente a examen de las autoridades médicas del respectivo organismo que preste la asistencia médica, para el caso la Junta Médica de la Sanidad Militar, para que efectuara la calificación de su invalidez, lo que no se realizó según el Director de Sanidad, por culpa del señor

Flórez Duque, porque éste no se presentó a fin de que se llevara a cabo tal evaluación médica.

Empero, si conforme a la certificación expedida por Sanidad Militar, el señor Flórez Duque se hallaba recluído en su hogar a causa de la enfermedad que padecía, la cual de acuerdo con el dictamen que con base en los documentos allegados al expediente rindió la Jefatura de Sección de Medicina de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, le producía una incapacidad laboral del 100%, o sea, invalidez total y permanente, ya que no le permitía desempeñar su labor (fl. 75), no puede imputársele al señor Flórez ausencia de voluntad para cumplir con la exigencia legal a que se ha hecho referencia, pues es entendible que una reclusión obligada por su enfermedad, le impedía acudir al servicio de sanidad para tales efectos.

Hallándose probado que aproximadamente desde el mes de junio de 1981 (fl. 70) el señor Flórez no podía concurrir al trabajo y se hallaba recluído a causa de su enfermedad, la cual le producía una incapacidad laboral del 100%, no cabe duda que le asistía el derecho a que se le reconociera pensión de invalidez, prestación que según la preceptiva jurídica reguladora de la materia, puede ser sustituída a favor del cónyuge.

Como quiera que se halla acreditado que la demandante es la cónyuge supérstite del señor José Manuel Flórez Duque (fl. 13), resulta procedente sustituir a su favor la pensión de invalidez *post mortem* que se reconocerá a dicho señor, cuyo valor en términos del artículo 24 del Decreto 610 de 1977, aplicable por disposición del artículo 63 del Decreto 1836 de 1979, será equivalente al 100% de la última asignación mensual devengada por aquél.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 21 de junio de 1991, en el presente proceso, y, en su lugar, se dispone:

Declárase configurado el silencio administrativo frente a la petición formulada por la señora Ana Cecilia Cifuentes de Flórez al señor Ministro de Defensa Nacional el 25 de febrero de 1983.

Condénase a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional a reconocer y pagar a la señora Ana Cecilia Cifuentes Vda. de Flórez, en su calidad de cónyuge supérstite del señor José Manuel Flórez, la pensión de invalidez que a éste hubiera correspondido como adjunto Jefe del Ejército, Código 0382230, equivalente al 100% de las partidas

computables señaladas en artículo 85 del Decreto 610 de 1977, conforme lo ordena el artículo 88 *ibídem*, a partir del 22 de julio de 1982 y hasta cuando se configure alguna de las causales de extinción de la pensión, consagradas en el artículo 106 del mismo estatuto.

No hay lugar a pronunciamiento de mérito en relación con la sustitución pensional a los hijos menores del señor José Manuel Flórez, por ausencia total de poder.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 11 de agosto de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora,* Ausente; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

AJUSTE DE VALOR-Liquidación

Cuando se trata de sumas fijas que no han tenido el beneficio de los ajustes periódicos dispuestos por la ley, es procedente su actualización "pues sería inequitativo" que el accionante recibiera una suma despreciada por el transcurso del tiempo. Para ello se acudirá a la fórmula que ha venido siendo utilizada de tiempo atrás por la Sección Tercera de la Corporación, según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de esta sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de ejecución del acto acusado).

EMPLEADO DE PERIODO-Remoción/**PERIODO DEL CARGO**-Modificación/**ASAMBLEA DEPARTAMENTAL**-Funciones

El retiro del accionante, se produjo antes de que feneciera el período para el cual había sido designado como Secretario de la Comisión de Presupuesto. Empero, se observa que la Asamblea Departamental, mediante la ordenanza, modificó la fecha de la iniciación de los períodos de algunos empleos, entre ellos, el de secretario de las comisiones permanentes como la de Presupuesto, estableciendo que dicho período no puede ser mayor del que corresponde a esa Corporación, es decir, que empieza el 1o. de octubre día en que se inicia el período ordinario de las sumas hasta el 30 de septiembre del año en el cual termina éste; esto es, que en virtud de la modificación de las fechas de iniciación y terminación del aludido período, efectuada por la Asamblea Departamental,

a la que por disposición legal le compete determinar su organización y funcionamiento administrativo -artículo 33 del Decreto1222 de 1986-, el actor sólo tendrá derecho a permanecer como secretario de la aludida comisión, hasta el día que entró a regir la nueva disposición y no hasta la finalización del período para el cual fue elegido.

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

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 7456. Actos de las Asambleas. Actor: Pedro Alejandro Pino Villalba.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante, quien actúa en su propia causa, contra la sentencia de 10 de agosto de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

ANTECEDENTES

El doctor Pedro Alejandro Pino Villalba, en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo mencionado, con el propósito de que se declarara la nulidad del acto administrativo contenido en el acta No. 01 de la Comisión de Presupuesto de la Asamblea Departamental de Bolívar, de la reunión celebrada el 14 de noviembre de 1990, por medio del cual, al elegirse en su reemplazo a la señora Honorina Bottet Puello como Secretaria de dicha Comisión para el período que se había iniciado el 1o. de octubre de 1990 y culminaba el 30 de septiembre de 1992, se le desvinculó de ese empleo; así mismo solicita se le restablezca en sus derechos, ordenando su reintegro al servicio y se condene al Departamento de Bolívar a pagarle los sueldos y prestaciones sociales, desde la fecha de su retiro -7 de diciembre de 1990- hasta cuando se produzca su reintegro, "con los reajustes y ajustes de sueldos y de valor respectivos".

En la demanda se expresa que el accionante fue elegido por la Comisión Permanente de Presupuesto de la Asamblea Departamental de Bolívar, como su secretario, por un período de dos años a partir del 1o. de enero de 1988 y que el 12 de octubre de 1989, fue nuevamente elegido por igual período -dos años-, a partir del 1o. de enero de 1990 hasta el 31 de diciembre de 1991, y que no obstante, la mencionada Corporación, en sesión del 14 de noviembre de 1989, sin que este último período hubiera fenecido, eligió a Honorina Bottet Puello, para que ocupara el cargo que venía desempeñando, retirándolo de esa manera del servicio.

Como fundamento de sus pretensiones, el actor cita los artículos 82, 85, 132 numeral 6), 137, 138, 139 y concordantes del C.C.A., la Ordenanza No. 04 de 1987, acto reglamentario No. 01 de 1987 y Ordenanza No. 23 de 1990 de la Asamblea

Departamental de Bolívar respectivamente y como normas violadas invoca los artículos vigesimosegundo y vigesimotercero de la citada ordenanza y al exponer el concepto de su violación, señala que de acuerdo con el primero, el secretario de las comisiones permanentes, como lo es la de Presupuesto, es elegido por la comisión respectiva, para un período de dos años, que como en el artículo trigesimotercero *ibídem,* se estipuló que la ordenanza regía a partir del 1o. de enero de 1988, ello quiere decir que el período de esos funcionarios comenzaba el 1o. de enero de 1988; que sucesivamente fue elegido como secretario de dicha comisión para el siguiente período, de modo que el último fenecía el 31 de diciembre de 1991, pero que el 14 de noviembre de 1990 fue nombrado su reemplazo mediante el acto acusado, en el que se dijo que se elegía a su sucesor para el período que se había iniciado el 1o. de octubre de 1990 y terminaba el 30 de septiembre de 1992, dando a entender con ello que el período para el cual había sido elegido el demandante había culminado el 30 de septiembre de 1990.

Agrega el accionante que para salvar su error, con posterioridad a su desvinculación la Asamblea expidió la Ordenanza No. 23 de 1990, en la que se aclara, entre otras normas, el artículo vigesimosegundo de la Ordenanza No. 04 de 1987, en la cual se dispone que los Secretarios General y Auxiliar de la Asamblea y los Secretarios de la Comisión del Plan y Presupuesto serán elegidos para un período de dos años, el cual no podía ser mayor del que corresponde a esa Corporación; es decir, del 1o. de octubre día en que se inicia el período ordinario de sesiones de la Asamblea hasta el 30 de septiembre del año en que se termina el período de las mismas; de suerte que esa normatividad, en virtud de la irretroactividad de la ley, no es aplicable al caso *subjúdice*.

LA SENTENCIA

El Tribunal del conocimiento estimó válida la impugnación del acto acusado, porque el demandante fue elegido para el cargo de Secretario de la Comisión Permanente de Presupuesto el 29 de diciembre de 1987, para un período de dos años que comenzó el 1o. de enero de 1988 y luego, el 12 de octubre de 1989, fue reelegido para el período siguiente. Por otra parte, la Ordenanza No. 23 de 3 de diciembre de 1990, aclaratoria de la No. 04 de 1987, que dispuso que el Secretario de la Comisión del Plan y Presupuesto será elegido para un período de dos años, el cual no podrá ser mayor del que corresponde a la Corporación que los eligió, es posterior a la expedición del acto acusado, pues entró a regir el 3 de diciembre de 1990, mientras que la desvinculación del actor se produjo el 14 de noviembre anterior, y por ello, no se le podía desvincular con base en ella, toda vez que tal ordenanza se estaría aplicando retroactivamente, violando así el principio universal de derecho, conforme al cual, la ley rige hacia el futuro.

Igualmente, el *a-quo* dispuso que el Departamento de Bolívar debe pagar al demandante los salarios y prestaciones a que tiene derecho, entre el 7 de diciembre de 1990, fecha hasta la cual laboró y el 31 de diciembre de 1991, día en que vencía el período para el cual fue elegido en el cargo del que se le desvinculó.

EL RECURSO

Al sustentar la alzada, el demandante impreca que además de la condena impuesta al Departamento de Bolívar, a la que se ha hecho referencia, debe ordenarse que dicha entidad le cancele los emolumentos correspondientes a los salarios y prestaciones sociales, con los ajustes de valor de que trata el artículo 178 del C.C.A., lo cual fue omitido en la parte resolutiva de la sentencia y que se disponga que tales reajustes se liquiden a partir de la fecha de exigibilidad de los sueldos respectivos, porque así lo solicitó en el libelo y porque la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado ha precisado, que en los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral, si en la demanda se solicita el reajuste monetario, es procedente ordenarlo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Judicial Novena ante el Consejo de Estado opina que, a pesar de la posición contraria de esta Sección, que considera que en la acción de restablecimiento del derecho de índole laboral no hay una condena ni en concreto ni en abstracto, sino simplemente un restablecimiento del derecho, debe accederse a lo pretendido por el apelante, pues dentro de la capacidad de interpretación que le asiste al juez contencioso, en su condición de administrador de una justicia rogada, puede entenderse que la parte actora sí hizo la petición correspondiente, aunque no haya hecho mención expresa del artículo 178 del C.C.A., y por cuanto, tratándose de emolumentos ya causados -7 de diciembre de 1990 a 31 de diciembre de 1991-, es evidente la necesidad de reajuste, pues dicha condena sólo se pagará a la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En la sentencia impugnada se impone una condena a cargo del Departamento de Bolívar, consistente en el pago al accionante de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha en que se ejecutó el acto que lo removió del cargo de Secretario de la Comisión Permanente de Presupuesto de la Asamblea Departamental de Bolívar -7 de diciembre de 1990- hasta el 31 de diciembre de 1991, en tal virtud, este fallo, en términos del artículo 184 del C.C.A., al no haber sido apelado por la Administración, es pasible del grado jurisdiccional de consulta consagrado en dicho artículo.

En primer lugar, la Sala encuentra que de conformidad con lo estatuído en la Ordenanza No. 04 de 1987, expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar, los Secretarios de las Comisiones Permanentes de esa Corporación, entre ellas la de Presupuesto, son elegidos por las respectivas comisiones para un período de dos años (artículo vigesimotercero) y que según lo prevé el artículo trigesimotercero *ibídem,* dicha ordenanza comenzó a regir a partir del 1o. de enero de 1988, de ahí que el período de dos años a que se hizo mención, se contara a partir de esa fecha.

Así mismo se observa, que la Comisión Permanente de Presupuesto eligió al actor como su secretario, para el período 1990 - 1991, cargo del que tomó posesión el 1o. de noviembre de 1989, según consta en el acta respectiva (folio 54), en la cual se precisa que fue elegido para el período comprendido entre el 1o. de enero de 1990 y el 31 de diciembre de 1991.

En la sesión celebrada el 14 de noviembre de 1990, a propuesta de uno de los diputados, la mencionada comisión eligió a Honorina Bottet Puello como Secretaria de la misma "para el período que se inició el 1o. de octubre de 1990, y termina el 30 de septiembre de 1992, tal como lo establece el parágrafo único del artículo vigésimosegundo de la Ordenanza No. 04 de 1987" (folio 55), decisión que implicó la desvinculación del accionante de dicho empleo.

Es evidente entonces que el retiro del accionante, se produjo antes de que feneciera el período para el cual había sido designado como Secretario de la Comisión de Presupuesto. Empero, se observa que la Asamblea Departamental de Bolívar, mediante la Ordenanza No. 23 de 27 de noviembre de 1990 (folios 59 y 60), modificó la fecha de la iniciación de los períodos de algunos empleos, entre ellos, el de Secretario de las Comisiones Permanentes como la de Presupuesto, estableciendo que dicho período no puede ser mayor del que corresponde a esa Corporación; es decir, que empieza el 1o. de octubre, día en que se inicia el período ordinario de las dumas hasta el 30 de septiembre del año en el cual termina éste; esto es, que en virtud de la modificación de las fechas de iniciación y terminación del aludido período, efectuada por la Asamblea Departamental de Bolívar, a la que por disposición legal le compete determinar su organización y funcionamiento administrativo -artículo 33 del Decreto 1222 de 1986-, el actor sólo tenía derecho a permanecer como Secretario de la aludida comisión, hasta el día en que entró a regir la nueva disposición y no hasta la finalización del período para el cual fue elegido.

La Asamblea Departamental de Bolívar, tenía competencia para determinar las fechas de iniciación y culminación de los períodos de los empleos de esa Corporación, sin que quienes los ocupaban, puedan alegar derecho adquirido al período anterior, pues sabido es que como lo dijo la Sala en sentencia de 4 de diciembre de 1991, expediente 5697, "la garantía de inamovilidad del empleado supone la existencia de la norma legal que la disponga y extinguida ésta por **virtud de ley posterior**, se extingue para el funcionario la garantía sin que pueda alegarse derecho adquirido alguno conforme al artículo 30 de la Constitución Nacional (hoy art. 58), pues prima el principio contenido en la misma norma, de que el interés particular o personal debe ceder al interés público o social".

De acuerdo con lo anterior, es incuestionable que fue desacertado lo dispuesto por el *a-quo* en la sentencia examinada, en lo referente a la cancelación al demandante de los sueldos y prestaciones correspondientes al cargo de Secretario de la Comisión Permanente de Presupuesto, hasta el 31 de diciembre de 1991. Al empleado sólo le

asistía el derecho a permanecer en él, hasta el día en que entró a regir la Ordenanza 23 de 27 de noviembre de 1990 y, por tanto, únicamente hasta esa fecha tiene derecho a percibir los emolumentos dejados de devengar.

De manera que resulta procedente modificar lo decidido por el Tribunal en el numeral 2o. de la parte resolutiva, para determinar que los salarios y prestaciones sociales a que el actor tiene derecho, se le cancelen hasta la fecha indicada. No se señalará en forma precisa tal fecha porque no obra en el proceso la publicación respectiva, por lo cual al momento de ejecutarse la sentencia, deberá determinarse ésta sin que en ningún caso sea posterior al 31 de diciembre de 1991, fecha de finalización del período para el cual fue elegido.

En cuanto a la petición de ajuste monetario del valor de los emolumentos mencionados, a la luz de lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., habrá de accederse toda vez que, como lo ha sostenido la Sala en diversos fallos, entre ellos el dictado el 25 de febrero de 1993, expediente número 1396, cuando se trata de sumas fijas que no han tenido el beneficio de los ajustes periódicos dispuestos por la ley, es procedente su actualización "pues sería inequitativo" que el accionante recibiera una suma depreciada por el transcurso del tiempo.

Para ello se acudirá a la fórmula que ha venido siendo utilizada de tiempo atrás por la Sección Tercera de la Corporación, según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de esta sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de ejecución del acto acusado), así:

R = Rh índice final o en otros términos Rh X índice final
índice inicial = este total se divide por el índice inicial

La suma fija que resulte de totalizar todo lo dejado de percibir por el actor entre el día 7 de diciembre de 1990 hasta el día de vigencia de la Ordenanza 23 de 1990, sin que exceda del 31 de diciembre de 1991, será el Rh o valor histórico.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o.- CONFIRMASE la sentencia del diez (10) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992) proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar en el presente proceso, con excepción del numeral 2 de su parte resolutiva, que se modifica en el sentido de que el Departamento de Bolívar pagará al doctor Pedro Alejandro Pino Villalba, los salarios y demás prestaciones a que tiene derecho, desde el día allí indi-

cado hasta el día en que entró en vigencia la Ordenanza 23 de 1990 de la Asamblea Departamental de Bolívar, sin que tal fecha sea posterior al 31 de diciembre de 1991.

2o.- La suma liquidada se ajustará conforme a la fórmula descrita en la parte motiva de este proveído.

3o.- El Departamento de Bolívar dará cumplimiento a la presente sentencia en el término señalado en el artículo 177 del C.C.A., y, en caso de falta de pago oportuno, reconocerá al doctor Pino Villalba, intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de ese término.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno,* Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial sobre la procedencia del ajuste de valor en sentencias condenatorias de sumas fijas que ya sufren el beneficio del ajuste automáticamente de otras deudas laborales establecidas en la sentencia del 25 de febrero de 1993, exp. 1396 C.P. Dra. Dolly Pedraza de Arenas, Actor: Joaquín Armando Rodríguez.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial sobre la garantía de inmovilidad de los empleados de período durante la vigencia de la norma que lo consagre, establecida en la sentencia de 4 de diciembre de 1991; expediente 5697.

ORGANIZACION ADMINISTRATIVA DEL ESTADO/CENTRALIZACION ADMINISTRATIVA/DESCENTRALIZACION ADMINIS-TRATIVA/ DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA

Son diversos los sistemas de organización político administrativa en que aparece estructurado el Estado moderno, a través de los cuales busca satisfacer las necesidades de los asociados. CENTRALIZACION ADMINISTRATIVA: Es la existencia de una voluntad única que produce decisiones, constituída por una autoridad jerarquizada que parte del centro del Estado. DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA: Consiste en el otorgamiento de funciones o competencias administrativas a autoridades diferentes del poder central, las cuales actúan con autonomía, bajo responsabilidad y en relación no jerárquica con la cúspide de la organización estatal nacional. DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA: Es una fórmula intermedia entre la centralización y descentralización, y consiste en la transferencia de funciones que corresponden a un órgano administrativo central, para que las ejerza un agente local u otra persona jurídica a nombre de aquél, de tal manera que cuando toman decisiones lo hacen en nombre de la entidad que DESCONCRETA, lo que significa que realmente no poseen autonomía.

DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA-Clases/DESCONCENTRACION CENTRAL O SIMPLEMENTE JERARQUICA/DESCONCENTRACION PERIFERICA O TERRITORIAL/DELEGACION DE FUNCIONES/ADSCRIPCION DE FUNCIONES

DESCONCENTRACION CENTRAL O SIMPLEMENTE JERARQUICA: Se produce cuando se otorgan funciones de las autoridades

superiores a las inferiores, pero se conserva el nivel central del órgano; es decir, se ejercen, competencias respecto de todo el territorio nacional. DESCONCENTRACION PERIFERICA O TERRITORIAL: Se caracteriza por el desplazamiento de atribuciones de competencia a autoridades locales. A su vez, cada una de estas dos clases de desconcentración administrativa pueden ejercer bajo dos títulos diferentes: DELEGACION DE FUNCIONES: Consiste en que el funcionario u organismo competente transfiere en forma específica y temporal a uno de sus subalternos una determinada atribución. Para ello debe encontrarse legalmente facultado y además, puede en cualquier momento reasumir la competencia. ADSCRIPCION DE FUNCIONES: Cuando es la ley la que otorga directamente a una autoridad de jerarquía inferior una determinada función o competencia que corresponde en un principio a la autoridad superior; a diferencia de la delegación, se produce sin necesidad de ningún acto administrativo y además, la competencia no puede ser reasumida por el sujeto u órgano al cual correspondía originariamente, salvo disposición legal expresa.

AUTORIDAD TERRITORIAL-Funciones/**PERSONAL DOCENTE**-Administración/**AUTONOMIA ADMINISTRATIVA**-Inexistencia/**FER**-Funciones/**DELEGADO DEL MINISTERIO**-Funciones/**CONTROL DE LEGALIDAD JERARQUICO/DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA TERRITORIAL/DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA**-Inexistencia/**ADSCRIPCION DE FUNCIONES/DELEGACION DE FUNCIONES**-Inexistencia

El art. 9 de la Ley 29 de 1989, asigna a las autoridades territoriales las funciones de nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales y nacionalizados, plazas oficiales de colegios cooperativos y de equipos de educación fundamental, que venían siendo ejercidas por el Ministerio de Educación Nacional. Para el ejercicio de tales funciones no existe autonomía administrativa ni financiera, por cuanto se consagra que el jefe de la entidad territorial administrará el FER, pero este organismo será supervisado por un delegado del Ministerio de Educación (control de legalidad jerárquico y no simple control de tutela). El citado fondo manejará separadamente los recursos que la Nación y la entidad respectiva destinen a la educación y los recursos que la Ley 12 de 1986 establece que deben ser girados. Esto en concordancia con el parágrafo 1 del art. 9 de la Ley 29 de 1989, que establece que los salarios y prestaciones sociales continuarán a cargo de la nación y de las entidades territoriales respectivas. Pero además, el art. 15 de la Ley 29 de 1989 dispone que los jefes de los entes territoriales obrarán como ejecutores de las decisiones de la junta administra-

dora del FER, y como ordenadores del gasto. En consecuencia, se trata de un fenómeno de desconcentración administrativa territorial, y en ningún momento de descentralización administrativa. El Alcalde o el Gobernador que administran el FER, actúan como agentes de la Nación y no como jefes del organismo territorial. Además respecto al título de que se ejerce la desconcentración, considera, la Sala que se trata de un caso de adscripción de funciones y no de delegación; la asignación de funciones se produce de manera definitiva y permanente, sin posibilidad para el ente nacional de poder reasumirlas; no opera como producto de una decisión discrecional de la Administración Nacional, sino por voluntad del legislador.

DAÑO ANTIJURIDICO/RESPONSABILIDAD OBJETIVA/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/DELEGACION DE FUNCIONES/ DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA

El art. 90 de la Carta, que constituye una importante innovación del derecho público, declara que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le serán imputables por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Se trata de un principio general y abstracto de responsabilidad objetiva, que se origina automáticamente para la Administración cuando uno de sus agentes produce un daño, bien por actividad ilícita o aun en actuación lícita, que el sujeto lesionado no tenía el deber jurídico de soportar. La responsabilidad es institucional, de manera que frente a un fenómeno de desconcentración de funciones en una entidad territorial, como sucede en el caso en estudio, la Nación no puede constitucionalmente liberarse por vía general y abstracta de la imputación de responsabilidad por los daños antijurídicos causados por sus agentes. De tal manera que es contrario a la Carta descargar la responsabilidad y las cargas patrimoniales y administrativas que le corresponden a la Nación en entes territoriales, cuando el jefe administrativo de éstas actúa como su agente. Y no importa que la desconcentración se haga a título de adscripción de funciones o de delegación, porque como ya lo ha expresado en otras oportunidades esta Corporación, las funciones delegadas por las autoridades nacionales son propias del Gobierno Central y el carácter nacional de ellas no se desvirtúa con la delegación. Si bien el delegante queda eximido de responsabilidad como persona natural, no así la entidad pública en cuyo nombre se producen acciones u omisiones administrativas. Lo contrario sería admitir la total irresponsabilidad de la Nación que obra o se abstiene de obrar a través de sus agentes.

AUTONOMIA DE GESTION/DESCENTRALIZACION FISCAL

La Nación no puede constitucionalmente imponer cargas fiscales eventuales pero definitivas a los entes territoriales, porque estarían

atentando con los principios de autonomía de gestión y de descentralización fiscal. Cuando el funcionario territorial obrando como agente de la Nación, contraviene normas del estatuto docente o de la carrera administrativa, no compete con sus actos el patrimonio del ente territorial y por ello la disposición del art. 9 de la Ley 29 de 1989 que así lo dispone contraría la Constitución Nacional. Al contrario, cuando obra excediendo los términos de la agencia, como cuando produce nombramientos que exceden la planta de personal docente a administrativa aprobada por el Gobierno Nacional, actuación que también prevé el cuestionado art. 9 de la Ley 29 de 1989, el funcionario que los produce no está obrando como agente de la Nación, sino en representación del ente territorial respectivo, y por ende si compromete el patrimonio de dichas entidades. En estos casos, la nación no puede ser obligada a responder por actos que desbordan el marco de la competencia asignada por virtud de la desconcentración administrativa de que trata la reformada Ley 24 de 1988. Dichos actos se circunscriben al ámbito propio del ente territorial con todas las responsabilidades que ello implica.

SITUADO FISCAL/SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION/DESCENTRALIZACION DE LA EDUCACION-Proceso/ASIGNACION DE RECURSOS

El art. 356 de la Carta establece que el situado fiscal (porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación), será cedido a los departamentos para que en forma directa o a través de los municipios atiendan los servicios de educación y salud. El estudiado fiscal aumentará anualmente hasta llegar a un porcentaje que permita atender en forma adecuada dichos servicios, por lo cual corresponderá a la ley fijar, los plazos para la cesión de esos recursos y "el traslado de las correspondientes obligaciones". Es decir, la descentralización no se produce de manera automática sino a través de un proceso regulado por el legislador. Y en este sentido, el inciso 5 de la citada disposición consagra: "no se podrán descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas". En desarrollo de estas normas se expidió la Ley 60 de 1993, por la cual se distribuyen competencias entre la Nación y las entidades territoriales y se regula la distribución de los recursos. La descentralización de la educación y la salud dispuesta por la Carta Política de 1991, se producirá una vez se haya agotado el proceso de transformación dirigido a ese fin; mientras tanto, corresponde a la Nación intervenir tanto en forma técnica como administrativa en orden a la prestación adecuada de los servicios, para que no se vean afectados negativamente durante el curso de dicho proceso. En otras palabras, la Nación comparte responsabilidades con los entes territoriales, hasta que culmine el proceso de descentralización, y en consecuencia, el

fenómeno de la desconcentración administrativa de funciones por la Ley 24 de 1989 no ha aparecido.

DESCENTRALIZACION DE LA EDUCACION/NOVEDADES DE PERSONAL DOCENTE/DESCONCENTRACION DE FUNCIONES/LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA

Hasta que no se haya perfeccionado el proceso de descentralización, la Nación no puede liberarse de responsabilidad por las novedades de personal docente y administrativo que se produzcan, por cuanto todavía no ha desaparecido el fenómeno de la descentralización de funciones. Hasta tanto no se perfeccione el proceso de descentralización de la educación en los entes territoriales, repite la Sala, el único sujeto legitimado en la causa pasiva para comparecer en procesos contenciosos laborales administrativos con fundamento en tales actos, es la Nación.

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

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 8183. Autoridades Departamentales. Apelación Sentencia. Actor: Alberto Zuluaga Ocampo.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de febrero 18 de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso promovido por Alberto Zuluaga Ocampo, contra el Departamento del Valle del Cauca, que accedió a las peticiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. El accionante, a través de apoderado especial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que hiciera las siguientes declaraciones:

" 1. Es NULO el Decreto No. 1293 de fecha septiembre 6 de 1991 "Por el cual se aceptan unas renuncias, se deroga el artículo 1o. del Decreto 1083 de 1991 y se declara una vacante en la Secretaría de Educación Fondo Educativo Regional -FER- en cuanto en su artículo 2o. dispuso, "aceptar a partir de agosto 31 de 1991 la renuncia presentada por JOSE ALBERTO ZULUAGA OCAMPO, con cédula de ciudadanía No. 2.646.286 de Sevilla, del cargo de Profesor de tiempo completo en el Liceo Femenino del Municipio de Sevilla Distrito Educativo No. 6, para acogerse al beneficio de la Pensión de Jubilació" (sic).

" 2. El Departamento del Valle del Cauca, pagará al Licenciado JOSE ALBERTO ZULUAGA OCAMPO, los sueldos dejados de percibir desde la

fecha en que fue desvinculado del servicio, mediante el retiro del cargo de que fue objeto al aceptarle la renuncia que oportuna y legalmente revocó, por no estar obligado a retirarse para ser jubilado, como se indica en el cuestionado decreto, hasta el día en que sea efectivamente restablecido en el cargo de Profesor de tiempo completo en el Liceo Femenino de Sevilla (V), o a otro de igual o superior categoría y sueldo, así como las primas, vacaciones y demás partidas suplementarias a que tuviere derecho, como docente escalafonado en la carrera docente del Valle del Cauca".

" 3. Para efectos de las prestaciones sociales, se entenderá que no ha habido solución alguna de continuidad en las relaciones del servicio público que unía al Licenciado JOSE ALBERTO ZULUAGA OCAMPO, con el Departamento del Valle del Cauca, Secretaría de Educación Departamental".

" 4. La sentencia deberá cumplirse dentro del término y condiciones señaladas en los artículos 176 a 178 Código Contencioso Administrativo".

2. El Tribunal en el fallo objeto de la apelación, declaró la nulidad del acto demandado, ordenó el reintegro del accionante, condenó al pago de todo lo dejado de percibir, y determinó que no ha habido solución de continuidad entre la fecha de desvinculación y el reintegro.

Consideró el *a-quo* que en efecto, el acto administrativo acusado por medio del cual se aceptó la renuncia del actor en el cargo de docente con el fin de disfrutar de su pensión de jubilación, adolece de nulidad por dos motivos especiales:

a) Por sustracción de materia, por cuanto el accionante presentó un escrito retirando su renuncia del cargo cuando todavía no se había dictado por parte del nominador el decreto de aceptación de la renuncia.

b) Por cuanto dicho acto administrativo se expidió vencido el término de 30 días para que la renuncia pueda ser aceptada, como lo dispone el Art. 113 del Decreto 1950 de 1973 (norma indicada por el actor como violada).

De igual manera consideró el Tribunal que el Decreto 224 de 1972, Art. 5, consagra el derecho del docente de continuar en su cargo y al mismo tiempo disfrutar de su pensión de jubilación siempre y cuando se encuentre física y mentalmente apto para la tarea docente y podrá continuar así hasta la edad de retiro forzoso, o sea hasta los 65 años y que el actor ha demostrado encontrarse en esta situación legal, por cuanto tiene 53 años de edad y, según concepto de medicina legal, se encuentra apto para continuar en su labor educativa.

3. La parte demandada fundamenta su inconformidad con el fallo de primera instancia, con la siguiente argumentación:

a) Si bien la Administración profirió el acto de aceptación de la renuncia en septiembre 6 de 1991, previamente mediante un oficio de agosto 14 de 1991 la Jefe de

Unidad Administrativa de la Secretaría de Educación Departamental comunicó al actor que la renuncia le era aceptada. Dicha funcionaria tiene autoridad para hablar en nombre de la Administración por tener a su cargo el manejo de personal en virtud del fenómeno de la desconcentración.

b) El actor dio por aceptada su renuncia dentro del término legal, por cuanto interpuso reposición contra la citada comunicación y no volvió a laborar.

c) Según el Decreto 1950 de 1973, Art. 113, cuando no sea aceptada la renuncia, el docente puede separarse del cargo sin incurrir en abandono de sus funciones o continuar normalmente en su empleo; el actor optó por la primera alternativa.

En consecuencia, en el fallo recurrido no se analizaron los efectos jurídicos que se generan por el hecho de que el actor se retiró antes del vencimiento del término que tenía la Administración para aceptar su renuncia. Solicita por lo tanto, se revoque el fallo protestado.

Surtido el trámite de ley y sin observarse causal de nulidad, se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Procede la Sala en primer término, a definir si en el caso *sub-júdice* se encuentra debidamente acreditada la legitimación en la causa pasiva:

1. ORGANIZACION ADMINISTRATIVA DEL ESTADO MODERNO

Son diversos los sistemas de organización político administrativa en que aparece estructurado el Estado moderno, a través de los cuales busca satisfacer las necesidades de los asociados. Las fórmulas de organización hoy aceptadas universalmente son las siguientes:

1.1. **CENTRALIZACION ADMINISTRATIVA:** es la existencia de una voluntad única que produce decisiones, constituída por una autoridad rigurosamente jerarquizada que parte del centro del Estado.

1.2. **DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA:** consiste en el otorgamiento de funciones o competencias administrativas a autoridades diferentes del poder central, las cuales actúan con autonomía, bajo su propia responsabilidad y en relación no jerárquica con la cúspide de la organización estatal nacional.

1.3. **DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA:** es una fórmula intermedia entre la centralización y la descentralización, y consiste en la transferencia de funciones que corresponden a un órgano administrativo central, para que las ejerza un agente local u otra persona jurídica a nombre de aquél, de tal manera que cuando toman decisiones lo hacen en nombre de la entidad que desconcentra, lo que significa que realmente no poseen autonomía.

2. CLASES DE DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA

2.1. **DESCONCENTRACION CENTRAL O SIMPLEMENTE JERARQUICA:** se produce cuando se otorgan funciones de las autoridades superiores a las inferiores, pero se conserva el nivel central del órgano; es decir, se ejercen competencias respecto de todo el territorio nacional.

2.2. **DESCONCENTRACION PERIFERICA O TERRITORIAL:** se caracteriza por el desplazamiento de atribuciones de competencia a autoridades locales.

A su vez, cada una de estas dos clases de desconcentración administrativa pueden ejercerse bajo dos títulos diferentes:

1o. **DELEGACION DE FUNCIONES:** consiste en que el funcionario u organismo competente transfiere en forma específica y temporal a uno de sus subalternos una determinada atribución. Para ello debe encontrarse legalmente facultado y además, puede en cualquier momento reasumir la competencia.

2o. **ADSCRIPCION DE FUNCIONES:** cuando es la ley la que otorga directamente a una autoridad de jerarquía inferior una determinada función o competencia que corresponde en principio a la autoridad superior; a diferencia de la delegación, se produce sin necesidad de ningún acto administrativo y además, la competencia no puede ser reasumida por el sujeto u órgano al cual correspondía originariamente, salvo disposición legal expresa.

3o. **ALCANCES DE LA LEY 29 DE 1989**

Mediante la Ley 43 de 1975 se dispuso que la educación primaria y secundaria oficiales será un servicio público a cargo de la Nación. A su vez la Ley 24 de 1988 que reestructuró el Ministerio de Educación Nacional, asignó a los funcionarios de orden territorial como Gobernadores y Alcaldes Municipales, las funciones de administración del personal docente y administrativo nacionales; prescribió además que el Fondo Educativo Regional, FER, será administrado por el jefe de la respectiva entidad territorial y supervisado por un delegado del Ministerio de Educación.

Con la expedición de la Ley 29 de 1989 se introdujeron una serie de modificaciones a la Ley 24 de 1988, las cuales aparecen agrupadas en el Capítulo VI denominado "DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA". A pesar de ello, considera la Sala que se trata en realidad de un fenómeno de **desconcentración administrativa de funciones** por los motivos siguientes:

El artículo 9o. de la Ley 29 de 1989, asigna a las autoridades territoriales las funciones de nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general, administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales y nacionalizados, plazas oficiales de colegios cooperativos y de equipos de educación fundamental, que venían siendo ejercidas por el Ministerio de Educación Nacional.

Para el ejercicio de tales funciones no existe autonomía administrativa ni financiera, por cuanto se consagra que el jefe de la entidad territorial administrará el FER, pero este organismo será supervisado por un delegado del Ministerio de Educación (control de legalidad jerárquico y no simple control de tutela).

El citado Fondo manejará separadamente los recursos que la Nación y la entidad respectiva destinen a la educación y los recursos que la Ley 12 de 1986 establece que deben ser girados. Esto en concordancia con el Parágrafo 1o. del artículo 9o. de la Ley 29 de 1989, que establece que los salarios y prestaciones sociales continuarán a cargo de la Nación y de las entidades territoriales respectivas. Pero además, el artículo 15 de la Ley 29 de 1989 dispone que los jefes de los entes territoriales obrarán como ejecutores de las decisiones de la Junta Administradora del FER, y como ordenadores del gasto.

En consecuencia, se trata de un fenómeno de **desconcentración administrativa territorial,** y en ningún momento de descentralización administrativa. El Alcalde o el Gobernador que administran el FER, actúan como agentes de la Nación y no como jefes autónomos del organismo territorial.

Además, respecto a título de qué se ejerce la desconcentración, considera la Sala que se trata de un caso de **adscripción de funciones** y no de delegación; la asignación de funciones se produce de manera definitiva y permanente, sin posibilidad para el ente nacional de poder reasumirlas; no opera como producto de una decisión discrecional de la Administración Nacional, sino por voluntad del legislador.

4. CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD

A juicio de la Sala, apartes del Parágrafo 2o., incisos 2o. y 3o. del artículo 9o. de la Ley 29 de 1989 se encuentran en conflicto manifiesto con la actual Carta Política Fundamental. La disposición es la siguiente:

> "Los nombramientos y demás novedades de personal que se llegaren a producir por fuera de las respectivas plantas de personal **o contraviniendo las normas del Estatuto Docente y de la Carrera Administrativa** y las disponibilidades presupuestales correspondientes, **serán de exclusiva responsabilidad del municipio o entidad territorial que los hiciere, y suyas las cargas civiles, administrativas y laborales que de tales actuaciones se desprendan.** El funcionario que produjere el nombramiento o la novedad de personal, incurrirá en causal de mala conducta, y responderá solidariamente con la entidad que dicho funcionario represente.
>
> **Las demandas que se llegaren a presentar por causa de los nombramientos y demás novedades de personal con desconocimiento de lo prescrito en este parágrafo, se dirigirán contra el municipio o entidad territorial respectiva,** y contra el funcionario que produjo el acto" (Se destaca la parte en conflicto).

Las razones que llevan a la conclusión de inconstitucionalidad son las siguientes:

4.1. CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El artículo 90 de la Carta, que constituye una importante innovación del derecho público, declara que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Se trata de un principio general y abstracto de responsabilidad objetiva, que se origina automáticamente para la Administración cuando uno de sus agentes produce un daño, bien por actividad ilícita o aun en actuación lícita, que el sujeto lesionado no tenía el deber jurídico de soportar.

La responsabilidad es institucional, de manera que frente a un fenómeno de desconcentración de funciones en una entidad territorial, como sucede en el caso en estudio, la Nación no puede constitucionalmente liberarse por vía general y abstracta de la imputación de responsabilidad por los daños antijurídicos causados por sus agentes.

De tal manera que es contrario a la Carta descargar la responsabilidad y las cargas patrimoniales y administrativas que le corresponden a la Nación en entes territoriales, cuando el jefe administrativo de éstas actúa como su agente. Y no importa que la desconcentración se haga a título de adscripción de funciones o de delegación, porque como ya lo ha expresado en otras oportunidades esta Corporación, las funciones delegadas por las autoridades nacionales son propias del Gobierno Central y el carácter nacional de ellas no se desvirtúa con la delegación.

El artículo 211 de la Carta dispone que "la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario"; principio que en lo sustancial recoge lo estipulado por el artículo 135 de la Constitución anterior; pero en este caso, no se trata de la traslación de la responsabilidad institucional, sino de la responsabilidad personal que implica imputaciones disciplinarias, penales y patrimoniales del funcionario público que produce el acto dañoso, lo cual concuerda con lo prescrito por el artículo 90, inciso 2o. del estatuto supralegal que consagra la acción de repetición contra el agente que produjo el daño con su conducta dolosa o gravemente culposa. Luego si bien el delegante queda eximido de responsabilidad como persona natural, no así la entidad pública en cuyo nombre se producen acciones u omisiones administrativas. Lo contrario sería admitir la total irresponsabilidad de la Nación que obra o se abstiene de obrar a través de sus agentes.

4.2. PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE GESTION DE LOS ENTES TERRITORIALES

En desarrollo del fortalecimiento administrativo de las entidades territoriales, que animó el proceso constituyente, la Constitución de 1991 consagra el principio de autonomía de gestión, que representa un poder de regulación en el manejo de los asuntos

de interés local. Es así como su artículo 287 señala entre otros derechos de las entidades territoriales el de **"Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones"** que implica la prohibición a otro ente o autoridad distinta de vulnerar dicha autonomía fiscal.

Por su parte el artículo 362 de la Carta consagra la descentralización fiscal en los términos siguientes:

> "Los bienes y rentas tributarias o no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, **son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares.**
>
> **Los impuestos departamentales y municipales gozan de protección constitucional y en consecuencia la ley no podrá trasladarlos a la Nación, salvo temporalmente en casos de guerra exterior"** (Se destaca).

En consecuencia, la Nación no puede constitucionalmente imponer cargas fiscales eventuales pero definitivas a los entes territoriales, porque estaría atentando contra los principios de autonomía de gestión y de descentralización fiscal.

Como conclusión de lo anterior dirá la Sala que cuando el funcionario territorial obrando como agente de la Nación, contraviene normas del Estatuto Docente o de la Carrera Administrativa, no compromete con sus actos el patrimonio del ente territorial y por ello la disposición del artículo 9o. de la Ley 29 de 1989 que así lo dispone contraría la Constitución Nacional. Al contrario, cuando obra excediendo los términos de la agencia, como cuando produce nombramientos que exceden la planta de personal docente o administrativa aprobada por el Gobierno Nacional, actuación que también prevé el cuestionado artículo 9o. de la Ley 29 de 1989, el funcionario que los produce **no está obrando como agente de la Nación, sino en representación del ente territorial respectivo, y por ende sí compromete el patrimonio de dichas entidades.** En estos casos, la Nación no puede ser obligada a responder por actos que desbordan el marco de la competencia asignada por virtud de la desconcentración administrativa de que trata la reformada Ley 24 de 1988. Dichos actos se circunscriben al ámbito propio del ente territorial con todas las responsabilidades que ello implica.

4.3. LA DESCENTRALIZACION EDUCATIVA EN LA CONSTITUCION DE 1991

Constituye uno de los principios fundamentales de la organización republicana del Estado prescrito por la nueva Constitución, la descentralización y autonomía de sus entidades territoriales (artículo 1o.).

En esta dirección, el artículo 356 de la Carta establece que el situado fiscal (porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación), será cedido a los departamentos para que en forma directa o a través de los municipios atiendan los servicios de educación y salud.

El situado fiscal aumentará anualmente hasta llegar a un porcentaje que permita atender en forma adecuada dichos servicios, por lo cual corresponderá a la ley fijar los plazos para la cesión de esos recursos y **"el traslado de las correspondientes obligaciones".**

Es decir, la descentralización no se produce de manera automática sino a través de un proceso regulado por el legislador. Y en este sentido, el inciso 5o. de la citada disposición consagra: **"No se podrán descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas"** (Se destaca).

En desarrollo de estas normas se expidió la Ley 60 de 1993, por la cual se distribuyen competencias entre la Nación y las entidades territoriales y se regula la distribución de los recursos.

Esta ley descentralizó en favor de los departamentos (y también de los distritos) los servicios de educación y salud; respecto al primero dispone que será dirigido y administrado directa y conjuntamente con los municipios, de tal manera que los establecimientos educativos y la planta de personal "tendrá carácter departamental" (artículo 3o., N. 5).

El situado fiscal cedido en forma efectiva y autónoma, será administrado bajo la responsabilidad de las entidades territoriales que lo reciben (artículos 9o. y 10o.). Y a la Nación corresponderá asesorar y prestar asistencia técnica y administrativa a dichas entidades (artículo 5o.).

Pero para asumir la administración de los recursos del situado fiscal, los entes territoriales deben acreditar el cumplimiento de una serie de requisitos establecidos en el artículo 14 de esta ley; y para ello a más tardar en diciembre de 1994, deberán encontrarse perfeccionados **"los planes de descentralización, ampliación de coberturas y ajuste administrativo (...) caso contrario, la Nación podrá abstenerse de apoyar al departamento con sus programas de cofinanciación"** (Parágrafo 3o.) (Se destaca).

Dichos planes deberán ejecutarse en el transcurso de cuatro (4) años, contados a partir de la vigencia de dicha ley (agosto 12 de 1993).

Por su parte el artículo 15 prevé que cuando se hayan cumplido todos los requisitos legales las entidades territoriales **"recibirán mediante acta suscrita para el efecto, los bienes, el personal, y los establecimientos que les permitirán cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas. En dicha acta deberán definirse los términos y los actos administrativos requeridos para el cumplimiento de los compromisos y obligaciones a cargo de la Nación y las entidades territoriales respectivas"** (Se destaca).

Se trata en consecuencia, de un traspaso formal, reglamentado y escrito que sella el inicio real de las competencias descentralizadas. Y agrega dicha disposición:

"Mientras las entidades territoriales no satisfagan los requisitos previstos en el artículo 14 y conforme al principio de subsidiariedad, la administración de los recursos del situado fiscal se realizará con la **intervención técnica y administrativa de la Nación por intermedio del respectivo Ministerio**, en los Fondos Educativos Regionales para el caso de educación (Se destaca).

De lo anterior resulta que la descentralización de la educación y la salud dispuesta por la Carta Política de 1991, se producirá una vez se haya agotado el proceso de transformación dirigido a ese fin; mientras tanto, corresponde a la Nación intervenir tanto en forma técnica como administrativa en orden a la prestación adecuada de los servicios, para que no se vean afectados negativamente durante el curso de dicho proceso.

En otras palabras, la Nación comparte responsabilidades con los entes territoriales, hasta que culmine el proceso de descentralización, y en consecuencia, el fenómeno de la desconcentración administrativa de funciones establecido por las Leyes 24 de 1988 y 29 de 1989 no ha desaparecido.

Es oportuno anotar que según lo dispone el artículo 16 de la Ley 60 de 1993, se busca que la descentralización no concluya en los departamentos, sino que se prolongue también a los municipios, los cuales podrán recibir las facultades de dirección y prestación de los servicios de educación y salud, cuando reúnan los requisitos legales.

En este sentido, dispone el citado artículo que "las competencias y funciones que hayan sido asumidas por los municipios en virtud de la Ley 29 de 1989 se ajustarán en todo a lo dispuesto en la presente ley a las disposiciones legales sobre la materia" (Literal b, N. 4).

O sea, que primero se debe producir el fenómeno de departamentalización de la educación y de la salud, y en forma posterior y paulatina la municipalización de dichos servicios.

4.4. LEY GENERAL DE EDUCACION

En desarrollo de los principios constitucionales sobre el derecho a la educación, se expidió la Ley 115 de 1994 que constituye la ley general de educación. En su artículo 147 se dispone como norma básica que la Nación y las entidades territoriales ejercerán la dirección y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señale la Carta Política, la Ley 60 de 1993, dicha ley y las demás que expida el Congreso Nacional.

Por su parte el artículo 106 prescribe:

"**Novedades de personal.-** Los actos administrativos de nombramientos, traslados, permutas y demás novedades del personal docente y administrativo de la educación estatal se harán por los Gobernadores y por los Alcaldes de los

distritos o municipios **que estén administrando la educación conforme a lo establecido en la Ley 60 de 1993"** (Se destaca).

Y según el artículo 107, los nombramientos ilegales no producen efecto alguno y generan para el nominador responsabilidad económica personal y además causal de mala conducta.

Se prevé igualmente que las entidades territoriales que asuman la prestación directa de los servicios educativos estatales podrán crear cargos directivos docentes (artículo 129); los nombramientos para dichos cargos, serán efectuados por los Gobernadores, los Alcaldes de Distrito o Municipio, **"que hayan asumido dicha competencia, previo concurso convocado por el departamento o distrito"** (artículo 127) (Se destaca).

CONCLUSIONES

1. Mientras subsista el fenómeno de la desconcentración administrativa territorial en la modalidad de adscripción de funciones prescritas por las Leyes 24 de 1988 y 29 de 1989 respecto al servicio de la educación estatal, la Nación que es el ente desconcentrador no puede liberarse por vía general y abstracta de toda responsabilidad cuando se producen novedades de personal docente o administrativo contraviniendo las normas del Estatuto Docente y de la Carrera Administrativa, porque en tales casos el jefe de la administración del ente territorial actúa como agente de la Nación.

2. Para que la descentralización del servicio público de educación que la nueva Carta Política establece se realice efectivamente (con el manejo pleno y autónomo del situado fiscal), según la Ley 60 de 1993 se requiere que las entidades territoriales acrediten el cumplimiento de precisos requisitos legales. Esto se hará constar en un acta en donde los departamentos y distritos recibirán los bienes, el personal y los establecimientos que les permitirán cumplir con las funciones y obligaciones (artículo 15).

Mientras esto no suceda, la administración de los recursos del situado fiscal se realizará con la intervención técnica y administrativa de la Nación por intermedio del Ministerio de Educación, en los Fondos Educativos Regionales.

De tal manera que hasta que no se haya perfeccionado el proceso de descentralización, la Nación no puede liberarse de responsabilidad por las novedades de personal docente y administrativo que se produzcan, por cuanto todavía no ha desaparecido el fenómeno de la desconcentración de funciones.

3. Por encontrarse en pugna con principios constitucionales la disposición del parágrafo 2o., incisos 2 y 3 del artículo 9o. de la Ley 29 de 1989, será parcialmente inaplicada en cuanto dispone que los nombramientos y demás novedades de personal que se llegasen a producir **contraviniendo las normas del Estatuto Docente y de la Carrera Administrativa,** serán de exclusiva responsabilidad del municipio o

entidad territorial que los hiciere, y suyas las cargas civiles, administrativas y laborales que de tales actuaciones se desprendan y que en tales casos las demandas que se llegaren a presentar se dirigirán contra el municipio o entidad territorial respectiva.

Hasta tanto no se perfeccione el proceso de descentralización de la educación en los entes territoriales, repite la Sala, el único sujeto legitimado en la causa pasiva para comparecer en procesos contenciosos laborales administrativos con fundamento en tales actos, es la Nación.

Con fundamento en lo antes expuesto, considera la Sala que en la presente *litis* no se encuentra debidamente acreditada la legitimación en la causa pasiva, por cuanto la demanda debió dirigirse contra la Nación y no contra el Departamento del Valle del Cauca, toda vez que el Gobernador de dicho departamento obró al producir el acto acusado como agente de la Nación.

Por lo tanto se impone revocar la sentencia apelada, y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

En virtud de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCASE la sentencia de febrero dieciocho (18) de mil novecientos noventa y tres (1993), pronunciada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera, en el proceso promovido por **ALBERTO ZULUAGA OCAMPO,** contra el Departamento del Valle del Cauca; en su lugar, **NIEGANSE** las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada, aprobada y ordenada su publicación por la Sala en sesión del veintiuno (21) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (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.

ACTO ADMINISTRATIVO-Validez/**ACTO DE REMOCION/DELEGACION DE FUNCIONES/EXPEDICION IRREGULAR-**Inexistencia

En cuanto a que la resolución no señaló la norma por la cual se delegó la facultad al señor Ministro de Hacienda para remover los funcionarios a su cargo, ha de decir la Sala que dicho pronunciamiento no es condición para la existencia del acto, ni su omisión alcanza a generar duda e incertidumbre sobre su validez como lo dice la recurrente; si bien es cierto que todo acto administrativo debe sujetarse a unas formas determinadas, no toda ausencia de formalidad enerva la legalidad del acto; ésta sólo se verá afectada cuando la omisión toca con las formas sustanciales, no con las accesorias o secundarias, como podía ser en el *sub-lite,* la ausencia de determinar claramente que se estaba obrando en ejercicio de facultades delegadas; dicha omisión no incide en la decisión contenida en la resolución, ni vulnera ninguna garantía al empleado y mucho menos impide el ejercicio del control de legalidad, por lo que el cargo de expedición irregular formulado por la actora no ha de prosperar.

CARRERA ADMINISTRATIVA/ESCALAFON-Inscripción

La inscripción en el escalafón de la carrera administrativa sólo se da con el agotamiento de todas las etapas que prevé la ley, las cuales culminan con la expedición del acto correspondiente de inscripción.

EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO/FUERO DE ESTABILIDAD-Inexistencia/**EFICIENCIA LABORAL/PROCESO DISCIPLINARIO**-Existencia/**NEXO CAUSAL**-Inexistencia

Y el buen desempeño de la demandante durante el tiempo que laboró para la entidad demandada, como lo ha sostenido esta Corporación, no genera por sí solo, en cuanto a los empleados de libre nombramiento y remoción, fuero de estabilidad, pues bien pueden existir otras razones de servicio que lleven a la Administración a ejercer la facultad de remoción. Tampoco le generaba estabilidad el hecho de que se estaba adelantando en su contra un proceso disciplinario por parte de la Procuraduría General de la Nación, ni existe prueba alguna que establezca nexo de causalidad entre el disciplinario y la remoción.

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

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 8296. Resoluciones Ministeriales. Apelación Sentencia. Actor: Martha Parada Noval.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", el 5 de febrero de 1993.

ANTECEDENTES

1.- La actora MARTHA PARADA NOVAL, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad del artículo 2o. de la Resolución No. 02172 de julio 3 de 1987, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Jefe de Grupo 2065 - grado 04 de la Sección de Secretaría y Correspondencia de la División de Documentación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

2.- La demandante le endilga al acto de insubsistencia tres cargos: 1,- Incompetencia, porque el acto del retiro del servicio debió expedirlo el señor Presidente de la República y no el Ministro de Hacienda. 2.- Desviación de poder, porque el motivo en que se basó la Administración no fue el buen servicio y 3.- Violación de las normas sobre la Carrera Administrativa.

3.- El *a-quo* negó las pretensiones de la demanda, por considerar, en primer lugar, que la actora no tenía el *status* de empleada de carrera y por consiguiente no estaba amparada por fuero alguno de estabilidad. En segundo lugar, consideró, luego de analizar las pruebas testimoniales, que no se daban las circunstancias de orden

ACTO ADMINISTRATIVO-Validez/**ACTO DE REMOCION/DELEGACION DE FUNCIONES/EXPEDICION IRREGULAR-**Inexistencia

En cuanto a que la resolución no señaló la norma por la cual se delegó la facultad al señor Ministro de Hacienda para remover los funcionarios a su cargo, ha de decir la Sala que dicho pronunciamiento no es condición para la existencia del acto, ni su omisión alcanza a generar duda e incertidumbre sobre su validez como lo dice la recurrente; si bien es cierto que todo acto administrativo debe sujetarse a unas formas determinadas, no toda ausencia de formalidad enerva la legalidad del acto; ésta sólo se verá afectada cuando la omisión toca con las formas sustanciales, no con las accesorias o secundarias, como podía ser en el *sub-lite,* la ausencia de determinar claramente que se estaba obrando en ejercicio de facultades delegadas; dicha omisión no incide en la decisión contenida en la resolución, ni vulnera ninguna garantía al empleado y mucho menos impide el ejercicio del control de legalidad, por lo que el cargo de expedición irregular formulado por la actora no ha de prosperar.

CARRERA ADMINISTRATIVA/ESCALAFON-Inscripción

La inscripción en el escalafón de la carrera administrativa sólo se da con el agotamiento de todas las etapas que prevé la ley, las cuales culminan con la expedición del acto correspondiente de inscripción.

probatorio que desvirtuaran la presunción de legalidad del acto acusado. Por último, manifestó el Tribunal que el señor Ministro de Hacienda sí era competente para declarar la insubsistencia de la actora, por la delegación que hizo el Presidente de la República en los Ministros, mediante Decreto 1153 de 1978 vigente para la época en que se profirió el acto acusado, para que nombraran y removieran los empleados a su cargo.

SUSTENTACION DE LA APELACION

Alega la recurrente que en el proceso se demostró la incompetencia del señor Ministro de Hacienda al expedir el acto de insubsistencia, porque no podía ser desvinculada mediante un acto de inferior categoría al decreto Presidencial por el cual fue nombrada en la entidad. Manifiesta además que en el acto de retiro no aparece la norma que delega en el señor Ministro la facultad para separarla del servicio.

Considera, de otra parte, que la circunstancia de no haberse tramitado la inscripción en la carrera no desvirtúa el hecho de que la actora hubiera ingresado a ella, por cuanto diligenció ante el Departamento Administrativo del Servicio Civil el formulario para ingresar al escalafón. Finalmente aduce que los despidos masivos de los funcionarios de la entidad demuestran el motivo desviado de la Administración al proferir el acto acusado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Fiscal Quinta Delegada ante esta Corporación en su concepto de fondo solicitó la confirmación del fallo recurrido. Manifiesta que la actora era empleada de libre nombramiento y remoción, no amparada por fuero de carrera y por lo tanto su nombramiento podía ser declarado insubsistente en cualquier momento. Sostiene que el acervo probatorio no alcanzó a desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto acusado.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Comparte la Sala las razones expresadas por el *a-quo* respecto de la competencia que le asistía al señor Ministro de Hacienda para retirar del servicio a la demandante porque ciertamente, mediante el Decreto 1153 de 1978, vigente para la época de expedición del acto acusado, el Presidente de la República delegó en los Ministros y Jefes de Departamento Administrativo la facultad para nombrar y remover los empleados de sus dependencias, con excepción de algunos cargos, dentro de los cuales no se encuentra el empleo de la accionante.

En cuanto a que la resolución no señaló la norma por la cual se delegó la facultad al señor Ministro de Hacienda para remover los funcionarios a su cargo, ha de decir

EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO/FUERO DE ESTABILIDAD-Inexistencia/**EFICIENCIA LABORAL/PROCESO DISCIPLINARIO**-Existencia/**NEXO CAUSAL**-Inexistencia

Y el buen desempeño de la demandante durante el tiempo que laboró para la entidad demandada, como lo ha sostenido esta Corporación, no genera por sí solo, en cuanto a los empleados de libre nombramiento y remoción, fuero de estabilidad, pues bien pueden existir otras razones de servicio que lleven a la Administración a ejercer la facultad de remoción. Tampoco le generaba estabilidad el hecho de que se estaba adelantando en su contra un proceso disciplinario por parte de la Procuraduría General de la Nación, ni existe prueba alguna que establezca nexo de causalidad entre el disciplinario y la remoción.

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

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 8296. Resoluciones Ministeriales. Apelación Sentencia. Actor: Martha Parada Noval.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", el 5 de febrero de 1993.

ANTECEDENTES

1.- La actora MARTHA PARADA NOVAL, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad del artículo 2o. de la Resolución No. 02172 de julio 3 de 1987, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Jefe de Grupo 2065 - grado 04 de la Sección de Secretaría y Correspondencia de la División de Documentación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

2.- La demandante le endilga al acto de insubsistencia tres cargos: 1.- Incompetencia, porque el acto del retiro del servicio debió expedirlo el señor Presidente de la República y no el Ministro de Hacienda. 2.- Desviación de poder, porque el motivo en que se basó la Administración no fue el buen servicio y 3.- Violación de las normas sobre la Carrera Administrativa.

3.- El *a-quo* negó las pretensiones de la demanda, por considerar, en primer lugar, que la actora no tenía el *status* de empleada de carrera y por consiguiente no estaba amparada por fuero alguno de estabilidad. En segundo lugar, consideró, luego de analizar las pruebas testimoniales, que no se daban las circunstancias de orden

la Sala que dicho pronunciamiento no es condición para la existencia del acto, ni su omisión alcanza a generar duda e incertidumbre sobre su validez como lo dice la recurrente; si bien es cierto que todo acto administrativo debe sujetarse a unas formas determinadas, no toda ausencia de formalidad enerva la legalidad del acto; ésta sólo se verá afectada cuando la omisión toca con las formas sustanciales, no con las accesorias o secundarias, como podía ser en el *sub-lite,* la ausencia de determinar claramente que se estaba obrando en ejercicio de facultades delegadas; dicha omisión no incide en la decisión contenida en la resolución, ni vulnera ninguna garantía al empleado y mucho menos impide el ejercicio del control de legalidad, por lo que el cargo de expedición irregular formulado por la actora no ha de prosperar.

También acertó el *a-quo* sobre la condición que ostentaba la actora al momento de su desvinculación, pues en verdad era una empleada de libre nombramiento y remoción, porque si bien desempeñaba al momento de su retiro un cargo de carrera, no había obtenido el *status* correspondiente, habida cuenta que no se produjo el acto de inscripción en la Carrera Administrativa.

Como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, la inscripción en el escalafón de la Carrera Administrativa sólo se da con el agotamiento de todas las etapas que prevé la ley, las cuales culminan con la expedición del acto correspondiente de inscripción.

En el caso*sub-lite,* aparece a folio 25 el formulario de solicitud de inscripción para la Carrera Administrativa, de fecha 23 de agosto de 1982, diligenciado por la actora, con fecha de recibo de correspondencia del Departamento Administrativo del Servicio Civil, pero a folio 66 obra constancia suscrita por el Secretario General del Departamento Civil, de julio 6 de 1989, de que la Dra. MARTHA PARADA NOVAL no figura inscrita en el escalafón de la carrera administrativa en ningún cargo de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional. Por lo demás no hay constancia alguna en el plenario que acredite que la empleada hubiere ingresado por concurso o que el curso de adiestramiento que realizó hubiere sido habilitado como tal ni que hubiera sido nombrada en período de prueba, para que alegue derecho a ser inscrita. Su nombramiento se hizo en provisionalidad y podía ser declarada insubsistente en cualquier momento, sin observar el procedimiento que rige para los empleados escalafonados en la Carrera Administrativa.

En cuanto al cargo de desvío de poder que se le atribuye al acto demandado, esta Sala, del acervo probatorio allegado, no encuentra demostradas las circunstancias que lleven al convencimiento de que el acto de insubsistencia tuviera móviles torcidos o distintos del buen servicio o hubiera sido fruto de despidos masivos para crear traumatismos a la Administración.

Obran a folios 75 y 76 del cuaderno principal, las exposiciones de las personas citadas a declarar en el proceso, quienes en relación sobre si sabían los motivos de la entidad para declarar insubsistente a la actora, contestaron: "En el año de 1987, yo era Revisora del Grupo de Devoluciones y Martha estaba en correspondencia. En un (sic)

julio yo estaba en vacaciones y cuando regresé me encontré con la noticia de que a Martha la habían destituído" (fl. 75). "Sí tuve conocimiento de la insubsistencia. Personalmente las causas no las conozco desde luego" (fl. 76). Y aun cuando a folio 85 el deponente expresó: "para mí fue una verdadera sorpresa la declaratoria de insubsistencia de la Dra. pues ella se desempeñaba en sus funciones durante su gestión como Jefe del Grupo de Correspondencia con una gran capacidad y espíritu de consagración...", y luego se refirió a la desmejora en la prestación del servicio, atestiguando que el atraso en el trabajo fue sensible, no atribuye éste exclusivamente al retiro de la accionante pues dice que fuera de la declaratoria de insubsistencia de empleados en el Grupo de Corrrepondencia, la entidad canceló el contrato a más de treinta empleados supernumerarios que habían sido enganchados para sacar adelante los trabajos de contabilización, recepción y envío de declaraciones de renta, por falta de presupuesto. De manera que para la Sala no surge el convencimiento de que los movimientos de personal se produjeron por razones ajenas a las necesidades del servicio como lo asegura la actora.

Y el buen desempeño de la demandante durante el tiempo que laboró para la entidad demandada, como lo ha sostenido esta Corporación, no genera por sí solo, en cuanto a los empleados de libre nombramiento y remoción, fuero de estabilidad, pues bien pueden existir otras razones de servicio que lleven a la Administración a ejercer la facultad de remoción. Tampoco le generaba estabilidad el hecho de que se estaba adelantando en su contra un proceso disciplinario por parte de la Procuraduría General de la Nación, ni existe prueba alguna que establezca nexo de causalidad entre el disciplinario y la remoción.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", de febrero cinco (5) de mil novecientos noventa y tres (1993), por la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso incoado por la señora MARTHA PARADA NOVAL.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del veintisiete (27) de julio 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.

PROCESO DISCIPLINARIO/FUNCIONARIO INVESTIGADOR-Facultades/ **COMPETENCIA/DELEGACION DE FUNCIONES**

La competencia del funcionario investigador, si bien la normatividad prescribe que el Jefe del organismo o de la dependencia Regional o Seccional designará a un funcionario para que realice la investigación, lo que allí realmente se consagra es la posibilidad de delegar esa función; por lo tanto, bien podía el Gerente Regional efectuar la investigación directamente sin delegar su facultad en otro funcionario si, como en este caso, ocupaba un cargo de mayor jerarquía que el del investigado.

PROCESO DISCIPLINARIO-Irregularidades/**NULIDAD**-Improcedencia

No toda irregularidad dentro del proceso disciplinario, genera de por sí la nulidad de los actos a través de los cuales se aplica a un funcionario una sanción disciplinaria, pues lo que interesa en el fondo es que no se haya incurrido en fallas de tal naturaleza que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso.

FALTA DISCIPLINARIA/DINERO OFICIAL-Uso Indebido/**RESPONSABILIDAD PENAL**-Inexistencia/**SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO/RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA**-Autonomía/**ATENUANTES/AGRAVANTES/SANCION DISCIPLINARIA**-Dosimetría

No es de recibo para la Sala la afirmación del recurrente en tanto expresa que justificó la razón por la cual tomó los dineros, con lo cual desvirtuó lo "indebido" de su conducta, pues en tales condiciones todo empleado del Estado podría utilizar los dineros oficiales para solucionar sus

apremios personales. Si el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva encontró mérito para sobreseer definitivamente al actor, ello no hace desaparecer la falta disciplinaria, pues quedó demostrado que el actor usó indebidamente dineros oficiales, aun cuando penalmente esa conducta no resultara punible. Tampoco desaparecía o atenuaba su responsabilidad el no haber sido sancionado anteriormente o contar con un excelente desempeño, pues cuando la conducta tiene, como en este caso, una calificación en el ordenamiento disciplinario, no hay lugar a derivar beneficios por circunstancias atenuantes. Las circunstancias atenuantes o agravantes tienen incidencia cuando la ley permite al investigador graduar la sanción, mas no cuando ella misma lo ha previsto.

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

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 6556. Autoridades Nacionales. Actor: Orlando Sánchez Jiménez.

El señor ORLANDO SANCHEZ JIMENEZ, actuando mediante apoderado interpone recurso de apelación contra la sentencia de 4 de octubre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila.

ANTECEDENTES

Ante el Tribunal el señor Sánchez Jiménez solicitó la nulidad de las resoluciones Nos. 001.000-245 y 001.000-5230 de marzo 11 de 1987 y mayo 26 de 1988, por las cuales la Empresa Nacional de Telecomunicaciones lo destituyó del cargo que ocupaba. Solicitó igualmente el restablecimiento del derecho.

Relata la demanda que al actor se le inició investigación disciplinaria por faltante de dineros, hecho que confesó demostrando que ello ocurrió por cuanto se le presentó una calamidad doméstica. Señala que no obstante haber reconocido la falta fue destituído de su cargo.

Argumenta que el proceso disciplinario estuvo viciado por cuanto fue adelantado por el Gerente Regional de Ibagué, funcionario que sólo tenía competencia para designar un investigador mas no para investigar directamente y no se tuvieron en cuenta las circunstancias atenuantes y los antecedentes del actor al calificar la falta, de la cual fue absuelto por la justicia penal.

El ente demandado al contestar la demanda propone las excepciones de caducidad de la acción por cuanto el acto se notificó al apoderado el 30 de junio de 1988 y la

demanda se presentó el 1o. de octubre del mismo año; y la de inepta demanda por falta de determinación de la cuantía.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal consideró que las excepciones propuestas no estaban llamadas a prosperar.

En cuanto a la caducidad expresó que conforme al artículo 44 del C.C.A. toda decisión se notificará en el orden allí establecido, es decir, primero al interesado y luego al apoderado, en consecuencia no puede contarse el término de caducidad de la acción desde la fecha en que se notificó al apoderado, sino desde aquella en la cual se notificó al interesado. Concluye que la demanda se presentó en término.

Con respecto a la inepta demanda, expresa que la cuantía del proceso estaba probada atendiendo el sueldo allí certificado.

Sobre el fondo del asunto, luego de un juicioso estudio de los argumentos planteados, concluyó que el proceso disciplinario se ajustó a la legalidad y negó las pretensiones de la demanda.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurrente insiste en los argumentos planteados en el libelo, afirma que quien adelantó la investigación disciplinaria no podía solicitarle de manera inmediata los descargos como lo hizo, y más aún no podía investigarlo por ser incompetente para ello. Que al hacerlo así omitió una de las etapas del proceso cual es la investigativa, de la cual no se le dio aviso, violándose lo previsto en la ley.

Solicita la revocatoria de la sentencia apelada.

ALEGATOS DE LAS PARTES

Las partes no alegaron de conclusión, ni tampoco la agencia del Ministerio Público.

Decide la Sala, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Los actos acusados son las resoluciones 001000-2415 de 11 de marzo de 1987 y 001000-5230 de 26 de mayo de 1988 expedidas por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

Se trata de dilucidar en el caso *sub-lite* si el demandante fue destituído de su empleo, con apoyo en la ley y previa observancia del derecho de defensa.

Como lo ha manifestado la Sala en numerosas oportunidades, la destitución exige el adelantamiento de un proceso disciplinario previo en desarrollo del cual el empleado investigado haya tenido la posibilidad de controvertir los cargos que se le formularon.

De las pruebas traídas al proceso, se deduce que fue destituído de su cargo al haberse encontrado un faltante de $109.948.75, que el actor admite haber utilizado por causa de una calamidad familiar que se le presentó.

Dirá la Sala que comparte el análisis efectuado por el Tribunal, y se limitará a pronunciarse sobre los puntos objeto de inconformidad por parte del recurrente, es decir la incompetencia del funcionario investigador, la inexistencia del auto que declaró abierta la investigación, y la necesidad de practicar pruebas para desvirtuar la falta imputada.

En lo relativo a la competencia del funcionario investigador, si bien la normatividad prescribe que el Jefe del organismo o de la dependencia Regional o Seccional designará a un funcionario para que realice la investigación, lo que allí realmente se consagra es la posibilidad de delegar esa función; por lo tanto, bien podía el Gerente Regional efectuar la investigación directamente sin delegar su facultad en otro funcionario si, como en este caso, ocupaba un cargo de mayor jerarquía que el del investigado.

Como lo ha expresado la Sala en diversas ocasiones, no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario, genera de por sí la nulidad de los actos a través de los cuales se aplica a un funcionario una sanción disciplinaria, pues lo que interesa en el fondo es que no se haya incurrido en fallas de tal naturaleza que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso.

Ahora bien, estudiado detenidamente el proceso disciplinario llevado a cabo contra el demandante para imponerle la sanción de destitución, la Sala encuentra que se cumplieron a cabalidad los requisitos establecidos en las disposiciones pertinentes que regulan la materia y no se incurrió en el desconocimiento del derecho de defensa.

La investigación se hizo al practicarle la visita, pues como resultado de ésta se detectó el faltante y obviamente la conducta irregular del funcionario.

Se observa al cuaderno 3 el pliego de cargos (fl.20), los descargos presentados por el investigado (fls.22 a 33 vto.), el informe del investigador (fls. 34 y 35), el estudio de la situación por la Comisión de Personal (fls. 39 a 42), es decir, se cumplieron todas las etapas del proceso. No se infiere violación del derecho de defensa, toda vez que se adelantó proceso disciplinario previo, en desarrollo del cual el inculpado tuvo la oportunidad de controvertir los cargos que se le formularon y se oyó a la Comisión de Personal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

Se observa además que las resoluciones impugnadas, sí aparecen motivadas y en ellas se hace mención al procedimiento que se realizó y al concepto de la Comisión de Personal de TELECOM, emitido por todos sus miembros, el cual fue acogido por la autoridad nominadora.

Tampoco es cierto que al actor se le haya corrido el pliego de cargos de manera inmediata, sin constatación directa de los hechos por parte del jefe. Como obra en el

expediente, previo a tal momento se adelantó la visita contable en la Oficina Telepostal Baraya, entre el 14 y el 18 de mayo de 1987, y los cargos se hicieron el 18 de julio del mismo año con base en tal informe.

Cabe analizar ahora, si al no decretarse las pruebas solicitadas en los descargos, como son la declaración de Gerónimo Galvis y las certificaciones sobre antecedentes laborales, se violó el derecho de defensa.

En el texto de los descargos presentados por el actor (fl. 26 cuad.3) se lee:

> "Además espero que se pidan los diferentes certificados de que hago referencia anteriormente en esta nota, como también se le tome declaración al señor Gerónimo Galvis, quien reside en la ciudad de Florencia y es trabajador de Coomotor en dicha ciudad..."

No se allega la dirección del declarante, ni se indica el objeto de la declaración; sin embargo puede colegirse que con ella buscaba demostrar la razón por la cual hizo uso de los dineros oficiales.

Pero lo importante no era justificar las razones que lo llevaron a tomar los dineros oficiales para gastos particulares, sino de establecer si su conducta se ajustó a la que como servidor público correspondía desarrollar.

No es de recibo para la Sala la afirmación del recurrente en tanto expresa que justificó la razón por la cual tomó los dineros, con lo cual desvirtuó lo "indebido" de su conducta, pues en tales condiciones todo empleado del Estado podría utilizar los dineros oficiales para solucionar sus apremios personales.

Si el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva encontró mérito para sobreseer definitivamente al actor, ello no hace desaparecer la falta disciplinaria, pues quedó demostrado que el actor usó indebidamente dineros oficiales, aun cuando penalmente esa conducta no resultara punible.

Tampoco desaparecía o atenuaba su responsabilidad el no haber sido sancionado anteriormente o contar con un excelente desempeño, pues cuando la conducta tiene, como en este caso, una calificación en el ordenamiento disciplinario, no hay lugar a derivar beneficios por circunstancias atenuantes.

Las circunstancias atenuantes o agravantes tienen incidencia cuando la ley permite al investigador graduar la sanción, mas no cuando ella misma la ha previsto.

Para decretar las pruebas era necesario establecer su conducencia y eficacia. Sin lugar a dudas el actor había dispuesto de dineros oficiales para su uso particular y así lo admitió él mismo. Las pruebas que fueron solicitadas en los descargos, no conducían entonces a desvirtuar el hecho; de esta manera al no decretarse, no se violó el derecho de defensa.

Como el uso indebido de dineros oficiales amerita la sanción que le fue impuesta, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 4 de octubre de 1991 dentro del proceso promovido por Orlando Sánchez Jiménez contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

COPIESE, NOTIFIQUESE, Y UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 25 de agosto 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: Sobre el mismo tema de delegación de funciones en procesos disciplinarios pueden consultarse las providencias de octubre 22 de 1990, Exp. 626, Ponente: Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ, Actor: MARIA V. VARGAS DE VALENCIA y la de noviembre 23 de 1993, Exp. 5635, Ponente: Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, Actor: HECTOR HELI ROJAS HERNANDEZ.

CARRERA JUDICIAL-Régimen Aplicable/CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-Funciones/LISTA DE ELEGIBLES

La Ley de Carrera Judicial es el Decreto Ley No. 052 de 1987. En aplicación del inciso 1o. del artículo 256 de la norma superior, esa es la ley que debe observar el Consejo Superior de la Judicatura para los efectos de ejercer sus atribuciones como administrador de la Carrera Judicial y para la provisión de los nominadores, de las listas de candidatos al desempeño en la carrera judicial como funcionarios judiciales, dentro de su marco legal, salvo las excepciones constitucionales y legales. SUSPENDE PROVISIONALMENTE los efectos de las siguientes disposiciones del Acuerdo 34 de 1994, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura: Los artículos 2o., 3o., 4o., 5o. y 36 en cuanto se refieren a las designaciones en provisionalidad y en encargo. Del artículo 41, inciso primero, la expresión "como en provisionalidad". SUSPENDE PROVISIONALMENTE los efectos del Acuerdo No. 052 del 19 de mayo de 1994, pero solamente en cuanto se refiere a las designaciones en provisionalidad o en encargo. DENIEGA LA SUSPENSION PROVISIONAL de las demás disposiciones de los Acuerdos Nos. 034 y 052 de 1994, del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa.

NOMINADOR-Facultades/NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD/ENCARGO/VACANCIA DEFINITIVA/REGISTRO NACIONAL DE ELEGIBLES/CONCURSO DE MERITOS

Es facultad legal del nominador llenar con carácter provisional o en encargo, las vacancias definitivas o transitorias cuando lo exijan las

necesidades del servicio y no se pudiere proveer el cargo por el sistema de méritos, por ausencia o agotamiento de la lista de elegibles prevista en la ley de carrera, con la obligación de informarle al Consejo Superior de la Judicatura para no interrumpir la prestación de la función pública judicial. Por simple comparación de los artículos 2o., 3o., 4o., 5o., 23 y 24 del Acuerdo 34 de 1994, cuestionado en este expediente, con las normas estatutarias de la Carrera Judicial conforme al Decreto Ley 052 de 1987, se comprueba el exceso en el ejercicio de sus atribuciones, en cuanto elimina la distinción fundamental entre desempeñar funciones públicas en un cargo de carrera e ingresar al sistema legal conocido como de "carrera". Se evidencia también el contraste de los dos modelos, el del Decreto Ley 052 de 1987 y el del Acuerdo en cuestión, que se repite, no son consonantes y complementarios como deberían serlo, en el punto de las designaciones en provisionalidad. El estatuto de 1987 otorga ese poder al nominador, para que primero los provea y actúe inclusive en los casos de vacancia definitiva (arts. 23 y 33 *ídem*), inclusive por fuera del sistema de méritos si ocurrieren los hechos allí determinados, y luego informe al Administrador de la Carrera para lo relacionado con la convocatoria y sus efectos subsiguientes. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en cuanto le imprime a las listas de que trata este acuerdo la vocación instrumental para la provisión de cargos de carrera judicial "en los casos en que sea necesaria", como son indudablemente las hipótesis contempladas en los artículos 23 y 33 del Decreto Ley 052 de 1987, de la vacancia definitiva, cuando las necesidades del servicio lo exijan y no se pudiere proveer el cargo por el sistema de méritos, modifica la ley que se reglamenta, pues el Legislador confirió al respectivo nominador proveer el cargo con carácter provisional, y luego de ello informar al Administrador de la Carrera para la convocatoria a que haya lugar. Y en la vacancia transitoria proveer en provisionalidad sin sujetarlo a posponer sus facultades y condicionarlo a listas. SUSPENDE PROVISIONALMENTE los efectos de las siguientes disposiciones del Acuerdo 34 de 1994, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura: Los artículos 2o., 3o., 4o., 5o., y 36, en cuanto se refieren a las designaciones en provisionalidad y en encargo. Del artículo 41, inciso primero, la expresión "como en provisionalidad" SUSPENDE PROVISIONALMENTE los efectos del Acuerdo No. 052 del 19 de mayo de 1994, pero solamente en cuanto se refiere a las designaciones en provisionalidad o en encargo. DENIEGA LA SUSPENSION PROVISIONAL de las demás disposiciones de los Acuerdos Nos. 034 y 052 de 1994, del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa.

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

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 10224. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Fernando Caicedo.

El ciudadano LUIS FERNANDO CAICEDO ha formulado demanda de nulidad de los Acuerdos No. 34 del 13 de abril de 1994 "por el cual se dictan reglas generales para los concursos de mérito destinados a la selección de funcionarios y empleados de la Carrera Judicial" y No. 52 del 19 de mayo de 1994 "por el cual se convoca un concurso de méritos", emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Como la demanda reúne los requisitos formales habrá de admitirse y para su trámite,

SE DISPONE:

1. Notifíquese personalmente el auto admisorio al Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, a la Directora de Administración Judicial y al Procurador Delegado ante esta Corporación.

2. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para su contestación y demás efectos pertinentes.

SUSPENSION PROVISIONAL

En la demanda, folios 39 a 44, se pide expresamente la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados en los siguientes términos:

> **"Como está objetivamente demostrado con las normas constitucionales y legales citadas, y explicado en la relación de hechos u omisiones y el concepto de violación, comedidamente solicito se disponga la suspensión provisional de las actas (sic) acusadas, de conformidad con las disposiciones que regulan la materia: arts. 238 de la C.N., 152 inciso 2 y 157 del Decreto 01 de 1984, pues aparece *prima facie* la contradicción entre los actos impugnados y los preceptos vigentes al momento de expedirsen (sic) aquéllos.**
>
> **La violación se manifiesta por desacato a la Constitución y a la ley, que señalan competencia para expedir normas sobre ingreso, permanencia y ascenso de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, determinar méritos y calidades de aspirantes, señalar el proceso de selección e ingreso, ascenso en la Carrera Judicial, sistema de méritos, modalidades de concurso, formalidades de la convocatoria, requisitos y calidades para desempeñar el cargo de funcionarios y empleados, valoración y calificación de las pruebas, etc.**
>
> **En definitiva se desconoció la Constitución y la ley al abrogarse el Consejo Superior de la Judicatura-Sala Administrativa facultades que no**

tenía al respecto, circunstancia que implica quebrantemente (sic) directo de las disposiciones cuya violación se conceptúo resultando el No. 34 y el Acuerdo No. 52, inconstitucionales e ilegales". (fl. 44).

CONSIDERACIONES

I. Aspectos Generales

1.- La administración de justicia o función jurisdiccional, de acuerdos con los preceptos de los artículos 116 y 228 de la Carta Política es una función pública, regida por mandatos legales expedidos por el Congreso (Art. 150-23, id.), y salvo las excepciones establecidas por el constituyente, sus destinos o cargos ejercidos en entes u organismos estatales pertenecen al sistema de administración de personal denominado de carrera judicial (Art. 125, C.N.) cuyas normas debe expedir el Congreso. Así lo concibe el actor, de conformidad con la sustentación que hace en el libelo correspondiente.

2.- De conformidad con el artículo 256 de la C.N. corresponde al Consejo Superior de la Judicatura, **"según el caso y de acuerdo con la ley"** administrar la carrera judicial (Num. 1) y elaborar las listas de candidatos para designación de funcionarios judiciales y **según el caso y de acuerdo con la ley** enviarlas a la entidad que deba hacerla; salvo en la jurisdicción penal militar, regida por las normas especiales (Num. 2).

3.- Con motivo del cambio constitucional ocurrido a partir del 7 de julio de 1991, inicialmente en cumplimiento de las disposiciones constitucionales transitorias del artículo 21, y además con la expedición de la Ley 27 de 1992, las normas expedidas en 1987 para regular la Carrera Judicial conservaron su vigencia en todo aquello que fueran compatiblescon la nueva Constitución.

Esta Sala sostuvo, a propósito de la suspensión provisional del Acuerdo No. 087 del 23 de noviembre de 1993, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, lo siguiente:

> "El artículo 21 transitorio de la Carta de 1991 le asignó al Congreso la tarea de desarrollar los principios consignados en el canon 125 dentro del año siguiente a su instalación; empero, no le impuso como condición *sine qua non,* la de expedir un estatuto de carrera global o genérico. De modo previsivo, señaló en su inciso cuarto que **"Mientras se expiden las normas a que hace referencia este artículo, continuarán vigentes las que regulan actualmente la materia en cuanto no contraríen la Constitución."** Por consiguiente, en lo relacionado con carrera judicial las normas preexistentes continuaron rigiendo porque la Ley 27 de 1992 (29 de diciembre), a la par que expidió el Estatuto de Carrera Administrativa, dispuso en su artículo 2o., inciso tercero, que **"Los servidores del Estado que presten sus servicios en la Presidencia de la República, Congreso de la República y por virtud de la ley, Ministerio de Defensa, organización electoral y demás entidades y sectores con**

carreras especiales o sistemas especiales de administración de personal, continuarán rigiéndose por las normas vigentes para ellos consagradas en la Constitución y la ley" (Se subraya).

Por tanto, la ley de Carrera Judicial es el D. L. No. 052 de 1987.

En aplicación del inciso 1o. del artículo 256 de la norma superior, esa es la ley que debe observar el Consejo Superior de la Judicatura para los efectos de ejercer sus atribuciones como administrador de la Carrera Judicial y para la provisión a los nominadores, de las listas de candidatos al desempeño en la carrera judicial como funcionarios judiciales, dentro de su marco legal, salvo las excepciones constitucionales y legales.

4.- El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 5o., literal c) transitorio de la Constitución Nacional, el 25 de noviembre de 1991 expidió el Decreto 2652, por el cual se adoptaron medidas administrativas para el funcionamiento del Consejo Superior de la Judicatura, y en el que en lo relacionado con la competencia que nos ocupa confirió en su artículo 11 a la Sala Administrativa del Consejo Superior el cumplimiento de -entre otras funciones- las siguientes:

"1. Administrar la Carrera Judicial de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes, y conocer de los recursos de apelación o de queja que se interpongan contra los actos de los consejos seccionales".

"2. Dictar los reglamentos relacionados con la administración de la Carrera Judicial".

5. De las facultades de reglamentación del Consejo Superior de la Judicatura no puede inferirse que la Constitución haya otorgado a su Sala Administrativa, establecida por el constituyente, poderes que no sean sino los esencialmente administrativos **para la cumplida ejecución de las leyes,** pues no despojó al Congreso de sus potestades legislativas respecto de la Carrera Judicial.

II. El sistema de carrera judicial según el Decreto 052 de 1987:

6. Para decidir sobre la petición de suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 34 del 13 de abril de 1994 **"por el cual se dictan reglas generales para los concursos de méritos destinados a la selección de funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial"**, y del Acuerdo No. 52 de 19 de mayo de 1994 **"por el cual se convoca a un concurso de méritos"**, emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala hará las siguientes observaciones sobre el actual sistema de Carrera Judicial:

6.1. El artículo 3o. *ibídem*, dispone respecto de los funcionarios que: **"...el ingreso al servicio de la Administración de Justicia** se hará (...) por nombramiento en propiedad, en período de prueba o en provisionalidad para los de carrera", y el artículo

4o. expresa que "El nombramiento en carrera judicial únicamente podrá recaer en persona seleccionada mediante el sistema de méritos."; de manera que **ingresar al servicio no equivale a ingresar a la carrera judicial.**

Las facultades del Consejo Superior de la Judicatura en cuanto se refiere a la administración de la Carrera Judicial no le permiten regular en forma diferente a como lo ha hecho la ley otros aspectos del servicio como puede ser el **ingreso al servicio público,** competencia atribuída al Congreso (Art. 150-23, C.N.).

6.2. El Estatuto de Carrera Judicial regula en sus artículos 23, 29 y 33 la provisión de los cargos.

El artículo 33 regula la actuación respecto de las **VACANCIAS DEFINITIVAS** y **TRANSITORIAS,** así:

> "En caso de **vacancia definitiva,** cuando las necesidades del servicio lo exijan y no se pudiere proveer el cargo por el sistema de méritos, **la designación se hará con carácter provisional e inmediatamente el nominador informará al respectivo Consejo de la Carrera para efectos de la convocatoria.**
>
> "Las **vacancias transitorias** se proveerán igualmente en provisionalidad o encargo".

6.3. Resulta entonces que es facultad legal del nominador llenar con carácter provisional o en encargo, las vacancias definitivas o transitorias cuando lo exijan las necesidades del servicio y no se pudiera proveer el cargo por el sistema de méritos, por ausencia o agotamiento de la lista de elegibles prevista en la ley de carrera, con la obligación de informarle al Consejo Superior de la Judicatura **para no interrumpir la prestación de la función pública judicial.**

III. El Acuerdo 34 de 1994 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura

7. El Acuerdo 34 del 13 de abril de 1994 "por el cual se dictan reglas generales para los concursos de méritos destinados a la selección de funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial", consta de cuarenta y cinco (45) artículos y tres disposiciones transitorias, proferido bajo la invocación genérica de sus atribuciones constitucionales y legales por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En líneas generales contempla que el sistema de ingreso al servicio a los cargos de carrera **"comprende las etapas sucesivas de concurso, conformación del registro de elegibles, elaboración de listas de candidatos, nombramiento y confirmación"** (art. 2o.); que el concurso determina su inclusión y ubicación en el **"Registro Nacional de Elegibles"** (art. 3o.); que el concurso ordinario tiene como propósito integrar el Registro Nacional de Elegibles para todos los cargos de carrera

de funcionarios y empleados de la Rama Judicial (Art. 4o.) y extraordinario cuando el "número de aspirantes en el Registro Nacional de Elegibles, excluídos los funcionarios judiciales en ejercicio, sea insuficiente teniendo en cuenta los listados de opción previstos en el art. 37, y en todo caso cuando dicho número se haya reducido a no más de diez nombres" (Art. 5o.); para cuyos fines reglamenta las sucesivas etapas del procedimiento a seguir en la selección e integración de los elegibles, entre ellas **"el curso de formación judicial"** (Art. 23), y la confección de listas para los cargos de cuya provisión se trate, tanto en propiedad como en provisionalidad, tomándolos necesariamente de los listados de opción del Registro Nacional de Elegibles del cargo que corresponda (Art. 41) y lo completa con disposiciones transitorias.

7.1. Por simple comparación de los artículos referidos del Acuerdo 34 de 1994, cuestionado en este expediente, con las normas estatutarias de la Carrera Judicial conforme al D. L. 052 de 1987, se comprueba el exceso en el ejercicio de sus atribuciones, en cuanto elimina la distinción fundamental entre desempeñar funciones públicas en un cargo de carrera e ingresar al sistema legal conocido como de "carrera".

7.2. Se evidencia también el contraste de los dos modelos, el del D. L. 052 de 1987 y el del Acuerdo en cuestión, que se repite, no son consonantes y complementarios como deberían serlo, en el punto de las **designaciones en provisionalidad.** El estatuto de 1987 otorga ese poder al nominador, para que primero los provea y actúe inclusive en los casos de vacancia definitiva (arts. 23 y 33 *ídem.*), inclusive por fuera del sistema de méritos si ocurrieren los hechos allí determinados, y luego informe al Administrador de la Carrera para lo relacionado con la convocatoria y sus efectos subsiguientes.

Obsérvese:

> "En caso de **vacancia definitiva,** cuando las necesidades del servicio lo exijan y no se pudiere proveer el cargo por el sistema de méritos, **la designación se hará con carácter provisional e inmediatamente el nominador informará al respectivo Consejo de la Carrera para efectos de la convocatoria."**
>
> "Las **vacancias transitorias** se proveerán igualmente en provisionalidad o encargo".

Sin embargo, el artículo 41 del Acuerdo 34 de 1994 del Consejo Superior de la Judicatura regula el punto de modo diverso, así:

> "Las Salas Administrativas de los Consejos Superior o Seccional de la Judicatura elaborarán las listas de candidatos para los cargos de cuya provisión se trate, tanto en propiedad como en provisionalidad, tomándolos necesariamente de los listados de opción del Registro Nacional de Elegibles, para el cargo que corresponda. La lista será enviada a la Corporación o despacho nominador dentro de los quince (15) primeros días hábiles siguientes la fecha en que haya sido solicitada. Cuando el número de inscritos disponibles, incluídos los funcionarios

o empleados judiciales en carrera, se (sic) inferior a tres, se procederá al nombramiento en provisionalidad hasta el siguiente concurso".

7.3. El mismo exceso en el ejercicio de sus atribuciones podría afectar las siguientes disposiciones del acuerdo en cuestión:

Los artículos 2o., 3o., 4o., 5o. y 36, en cuanto se refieren a las designaciones en provisionalidad y por encargo.

Del artículo 41, en lo que hace con la expresión **"como en provisionalidad"**, y de suyo, por su contenido, el inciso segundo en su totalidad.

IV. El Acuerdo 52 de 1994 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura

8. El Acuerdo No. 52 del 19 de mayo de 1994 "por el cual se convoca a un concurso de méritos", emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, sin especificar las normas invocadas ni decir de modo expreso que se funda en el Acuerdo 34 de 1994 del contenido general respecto de las convocatorias, consta de cinco (5) artículos.

8.1. Para la Sala, la finalidad del artículo 1o. del acuerdo subordina y justifica los restantes y por lo mismo examinará la consonancia de aquél como determinante, frente a las normas denunciadas.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en cuanto le imprime a las listas de que trata este acuerdo la vocación instrumental para la provisión de cargos de carrera judicial **"en los casos en que sea necesaria"**, como son indudablemente las hipótesis contempladas en los artículos 23 y 33 del D. L. 052 de 1987, de la vacancia definitiva, cuando las necesidades del servicio lo exijan y no se pudiere proveer el cargo por el sistema de méritos, modifica la ley que se reglamenta, pues el Legislador confirió al respectivo nominador proveer el cargo con carácter provisional, y luego de ello informar al Administrador de la Carrera para la convocatoria a que haya lugar. Y en la vacancia transitoria proveer en provisionalidad sin sujetarlo a posponer sus facultades y condicionarlo a listas.

8.2. En cuanto a las demás disposiciones cuya suspensión impetra el actor, es menester señalar que no se hace en la demanda, y específicamente en el capítulo respectivo, ningún razonamiento ni demostración que lleve a la Sala, *prima facie,* a la convicción de que vulneran o quebrantan las normas superiores que rigen estas materias. Por consiguiente, en lo que hace con ellas, se negará la medida provisoria invocada, pues ese análisis solamente puede hacerse, por iniciativa del juez, en la sentencia.

En mérito de lo cual el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

1o. Suspender provisionalmente los efectos de las siguientes disposiciones del Acuerdo 34 del 13 de abril de 1994, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura:

Los artículos 2o., 3o., 4o., 5o., y 36, en cuanto se refieren a las designaciones en provisionalidad y en encargo.

Del artículo 41, inciso primero, la expresión **"como en provisionalidad"**.

2o. Suspender provisionalmente los efectos del Acuerdo No. 052 del 19 de mayo de 1994, pero solamente en cuanto se refiere a las designaciones en provisionalidad o en encargo.

3o. Denegar la solicitud de suspensión provisional de las demás disposiciones de los Acuerdos Nos. 034 y 052 de 1994, del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en su sesión del día 2 de septiembre 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.

INSUBSISTENCIA/FACULTAD DISCRECIONAL-Razones del Buen Servicio/**EMPLEADO/ANTIGÜEDAD/ESTABILIDAD**-Inexistencia

Luego de expedirse el Acuerdo 126 y el Decreto 1044 de 1987, reformatorio de sus estatutos, en la entidad demandada se produjeron movimientos de personal, entre los cuales está la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor. Esta determinación se adoptó nueve meses después de que el Presidente de la República aprobara el referido acuerdo y esta circunstancia, a juicio de la Sala, *per se*, no constituyente prueba de que el retiro del demandante se produjo por fines que no consultaban la noción del buen servicio público, pues la disparidad entre los fines previstos en las normas que otorgan la facultad discrecional de remoción respecto de funcionarios no amparados por fuero de relativa estabilidad, como lo era el accionante y los perseguidos por la Administración al desvincular a aquéllos, debe acreditarse plenamente por quien alega la desviación de poder en el nominador, y no puede ser plena prueba de tal irregularidad, el hecho mismo de la expedición del acto de insubsistencia, como tampoco lo es, la circunstancia de que el demandante haya prestado sus servicios a la empresa por veinte años y demostrado la capacidad en su desempeño, puesto que como lo destaca el apoderado de Ferrocarriles Nacionales "el buen servicio tiene implicaciones que superan la simple calificación del desempeño profesional de los empleados. Circunstancias generales en muchas ocasiones completamente independientes de la persona misma que desempeña el cargo, pueden generar la decisión del nominador de declarar una insubsistencia".

POSESION EN EL CARGO-Inexistencia/**TRABAJADOR OFICIAL/ENTIDAD DESCENTRALIZADA/ESTATUTOS-**Modificación/**EMPLEADO PUBLICO-***Ipso Jure*/**CARGO DE DIRECCION Y CONFIANZA**

La ausencia de posesión del demandante en el cargo que venía desempeñando, del cual se removió, no constituye obstáculo para, a través de la declaratoria de insubsistencia, dar por terminada la relación laboral que tenía con la entidad demandada y que automáticamente se tornó en legal y reglamentaria, a partir de la vigencia del Acuerdo 126 de 1987. No se requería de la formalidad de la posesión, porque de hecho, se hallaba desempeñando el cargo, cuyas funciones fueron catalogadas por el aludido acuerdo como de dirección o confianza, lo cual, *ipso jure*, le imprimió el carácter de empleado público.

EXCEPCION DE ILEGALIDAD/ACUERDO/FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA/ESTATUTOS

Asiste razón a la Fiscalía Cuarta cuando afirma que en el *sub-lite* no es dable aplicar la excepción de ilegalidad del Acuerdo No. 126 de 1987 de la Junta Directiva de la Empresa de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, aprobado por el Decreto 1044 de ese mismo año, mediante los cuales se modificó el artículo 27 de los estatutos de la entidad, al establecer que, además del Gerente de la misma, tenían la calidad de empleados públicos las personas que ejercen actividades de dirección o confianza correspondientes a los cargos que allí se enlistan, entre los cuales se encuentra el de Gerente de División, División Central dependiente de la Gerencia General, del cual fue desvinculado el actor mediante el acto acusado. El Consejo de Estado ha reiterado la diferencia entre los estatutos orgánicos y los internos de las entidades descentralizadas y precisó que al tenor de lo previsto en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, compete a la Junta Directiva de esas instituciones determinar en sus estatutos internos qué actividades de dirección y confianza debían ser desempeñadas por empleados públicos y que el Decreto 1242 de 1970, contentivo de los estatutos de los Ferrocarriles Nacionales, no tiene fuerza de ley y que, por tanto, la Junta Directiva de la empresa podía efectuar legalmente la reforma estatutaria de que tratan los actos cuya inaplicabilidad se impetra. No obstante que el criterio expuesto por esta Corporación en el fallo aludido, no coincide con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 26 de junio de 1987, expediente 0597, Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar, a la cual se refiere el apelante, la Sala lo reitera, porque a su juicio, éste se ajusta en todo a la normatividad legal contenida en los Decretos 1050, 3130 y 3135 de 1968, que regula lo concerniente a los organismos descentralizados del orden nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Referencia: Expediente No. 7528. Autoridades Nacionales. Actor: Bernardo Alirio Castro Guevara.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 15 de julio de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

LA DEMANDA

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el doctor Bernardo Alirio Castro Guevara solicitó al Tribunal, previa declaración de que el Acuerdo No. 126 de 2 de abril de 1987 de la Junta Directiva de la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, aprobado por el Decreto No.1044 de 5 de junio de ese año, no es aplicable por excepción, declarar la nulidad de la resolución 653 de 16 de marzo de 1988 expedida por el Gerente General de esa empresa, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Gerente de División de la División Central, dependiente de la Gerencia General de la misma entidad y que a título de restablecimiento del derecho se ordene su reintegro a dicho cargo o a otro de igual o superior categoría, el pago de los salarios, vacaciones, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir, con sus respectivos reajustes, desde la fecha de su remoción hasta el día en que efectivamente sea reintegrado al servicio y se declare la inexistencia de solución de continuidad en la prestación de su servicio.

Requirió igualmente que se condene a la empresa a reconocerle y pagarle los perjuicios morales que el acto de insubsistencia le causó, cuyo valor estima en 2.000 gramos oro.

Precisa el accionante, que mediante contrato de trabajo se vinculó a la entidad demandada, que ostenta el carácter de empresa industrial y comercial del Estado, en diciembre de 1967, como ingeniero auxiliar, cuyas labores eran de "confianza y cumplimiento", situación contractual que estuvo vigente hasta que por medio del Acuerdo No.126 y el Decreto 1044 de 1987, de la Junta Directiva de la empresa y del Presidente de la República respectivamente, se modificó el artículo 27 del estatuto orgánico de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia -Decreto 1242 de 1970-, en el sentido de clasificar como empleado público a la persona que ejerce el cargo de Gerente de División de la División Central, dependiente de la Gerencia General, del cual, con fundamento en el referido decreto fue removido mediante resolución 653 de 1988.

Invoca como normas transgredidas los artículos 17, 20, 62, 76 numeral 10), 120 numeral 3) y concordantes de la Constitución Política de 1886, 1o., 6o., 7o., 25, 26 literal

b), 30, 35 y armónicos del Decreto 1050 de 1968, 1o., 8o., 12, 16, 22, 24, 31, 40, 45 y pertinente del Decreto 3130 de 1968, 5o. y 42 del Decreto 3135 de 1968, 1o., 2o., 3o., 5o., 6o. y análogos del Decreto 1848 de 1969, 2o. 107, 109 y conducentes del Decreto 1950 de 1973, 2o., 75 y 80 del Decreto 1042 de 1978, 25 y 26 del Decreto 2400 de 1968, Ley 6a. de 1945, artículos 4o., 19, 40, 47, 48, 49 y 51 del Decreto 2127 de 1945, 7o. y 8o. del Decreto 2541 de 1945, 1o. y siguientes de la Ley 53 de 1945, Ley 55 de 1985 y artículo 8o. de la Ley 171 de 1961. El concepto de violación de estas normas, lo desarrolla a folios 13 a 22.

LA SENTENCIA

El Tribunal del conocimiento, luego de declarar no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, negó las pretensiones del actor, bajo la consideración de que no hay razón para dejar de aplicar por excepción el Acuerdo No.126 de 1987, aprobado por el Decreto 1044 de 1987, que calificó de empleado público a quien ocupe el cargo de Gerente de División de la Gerencia de la División Central dependiente de la Gerencia General de la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, del cual fue declarado insubsistente el accionante, actos en los cuales se apoya el acto contentivo de la decisión cuestionada, ya que según la preceptiva jurídica aplicable a la materia, la Junta Directiva de esa entidad válidamente podía efectuar esa calificación, pues a través de los estatutos orgánicos de la misma, jurídicamente puede determinarse qué actividades de dirección y confianza, deben ser desempeñadas por empleados públicos.

Adujo también el *a-quo*, que no se hallaba plenamente demostrado en el plenario que la finalidad del acto acusado "fue torcida de los fines legales de buen servicio, que su verdadera intención fue desviada del fiel legal que debía tener la Administración.

EL RECURSO

Insiste el recurrente en sostener , que el Acuerdo 126 y el Decreto 1044 de 1987 no podían ser aplicados en el presente caso, porque su índole de simples actos reglamentarios, es decir, sin fuerza de ley, no podían subrogar el artículo 27 del Decreto 1242 de 1970, "dada la naturaleza legal de este precepto, que fue proferido para aprobar la reestructuración de la empresa demandada, y por haberlo hecho así, se violó el numeral 1) del artículo 76 de la Constitución Nacional de 1886, en armonía con los artículos 71 y 72 del C.C. y 3o. y 4o. de la Ley 153 de 1887,que regulan la abolición, derogación o insistencia de normas legales mediante otras normas legales" (folio 253); que según la preceptiva jurídica aplicable a la materia, corresponde al legislador determinar la clasificación de los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado y las Juntas Directivas de éstas, no pueden sustituir al legislador y que en los fundamentos del Acuerdo 126 se expresa que el artículo 5o. del Decreto 3135, prevé que en los estatutos de esas entidades se efectúe la clasificación de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las mismas, lo que desvirtúa el verdadero sentido de esa norma, y por ello, al clasificar a los servidores de los Ferrocarriles Nacionales,

transgredió los artículos 62 y 76 numeral 10) de la Carta Política de 1886 y varió, de modo irregular e ilegal, la situación jurídica del actor, que ocupaba el cargo de Gerente de División de la División Central, dependiente de la Gerencia General, catalogado como de dirección o confianza, pues de trabajador oficial, pasó a ser, por el querer de la Administración, empleado público, sin que se le nombrara o tomara posesión para que adquiriera esa titularidad.

Argumenta, así mismo que en virtud de dicho acuerdo, se dio por terminado de manera retroactiva el contrato de trabajo que tenía vigente con la empresa, que no existe prueba real de la terminación formal y legal de esa relación laboral, que no puede suponerse sustituída con la sola resolución de insubsistencia, pues ésta no es la forma idónea para dar por terminado dicho vínculo laboral.

Lo anterior, acota el apelante, indica "a las claras el propósito y aprovechamiento ilícitos, mediante una ostensible desviación de poder, como la anunciamos en la demanda, de dichos actos reglamentarios, para facilitar y resolver sin más graves consecuencias jurídicas la desvinculación laboral de mi poderdante, y burlar así el régimen jurídico de que estaba y sigue amparado como trabajador oficial" (folios 257-258).

Por último, señala que el proyecto del Acuerdo 126, en términos de lo dispuesto en la Ley 19 de 1958, debió ser sometido a estudio y concepto de la Sala de Servicio Civil del Consejo de Estado y no lo fue, lo que constituye una irregularidad que lo torna inaplicable.

CONCEPTO FISCAL

El Procurador Judicial Cuarto, estima que la sentencia recurrida debe revocarse y declararse la nulidad de la resolución enjuiciada y ordenarse el restablecimiento del derecho, puesto que si bien no procede declarar la nulidad del acto de insubsistencia porque no es del caso aplicar la excepción de insconstitucionalidad respecto del Acuerdo 126 de 1987, ya que la Junta Directiva de la entidad demandada, conforme a lo normado en los artículos 26 y 5o. de los Decretos 1050 y 3130 de 1968, respectivamente, podía válidamente determinar en los estatutos internos de la misma las actividades de dirección o confianza que debían ser desempeñadas por empleados públicos, la verdad es que se impone la revocación del acto de insubsistencia, en virtud de que no se requirió al actor para la aceptación pertinente del cargo, ni se le invistió del mismo mediante la posesión, ni se le terminó el contrato laboral en debida forma, a fín de reincorporarlo como empleado público y no obstante, se decidió desvincularlo de un empleo que no pudo ejercer porque no se proveyó conforme a la ley.

Rituada la instancia se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Asiste razón a la Fiscalía Cuarta cuando afirma que en el *sub-lite* no es dable aplicar la excepción de ilegalidad del Acuerdo No. 126 de 1987 de la Junta Directiva

de la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, aprobado por el Decreto 1044 de ese mismo año, mediante los cuales se modificó el artículo 27 de los estatutos de la entidad, al establecer que, además del Gerente de la misma, tenían la calidad de empleados públicos las personas que ejercen actividades de dirección o confianza correspondientes a los cargos que allí se enlistan, entre los cuales se encuentra el de Gerente División, División Central dependiente de la Gerencia General, del cual fue desvinculado el actor mediante el acto acusado.

El anterior razonamiento tiene plena validez y así lo precisó esta Corporación en sentencia de 18 de mayo de 1992, expediente No. 3067. Actor: Fernando Sarmiento Cifuentes, Consejero Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas, en la cual se abstuvo de declarar la nulidad del Acuerdo 126 y del Decreto 1044 de 1987, que habían sido impugnados por razones idénticas a aquellas en que el libelista apoya la aplicación; respecto de esos actos, de la excepción de ilegalidad y que no son otros, que la ausencia de competencia de las autoridades administrativas que los expidieron, a quienes se acusa de incurrir, por esa razón, en extralimitación de funciones o en desviación en su ejercicio y de obrar motivados por el interés subjetivo de lograr la desvinculación de las personas, que como trabajadores oficiales ocupaban los cargos que fueron catalogados como desempeñados por empleados públicos.

El Consejo de Estado ha reiterado la diferencia entre los estatutos orgánicos y los internos de las entidades descentralizadas y precisó que al tenor de lo previsto en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, compete a la Junta Directiva de esas instituciones determinar en sus estatutos internos qué actividades de dirección y confianza debían ser desempeñadas por empleados públicos y que el Decreto 1242 de 1970, contentivo de los estatutos de los Ferrocarriles Nacionales, no tiene fuerza de ley y que, por tanto , la Junta Directiva de la empresa podía efectuar legalmente la reforma estatutaria de que tratan los actos cuya inaplicabilidad se impetra.

No obstante que el criterio expuesto por esta Corporación en el fallo aludido, no coincide con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 26 de junio de 1987, expediente 0597, Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar, a la cual se refiere el apelante, la Sala lo reitera, porque a su juicio, éste se ajusta en todo a la normatividad legal contenida en los Decretos 1050, 3130 y 3135 de 1968, que regula lo concerniente a los organismos descentralizados del orden nacional.

De acuerdo con lo expuesto, la resolución por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor, no es contraria a derecho ya que los fundamentos jurídicos en que se basó, se ajustan a la preceptiva jurídica reguladora de la clasificación desde el punto de vista de su relación laboral, de las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, como lo fué la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia hasta el momento de su existencia jurídica.

Procede ahora determinar, si en realidad la resolución 653 de 16 de marzo de 1988, objeto de impugnación, no se expidió por razones de buen servicio o necesidades de la

entidad, sino por un simple prurito burocrático de cambio de personal, que se demuestra, según el libelista, por la premura en que se puso en práctica la reforma estaturia comentada, que es un indicio del designio de realizar su desvinculación del servicio, que ya había sido programada, pues dicha resolución, no pasa de ser el instrumento ejecutivo que finaliza la secuencia de la actuación reformatoria de la entidad.

Muestran los autos, que luego de expedirse el Acuerdo 126 y el Decreto 1044 de 1987, reformatorio de sus estatutos, en la entidad demandada se produjeron movimientos de personal, entre los cuales está la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor. Esta determinación se adoptó nueve meses después de que el Presidente de la República aprobara el referido acuerdo y esta circunstancia, a juicio de la Sala, *per se*, no constituye prueba de que el retiro del demandante se produjo por fines que no consultan la noción del buen servicio público, pues la disparidad entre los fines previstos en las normas que otorgan la facultad discrecional de remoción respecto de funcionarios no amparados por fuero de relativa estabilidad, como lo era el accionante y los perseguidos por la Administración al desvincular a aquéllos, debe acreditarse plenamente por quien alega la desviación de poder en el nominador, y no puede ser plena prueba de tal irregularidad, el hecho mismo de la expedición del acto de insubsistencia, como tampoco lo es, la circunstancia de que el doctor Castro Guevara haya prestado sus servicios a la empresa por veinte años y demostrado capacidad en su desempeño, puesto que como lo destaca el apoderado de Ferrocarriles Nacionales "el buen servicio tiene implicaciones que superan la simple calificación del desempeño profesional de los empleados. Circunstancias generales en muchas ocasiones completamente independientes de la persona misma que desempeña el cargo, pueden generar la decisión del nominador de declarar una insubsistencia". (folio 283).

Resta agregar, que la ausencia de posesión del demandante en el cargo que venía desempeñando, del cual se le removió, no constituye obstaculo para, a través de la declaratoria de insubsistencia, dar por terminada la relación laboral que tenía con la entidad demandada y que automáticamente se tornó en legal y reglamentaria, a partir de la vigencia del Acuerdo 126 de 1987. No se requería de la formalidad de la posesión, porque de hecho, se hallaba desempeñando el cargo, cuyas funciones fueron catalogadas por el aludido acuerdo como de dirección o confianza, lo cual, *ipso jure*, le imprimió el carácter de empleado público.

De conformidad con lo expuesto, procede confirmar la sentencia denegatoria de las súplicas de la demanda.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia de 15 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso promovido por el doctor Bernardo Alirio Castro

Guevara, tendiente a obtener la nulidad de la resolución número 653 de 1988, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Gerente de División de la División Central, dependiente de la Gerencia General de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

COPIESE NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 18 de agosto de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro*, Ausente; *Alvaro Lecompte Luna., Diego Younes Moreno, Carlos A. Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial sobre la inaplicación de la excepción de ilegalidad de los estatutos de la Empresa de Ferrocarriles Nacionales de Colombia establecida en la sentencia del 18 de mayo de 1992, Exp. 3067, Actor: FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES, Ponente: Dra. DOLLY PDRAZA DE ARENAS. También puede consultarse la sentencia del 17 de febrero de 1994, Exp. 6222, Ponente: Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA, Actor: HELENA SERRANO DE GUTIERREZ.

ACCION DE REPARACION DIRECTA-Improcedencia/**CESANTIA**-Liquidación/**ACTO ADMINISTRATIVO**

El actor ha querido subsumir su situación en el art. 86 del D. L. 01 de 1984 que por entonces confería a la persona la acción de reparación y cumplimiento "cuando la causa de la petición sea un hecho o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad" (inc. 1o.); pero sucede que dichos supuestos jurídicos no ocurren en el presente evento, puesto que en las liquidaciones de la cesantía que reclama ni son un hecho, ni son un acto administrativo cuya prueba revista grave dificultad, menos aún con los derechos regulados en la primera parte del Código Contencioso Administrativo respecto de la actuación administrativa.

ACCION DE REPARACION DIRECTA-Improcedencia/**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ACTO FICTO/ACTO ADMINISTRATIVO/VIA GUBERNATIVA**-Agotamiento/**PRESUSTOS PROCESALES**

La acción ejercida no puede ser la de reparación directa, sino la del artículo 85 del C.C.A., que ya por aquellas calendas decía que "toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica, podrá pedir que además de la anulación del acto administrativo, se le restablezca en su derecho, o se le repare el daño", es decir, que exigía al actor pedir primero la nulidad del acto administrativo, expreso o *ficto*, para luego sí discurrir sobre el restablecimiento del derecho o la reparación. En ese mismo orden se estudian y definen por

el juez, siempre que, de otra parte, se halle ante una de las hipótesis del artículo 135 *ídem* frente a los actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular, vinculados a la necesidad de agotar la vía gubernativa (num. 1o.), o al suceso de que las autoridades no hubieran dado la oportunidad de ejercer los recursos existentes (num. 2o.) o que haya operado el fenómeno del silencio administrativo frente a los recursos interpuestos (num. 3o.), antes de acudir al juez de la función administrativa dentro del lapso de caducidad. Sin atender dichas exigencias previas al acudimiento al juez de la Administración y la de presentar la demanda dentro del término de caducidad de cuatro meses (art. 136 *ejusdem*), la función judicial no puede devolverse, pues así lo disponen las normas del debido proceso en esta jurisdicción.

JURISDICCION CONTENSIOSO ADMINISTRATIVO/PODER PUBLICO- Expresión**/JUEZ/FUNCION ADMINISTRATIVA/ESTADO DE DERECHO/ ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS**

Es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo una expresión del poder público instituída como juez de la función administrativa y sujeta, como todo poder ejercido dentro de un Estado de Derecho, a los principios, fines y reglas prefijados por la Constitución y por el Legislador. El esquema para ejercer esta competencia especializada al momento de la presentación de la demanda, el 28 de junio de 1989, era el indicado por el D. L. 01 de 1984 que distinguió las acciones promovibles (arts. 84, 85, 86, 87 y 88), los requisitos de procedibilidad (el agotamiento de la vía gubernativa (art. 135) y la caducidad (art. 136), la formalidad de la respectiva demanda (arts. 137 a 142) y el procedimiento a seguir. La acción de nulidad (art. 84 *ibídem*), la acción de reestablecimiento del derecho (art. 85 íd) y la acción de reparación directa y cumplimiento (art. 86 *ejusdem*) tal como las adenominó el legislador extraordinario de 1984, atribuídas al conocimiento de esta jurisdicción, tienen su propia especifidad, que desde luego se proyecta sobre la función judicial y los requerimientos formales de procedibilidad y de la demanda.

Consejo de Estado,- Sala de lo Contencioso Administrativo,- Sección Segunda Santafé de Bogotá, D.C., septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: EXP. 8935.- Autoridades Departamentales.- Actor: Facundo José Figueroa Meléndez.

Resuelve la Sala la apelación de la decisión inhibitoria proferida el 1o. de octubre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, respecto de las peticiones de Facundo José Figueroa Meléndez.

LA DEMANDA

Consiste en que se le reconozca y pague solidariamente por el *"Hospital San Juan de Dios de Cúcuta y por el Departamento de Norte de Santander - Secretaría de Salud (hoy Servicio Seccional de Salud), la liquidación del auxilio de cesantías definitivas a que tiene derecho, con motivo de servicios prestados a tales entidades, a razón de un mes de salario por cada año de servicios y no por períodos anuales tal como las liquidó el Departamento de Norte de Santander a través del Jefe de Servicio Seccional de Salud"*, y otras peticiones relacionadas con los factores salariales, la depreciación y los intereses.(Folio 2).

Por su narración de los hechos se establece que en 1969 ingresó al servicio del Departamento, que por la regionalización fue trasladado al Hospital demandado, donde renunció en 1987; que se le liquidó de modo definitivo el auxilio de cesantías por el Fondo Nacional del Ahorro, por períodos anuales, con desconocimiento de las normas legales de los empleados municipales y departamentales y en manifiesta contraposición de las normas convencionales existentes entre el Hospital y sus trabajadores. Sobre estos tópicos gira la denuncia de las normas violadas y el concepto de su violación (fls. 5-7).

POSICION DE LOS DEMANDADOS

El Departamento adujo la ilegitimidad pasiva de las pretensiones fundado en que no es nominador y por que no tiene suscrito pacto de solidaridad. Alegó, también, la ineptitud de la demanda porque a partir de las afirmaciones del hecho 4o. de la demanda hubo un acto de liquidación de la prestación por el Fondo Nacional del Ahorro y el actor no aportó los recursos formulados en su contra, como tampoco el acto contentivo de ellas (fls. 15-20).

El Hospital por su parte propuso las excepciones de inepta demanda que apoyó en el argumento del Departamento y en que no anexó el escrito del agotamiento de la vía gubernativa contra el acto del Fondo Nacional del Ahorro (Fl. 31). Respecto de las pretensiones propuso las defensas de la inexistencia de la solidaridad, el pago total de la prestación, y la que denominó la improcedencia de la acción, pues ha debido demandar la revocatoria de la resolución de pago y luego sí querellarse contra ella, que es lo echado de menos (fl. 32).

LA SENTENCIA

Cumplido el período probatorio, previo concepto adverso del Ministerio Público (Fls. 156-159) como ya se indicó la sentencia fue inhibitoria, por ineptitud de la demanda que precisó así: no especificó cuál es la acción ejercida que "apareja un hecho incierto que para estos efectos no puede serlo, esto es la oportunidad en que se demanda que como de todos es sabido constituye un presupuesto procesal", aunque en su alegato encamina lo pedido por la senda de la operación administrativa, que para la época de los hechos se consideraba legislativamente como un acto administrativo. Para el

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Tribunal la acción ejercida fue la del art. 85 del C.C.A., y en esas circunstancias no ha debido admitirse la demanda porque no hay individualización de acto alguno. Que no se agotó la vía gubernativa, lo que conduce a compartir la opinión del Ministerio Público e inhibirse (Fls. 160-170).

LA SEGUNDA INSTANCIA

En ella no intervino el Ministerio Público ni los demandados y se surtió bajo la perspectiva del alegato de interposición del recurso del actor. En dicho escrito (fls. 172-175) reiteró que la demanda no habló del acto administrativo porque la acción intentada fue la del art. 86 del C.C.A., "reparación directa y cumplimiento", que no exige agotamiento de la vía gubernativa y cuya caducidad es de dos años. Que la entidad que liquidó por períodos anuales fue el Servicio de Salud del Departamento como está demostrado en la certificación según formato del Fondo Nacional del Ahorro y cuyo pago lo realizó este último. Que lo que se ha querido es desnaturalizar su demanda al verla mediante la óptica de la acción de nulidad y de restablecimiento, por tanto precisa que jamás habló de anular acto alguno "sino que simplemente la demanda está dirigida a la jurisdicción Contencioso Administrativa para que defina la forma de liquidar el auxilio definitivo de cesantías con base en la Ley 6a. de 1945".

Como no se observa causal de nulidad procesal respecto de lo actuado se decide previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Anuncia la Sala que confirmará la sentencia, sin desmedro de las aclaraciones doctrinarias correspondientes.

1.- Es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo una expresión del poder público instituída como juez de la función administrativa y sujeta, como todo poder ejercido dentro de un Estado de Derecho, a los principios, fines y reglas prefijados por la Constitución y por el Legislador.

El esquema para ejercer esta competencia especializada al momento de la presentación de la demanda, el 28 de junio de 1989 (F. 9 vto), era el indicado por el D.L. 01 de 1984 que distinguió las acciones promovibles (arts. 84, 85, 86, 87 y 88), los requisitos de procedibilidad (el agotamiento de la vía gubernativa (art. 135) y la caducidad (art. 136)), la formalidad de la respectiva demanda (arts. 137 a 142) y el procedimiento a seguir).

La acción de nulidad (art. 84 *ibídem*), la acción de restablecimiento del derecho (art. 85 íd) y la acción de reparación directa y cumplimiento (art. 86 *ejusdem*) tal como las denominó el legislador extraordinario de 1984, atribuídas al conocimiento de esta jurisdicción, tienen su propia especificidad, que desde luego se proyecta sobre la función judicial y los requerimientos formales de procedibilidad y de la demanda.

El actor ha querido subsumir su situación en el art. 86 del D.L. 01 de 1984 que por entonces confería a la persona la acción de reparación y cumplimiento *"cuando la causa de la petición sea un hecho o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad" (inc. 1o.);* pero sucede que dichos supuestos jurídicos no ocurren en el presente evento, puesto que las liquidaciones de la prestación que reclama ni son de hecho, ni son un acto administrativo cuya prueba revista grave dificultad, menos aún con los derechos regulados en la primera parte del Código Contencioso Administrativo respecto de la actuación administrativa.

Luego, la acción ejercida no puede ser esa, sino la del artículo 85 del C.C.A., que ya por aquellas calendas decía que *"toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica, podrá pedir que además de la anulación del acto administrativo, se le restablezca en su derecho, o se le repare el daño"*, es decir, que exigía al actor pedir primero la nulidad del acto administrativo, expreso o *ficto*, para luego sin discurrir sobre el restablecimiento del derecho o la reparación. En ese mismo orden se estudian y definen por el juez, siempre que, de otra parte, se halle ante una de las hipótesis del artículo 135 *ídem*, frente a los actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular, vinculados a la necesidad de agotar la vía gubernativa (num. 1o.), o al suceso de que las autoridades no hubieran dado la oportunidad de ejercer los recursos existentes (num. 2o.) o que haya operado el fenómeno del silencio administrativo frente a los recursos interpuestos (num. 3o.), antes de acudir al juez de la función administrativa dentro del lapso de caducidad.

Sin atender dichas exigencias previas al acudimiento a juez de la Administración y la de presentar la demanda dentro del término de caducidad de cuatro meses (art. 136 *ejusdem*), la función judicial no puede desenvolverse, pues así lo disponen las normas del debido proceso en esta jurisdicción.

2.- En el *sub exámine*, de primera mano debe decirse que no se aportó a la demanda la prueba del agotamiento de la vía gubernativa contra los actos de liquidación de la prestación por el Servicio Seccional de Salud, ni los recursos contra el acto del Fondo Nacional del Ahorro, si de ellos deviene la lesión jurídica como lo pretende el demandante; ni se arrimó la petición formulada al hospital demandado y al Departamento, respecto de las pretensiones incoadas en el libelo base de este expediente, ni la solicitud de nulidad de los actos administrativos expresos o presuntos generados con esa actividad del interesado, ni los interpuestos contra ellos, de otro lado, como para que la jurisdicción pudiese decidir sobre su validez y establecer si existió o no lesión de un derecho particular amparado por norma jurídica y proceder a restablecer el derecho en los términos que demande y pruebe el interesado.

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:

Confírmase la sentencia del 1o. de octubre de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, en la demanda de FACUNDO JOSE FIGUEROA MELENDEZ.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE, PUBLIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en la sesión del día 18 de agosto de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente, *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro,* Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Vigencia/**SERVIDOR PUBLICO**-Prerrogativas

No resultan aplicables las previsiones de la Ley 67 del 30 de diciembre de 1987, porque en ella no se previó su vigencia retroactiva y porque el acto acusado es notoriamente anterior a ella, tanto que para acogerse el servidor público a las prerrogativas de sus arts. 5o. y 6o., requería que al entrar en vigor la Ley se hallara en el desempeño de un cargo de carrera sin encontrarse inscrito.

NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD/EMPLEO DE CARRERA-Provisión.

El artículo 1o. de la ley 36 de 1982 invocado en el decreto cuestionado -que la demanda no atacó- dispuso que el inciso final del art. 5o. del D.L. 2400 de 1968 dijera que "los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con 1a reglamentación de la respectiva carrera", y que el período provisional no podría exceder de doce (12) meses. Pero su aplicación no puede ser retroactiva ni por ello la demandante resulta inscrita en la carrera.

CARRERA ADMINISTRATIVA/INSCRIPCION EN CARRERA-Reglamentación/**INSCRIPCION AUTOMATICA EN EL ESCALAFON/DERECHO DE PETICION**

El Decreto 583 de 9 de marzo de 1984 para asegurar la continuidad y prestación de servicios, el ingreso o promoción en la carrera, confirió al

empleado que a la fecha de se expedición "se encuentre designado en un empleo de Carrera Administrativa sin pertenecer a ella", el derecho de solicitar su inscripción, conforme al procedimiento y requisitos en él dispuestos. Y el Decreto 374 de febrero 22 de 1987, al modificar parcialmente el Decreto 964 de 1986, amplió hasta el 31 de diciembre de 1987 el plazo para atender las inscripciones que debieron presentarse entre el primero y tercer año de vigencia del Decreto 583 de 1984, "siempre que el 22 de marzo de 1984 se encontraran desempeñando un empleo de carrera en cualquiera de los organismos regulados por el Decreto 583 de 1984 y acrediten las condiciones señaladas en el artículo 3o. del mismo decreto". El inciso final del artículo 1o. del Decreto 374 de 1987 dispuso que no se daría curso a la petición si en el momento de su presentación el funcionario desempeñaba un empleo de carrera distinto del cual era titular a la vigencia del decreto. Las disposiciones precedentes apuntan a favorecer al servidor público pero no le otorgan el ingreso automático a la Carrera, pues debió someterse al reglamento y acreditar los requisitos exigidos o sus equivalencias, no le instalan en el escalafón de la carrera hasta tanto no se produzca el acto formal de la inscripción que no excluyen, y así su situación administrativa, legal y reglamentaria no se muda. Sin embargo, no por ello puede sostenerse que carezcan de derechos ante la Administración. Los tienen pero no dentro del escalafón, sino como sujeto que eleva peticiones a las autoridades en su interés particular y que ha de tener pronta resolución (art. 45 de la Constitución de 1886 y 23 de la actual) y derecho para ejercer en su momento las acciones correspondientes.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Funciones/**JEFE SUPREMO DE LA ADMNISTRACION/NOMINADOR/FACULTAD DISCRECIONAL/PRESUNCION DE LEGALIDAD/DESVIACION DE PODER**-Demostración/**MOVIL POLITICO**-Demostración

El Presidente de la República, que como se ha concluído designó a la demandante y fue su nominador, para proferir el decreto acusado disponiendo la insubsistencia no invocó sus facultades constitucionales contenidas en el Num. 1o. del art. 120 de la codificación de 1886, sino las del numeral 5o. -de otro lado no acusadas en el libelo-, referidas a su potestad como Jefe Supremo de la Administración respecto de sus destinos públicos "cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la constitución o la ley", y como ese extremo no se atacó en la demanda las presunciones de constitucionalidad y de legalidad del acto administrativo permanecen incólumes porque la Sala no puede *ex officio* modificar o extender el objeto de las impugnaciones del actor. Brota de ello que la empleada atendió un destino de la órbita discrecional del Presidente de la República, quien discrecionalmente la

podia remover. Del propio modo, no puede haber, por este aspecto, incompetencia ni violación de las reglas que autorizan al nominador dichas facultades. Tampoco se demostró en el proceso la desviación del Ejecutivo por razones político-partidistas como se anunció en la demanda, sin lo cual no se desvirtúa la presunción del ejercicio legítimo de las atribuciones constitucionales y legales del nominador por desviación de poder.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Exp. No. 4244 Decretos del Gobierno. Actor: María Aleyda García Ospina.

Resuelve la Sala la apelación contra la sentencia del 17 de marzo de 1989 proferida en este asunto por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

LA DEMANDA

Se promovió a nombre de María Aleyda García Ospina contra el Decreto No. 2065 del 30 de octubre de 1987 expedido por el Señor Presidente de la República, mediante el cual en ejercicio de la facultad del numeral 5o. del artículo 120 de la Constitución de 1886 y de los artículos 39, 45, 109 y 114 del Decreto 1950 de 973 y del art. 1o. de la Ley 36 de 1982, declaró la insubsistencia del nombramiento hecho a la actora para ejercer el cargo de jefe de División 2075 grado 05 de la Sección de Cobranzas de la División de Recaudo de la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira, de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

En la demanda se acusó la violación de las siguientes normas constitucionales de la Carta Política de 1886: los artículos 16, 17, 32, 62 y 120-1; de los artículos 5o. y 6o. del Decreto 2400 de 1968; de los artículos 241 y 242 del Decreto 1950 de 1973 y el art. 1o. del Decreto 374 de 1987. Se replican contra el acto la incompetencia del presidente para hacer la declaración de insubsistencia y así desbordó los alcances del artículo 120 constitucional. Se dice que la demandante gozaba de estabilidad en su empleo por haber presentado su solicitud de ingreso a la carrera administrativa en atención a lo dispuesto por el artículo 1o. del Decreto 374 de 1987 y, por último que hubo desviación de poder pues la insubsistencia "obedeció a fines eminentemente políticos y no a razones del servicio" (Fls. 14-23).

La demandada, Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, compareció al proceso sin referirse a la demanda y en atención al decreto de pruebas remitió el oficio 0160677 del 18 de agosto de 1988, relacionado con la solicitud de inscripción de la demandante en la Carrera, donde expuso:

"(...) al respecto me permito informarle que el Departamento Administrativo del Servicio Civil mediante oficio No. 1838 del 2 de marzo de 1988 devolvió las solicitudes de inscripción en Carrera Administrativa que hasta ese momento se habían tramitado, por cuanto de acuerdo con lo establecido en el artículo 1o. de la Ley 67 de 1987, los cargos que desempeñaban los funcionarios de la Dirección General de Impuestos fueron declarados de libre nombramiento y remoción.

"Por lo tanto, las solicitudes y la documentación está siendo enviada a las respectivas Administraciones.

"El formulario y los documentos correspondientes a la señora GARCIA OSPINA fueron enviados a la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira, mediante oficio 14940 del 29 de julio de 1988" (F. 54).

En el período de alegatos expresó que el ingreso de la actora al servicio público había sido mediante resolución del Ministro de Hacienda por delegación presidencial en razón de la categoría del cargo en el cual fue nombrada; y que como la facultad de remoción no le había sido delegada por ello procedió la cabeza del Ejecutivo a hacerlo. En cuanto a que no podía ser separada del servicio por haber presentado solicitud de ingreso a la Carrera Administrativa, en su parecer, aquella no genera el derecho de estabilidad que depende de la inscripción misma, tanto que ante lo dispuesto por el art. 1o. de la Ley 67 de 1987 "no se les continuó dando trámite" (F.60).

LA SENTENCIA

El Tribunal estudió y descartó cada uno de los cargos y negó las peticiones de la demanda. Al efecto encontró que el ingreso al servicio obedeció al Decreto 1235 de 26 de mayo de 1980 del Presidente de la República, de quien provino la desvinculación; que a los empleados comprendidos por el Decreto 347 de 1987 se les amplió el término para presentar solicitudes de ingreso a la carrera administrativa, sin que por ello se les confiriera estabilidad, pues la expectativa no se puede confundir con el derecho mismo; que la Ley 61 de 1987 es inaplicable pues la insubsistencia fue anterior a ella. Del mismo modo no vio prosperidad a la infracción del art. 120 constitucional, ni demostradas las desviaciones políticas argumentadas.

LA SEGUNDA INSTANCIA

Sucintamente al apelar la actora y sin ampliación posterior infiere su inamovilidad relativa del tenor del oficio del folio 45 del expediente, puesto que se encontraba **"tramitando"** su inscripción en la carrera, que así se logró cuando la documentación fue devuelta, porque en la propia sentencia se dijo que la Ley 67 de 1987 no era aplicable, pero en ningún momento porque la solicitud no se hubiera tramitado o no se hubiera practicado la inscripción correspondiente (F.72).

El Ministerio Público en su intervención participa de las conclusiones centrales del fallo y llama la atención sobre la interpretación que el apelante otorgó al oficio del folio

45 del expediente, donde se afirma cosa diferente a lo entendido por el recurrente, que, en su sentir es que *"el Departamento Administrativo del Servicio Civil mediante oficio No. 1838 del 2 de marzo de 1988 devolvió las solicitudes que hasta ese momento se habían tramitado, (...) pero no se dice nada sobre si la tramitación fue favorable o desfavorable a la actora"* (F 89-90), sin que haya convencimiento de que la actora efectivamente logró su inscripción.

Pide se confirme el fallo, como en el mismo sentido lo hizo la demandada, insistiendo en que aún no se había producido el acto de incorporación a la Carrera y por ende la situación de todos los funcionarios que la habían gestionado era de mera expectativa (F 83-84).

Como no se observa motivo de nulidad procesal, se decide bajo las siguientes

CONSIDERACIONES

En la solución del *sub-lite* no resultan aplicables las previsiones de la Ley 67 del 30 de diciembre 1987, porque en ella no se previó su vigencia retroactiva y porque el acto acusado es notoriamente anterior a ella, tanto que para acogerse el servidor público a las prerrogativas de sus arts. 5o. y 6o., requería que al entrar en vigor la ley, se hallara en el desempeño de un cargo de carrera sin encontrarse inscrito.

La demandante alegó hallarse amparada por relativa inamovilidad y que fue indebida su declaración de insubsistencia, ante la circunstancia de haber solicitado su inscripción a la Carrera Administrativa, lo cual de alguna manera corrobora el oficio 016067 del 18 de agosto de 1988 (folio 45), aunque allí no se expresó en qué fecha la intentó, pero de su tenor no se colige que fue inscrita formalmente.

Como Jefe de Sección 2075 grado 05 de la Sección de Cobranzas de la División de Recaudo de la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira, la actora se posesionó el 6 de junio de 1980 (F.3), momento en el cual el cargo era de Carrera, por aplicación del artículo 3o. D.L. 2400 de 1968 y del art. 18 del DR. 1950 de 1973, y aunque fue provisto por el Decreto 1235 del 26 de mayo de 1980 emanado del despacho del Presidente de la República, obviamente no ingresó a la Carrera conforme al estatuto pertinente, sino "en provisionalidad" al servicio público.

El artículo 1o. de la Ley 36 de 1982 invocado en el decreto cuestionado -que la demanda no atacó- dispuso que el inciso final del art. 5o. del D.L. 2400 de 1968 dijera que *"los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de Carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva Carrera"*, y que el período provisional no podría exceder de doce (12) meses. Pero su aplicación no puede ser retroactiva ni por ello la demandante resulta inscrita en la Carrera.

El Decreto 583 del 9 de marzo de 1984 para asegurar la continuidad y prestación de servicios, el ingreso o promoción en la Carrera, confirió al empleado que a la fecha

de su expedición "se encuentre designado en un empleo de Carrera Administrativa sin pertenecer a ella", el derecho de solicitar su inscripción, conforme al procedimiento y requisitos en él dispuestos. Y el Decreto 374 de febrero 22 de 1987, al modificar parcialmente el Decreto 964 de 1986, amplió hasta el 31 de diciembre de 1987 el plazo para atender las inscripciones que debieron presenterse entre el primero y tercer año de vigencia del Decreto 583 de 1984, **"siempre que el 22 de marzo de 1984 se encontraran desempeñando un empleo de Carrera en cualquiera de los organismos regulados por el Decreto 583 de 1984 y acrediten las condiciones señaladas en el artículo 3o. del mismo decreto".**

El inciso final del artículo 1o. del Decreto 374 de 1987 dispuso que no se daría curso a la petición si en el momento de su presentación el funcionario desempeñando un empleo de Carrera distinto del cual era titular a la vigencia del decreto.

Las disposiciones precedentes apuntan a favorecer al servidor público pero no le otorgan el ingreso automático a la Carrera, pues debió someterse al reglamento y acreditar los requisitos exigidos o sus equivalencias, no le instalan en el escalafón de la Carrera hasta tanto no se produzca el acto formal de la inscripción que no excluyen, y así su situación administrativa, legal y reglamentaria no se muda.

Sin embargo, no por ello puede sostenerse que carezcan de derechos ante la Administración. Los tienen pero no dentro del escalafón, sino como sujeto que eleva peticiones a las autoridades en su interés particular y que ha de tener pronta resolución (art. 45 de la Constitución de 1886 y 23 de la actual) y derecho para ejercer en su momento las acciones correspondientes.

A la demanda de este proceso no se acompañó la demostración del ejercicio de los referidos derechos ni de las impugnaciones pertinentes respecto del comportamiento o abstención de la Administración sobre la petición, ni menos aún sobre la inscripción en la Carrera Administrativa anterior al acto de remoción del cargo, como le competía a la actora probarlo, por lo que no procede reconocer la estabilidad relativa conferida por la ley a los escalafonados.

En consecuencia se hallaba en ejercicio de un cargo considerado legalmente como de Carrera pero sin estar inscrita en ella, "en provisionalidad" del cual podía ser removida mediante actuaciones discrecionales reconocidas a su nominador.

El Presidente de la República, que como se ha concluído designó a la demandante y fue su nominador, para proferir el decreto acusado disponiendo la insubsistencia no invocó sus facultades constitucionales contenidas en el numeral 1o. del art. 120 de la codificación de 1886, sino las del numeral 5o. -de otro lado no acusadas en el libelo- referidas a su potestad como Jefe Supremo de la administración respecto de destinos públicos "cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley", y como ese extremo no se atacó en la demanda las presunciones de constitucionalidad y de legalidad del acto administrativo permanecen

incólumes, por que la Sala no puede *ex officio* modificar o extender el objeto de las impugnaciones del actor.

Brota de ello que la empleada atendió un destino de la órbita discrecional del Presidente de la República, quien discrecionalmente la podía remover. Del propio modo, no puede haber, por este aspecto, incompetencia ni violación de las reglas que autorizan al nominador dichas facultades.

Tampoco se demostró en el proceso la desviación del Ejecutivo por razones político-partidistas como se anunció en la demanda, sin lo cual no se desvirtúa la presunción del ejercicio legítimo de las atribuciones constitucionales y legales del nominador por desviación de poder.

Finalmente, como ya se expresó el decreto impugnado se expidió bajo invocación de la Ley 36 de 1982, pero este soporte legal no fue cuestionado y la Sala no puede examinarlo por lo cual prosigue como su sustento.

En mérito de lo cual y bajo las precedentes apreciaciones adicionales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia del 17 de marzo de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda en el proceso de María Aleyda García Ospina.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE, PUBLIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia la estudió y la aprobó la Sala en sesión del día 18 de agostos de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro,* Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

POTESTAD REGLAMENTARIA/DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO/DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO/PROCESO DISCIPLINARIO-Trámite/**RECURSO DE APELACION/*REFORMATIO IN PEJUS***

El ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria ha dado origen a la formación de un derecho administrativo disciplinario, denominado por algunos "derecho penal administrativo", y por otros "derecho penal disciplinario" pero bajo una u otra denominación se alimenta de algunos aspectos del procedimiento penal; sin embargo, principios tales como el de la *reformatio in pejus* (art. 538 C.P.P.) no alcanza al rigor que en su prístino sentido y de allí que el *ad-quem*, al desatar el recurso de apelación tiene competencia para decidir sin limitación y, por ende, en determinados casos, puede hacer más gravosa la situación del apelante.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativ.-Seccción Segunda
Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 10.050. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Guillermo Díaz Martínez.-

Luis Guillermo Díaz Martínez, a través de apoderado, y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho impugna las resoluciones Nos. 004 de 15 de febrero de 1993 y 769 del 28 de diciembre del mismo año, proferidas en su orden, por la Procuraduría Departamental de Boyacá y la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, mediante las cuales se sancionó al demandante con solicitud de destitución como Alcalde Municipal de Tota (Boyacá).

En el mismo libelo se decreta la suspensión provisional de los actos demandados con el argumento de que en la resolución No. 004 en su página 5a. (Fl. 6) se dice que por sustracción de materia no se continúan analizando los cargos en atención a que los dos primeros prosperaron. Y que así, se violó el artículo 29 de la C.N., que establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, además de que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Y en cuanto a la resolución No. 769, se argumenta que al confirmar la proferida por la Procuraduría Departamental se sanciona, al ahora demandante, por tres cargos y lo absuelve por uno, que es el tercero y parte del cuarto. Y que el tercer cargo (uno por los que se le sanciona) no fue objeto del recurso (pag. 22, fl. 29), por lo que se violó el artículo 357 del C.P.C., que establece que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo mismo, el superior no puede enmendar la providencia en aquello que no fue objeto del recurso.

Es decir, en síntesis, que el *a-quo* condenó a su poderdante por haber supuestamente incurrido en las conductas tipificadas en los cargos uno y dos y, por lo mismo, sólo estos fueron impugnados a través del recurso de apelación y se estudiaron, evaluaron y controvirtieron las pruebas pertinentes, no así con relación a los cargos tres y cuatro y sus respectivas pruebas, por no ser objeto de dicho recurso. Y sin embargo, el *ad quem* saliéndose del marco señalado por la ley decidió *motuo propio* (sic) y con desconocimiento del debido proceso evaluar los cargos tres y cuatro y sus respectivas pruebas, sobre las cuales no se basó la sanción impuesta. Amén de que el único apelante fue su representado

Con relación al perjuicio sufrido por el demandante dice, no sólo está sumariamente, sino plenamente probado, que consiste en padecer una inhabilidad para ejercer cargos o funciones públicas por mandato de la Ley 13 de 1984, como así se demuestra con la simple lectura del artículo 1o. de la resolución 004 de 15 de febrero de 1993, que obra en fotocopia autenticada en el proceso.

Como la demanda llena los requisitos de ley habrá de admitirse.

SE CONSIDERA

Entre los supuestos para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos del acto que se demanda, contempla entre otros, el artículo 152 del C.C.A. (subrogado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989), que la medida se sustente en demostración de la manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la acción, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

En la sustentación de la medida se dice que se violó el artículo 29 de la C.N. por pretermitir el debido proceso, además de ser nula de pleno derecho la prueba obtenida

en tales condiciones, pero sin desarrollar aún brevemente el porqué se pretermitió el debido proceso en las diligencias disciplinarias adelantadas por la Procuraduría contra el ahora demandante, en demostración así de la infracción manifiesta de la norma superior.

Otro de los argumentos esgrimidos en el Capítulo relativo a la medida previsoria de la demanda es que al proferirse por el *ad quem* la resolución No. 769 de 28 de diciembre de 1993 se enmendó la providencia del *a-quo* en la parte que no fue objeto del recurso de apelación, es decir, que se hizo más gravosa la situación del encartado, a pesar de ser único apelante.

El ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria ha dado origen a la formación de un derecho administrativo disciplinario, denominado por algunos "derecho penal administrativo", y por otros "derecho penal disciplinario", pero bajo una u otra denominación se alimenta de algunos aspectos del procedimiento penal; sin embargo, principios tales como el de la *reformatio in pejus* (art. 538 C.P.P.) no alcanza al rigor que tiene en su prístino sentido y de allí que el *ad-quem*, al desatar el recurso de apelación tiene competencia para decidir sin limitación y, por ende, en determinados casos, puede hacer más gravosa la situación del apelante, situaciones éstas que corresponde estudiar en una sentencia definitiva y no en el sentido de la medida previsoria solicitada.

Hechas las breves consideraciones anteriores, concluye la Sala que no se da en el presente caso el supuesto de la infracción manifiesta de las normas superiores señaladas para que tenga así la medida provisoria vocación de prosperidad y, en su defecto, se denegará.

Por lo expuesto, SE RESUELVE:

1.- Admitir la demanda instaurada, a través de apoderado, por Luis Guillermo Díaz Martínez.

2.- Notifíquese personalmente este proveído al Procurador General de la Nación, o a quien haga sus veces.

3.- Notifíquese personalmente este proveído al Agente del Ministerio Público.

4.- Fíjese el presente asunto en lista por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada o los intervinientes si los hubiere, puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

5.- Solicítense a la Procuraduría Departamental de Boyacá los antecedentes disciplinarios de los actos impugnados. Líbrese el correspondiente oficio.

6.- No se ordena el depósito a que refiere el numeral 4o. del artículo 207 del C.C.A., según la modificación introducida por el artículo 46 del Decreto 2304 de 1989 por no haber lugar a ello por la naturaleza del asunto a que se contrae el *sub-lite*.

7.- Tiénese al doctor Ramiro Abella Soto como apoderado de Luis Guillermo Díaz Martínez en los términos para los efectos del poder conferido en escrito visible a folio 1.

8.- Niégase la suspensión provisional de los actos impugnados.

Notifiquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 18 de agosto de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Ausente; Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ISS-Funciones/**EMPRESA-**Clasificación/**CLASIFICACION DE RIESGOS-**Graduación/**JURISDICCION ORDINARIA LABORAL/COMPETENCIA/ JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-**Incompetencia

Las controversias, ejecuciones y recursos que atribuye la legislación sobre el Seguro Social, el Código de Procedimiento Laboral (art. 2o. inciso 2o.) ha atribuído la jurisdicción y la competencia para dirimir los conflictos sobre esa materia, al juez ordinario laboral, en concordancia con los artículos 68 de la Ley 90 de 1946 y 52 del Decreto 721 de 1949. Como el caso *sub-lite* versa sobre una controversia entre una empresa y el Instituto de Seguros Sociales en torno a la clasificación de riesgos de los trabajadores de aquélla, es de concluir que esta jurisdicción de lo contencioso administrativo carece de competencia para pronunciarse en el fondo de las súplicas de la demanda.

Consejo de Estad.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Segunda
Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4019. Autoridades Nacionales. Actor: Servicios Don Vapor Ltda.

La empresa Servicios Don Vapor Ltda., mediante apoderado, en demanda presentada ante esta Corporación el 19 de diciembre de 1988, solicita se declare la nulidad del artículo 2o. de la resolución No.0003926 del 1o. de septiembre de 1988 expedida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales, mediante la cual se

resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la resolución No. 101 de 17 de noviembre de 1987 dictada por la Subcomisión de Clasificación de Empresas de la Seccional de Cundinamarca y del Distrito Especial de Bogotá del citado establecimiento público; así mismo se impetra en el libelo de la nulidad de este acto administrativo (fols. 13 y 14).

Como restablecimiento del derecho, la parte demandante pide que se ordene la reclasificación de la referida empresa, asignándole un nuevo número patronal correspondiente a la clase II grado 7 y coeficiente de cotización 049%; igualmente que se disponga conservar para los 5 trabajadores especializados que laboran en la limpieza exterior de oficinas y no edificios el actual número patronal 01-0084-13294 con la reclasificación al grado inferior 60, coeficiente 4.20% (fol. 14).

En el libelo se citaron como normas violadas con la expedición de los actos acusados los "artículos 2, 16, 17, 20, 30, 32, 39, 51 de la Constitución Nacional, Ley 90 de 1946, arts. 56, literales a) y c) y art. 72 D.L. No. 433/71 art. 6o. y siguientes. Ley 12 de 1977, Decreto-Ley No. 1650 de 1977, arts. 4o., 8o., 23, 29, literales g) e i), 33, 35, 57 literales b) y u), 132, 136, 139, Decreto No. 3169 aprobatorio del Acuerdo No. 169 de 1964 y éste en sus arts. 8o., 10o., 19, 21, 22, 23, 24 literal a) inciso segundo; Decreto No. 3170 de 1964, aprobatorio del Acuerdo No. 155 de 1963 y este en sus arts. 48, 49, 50, 51 inciso 2o., 55, 64, 83; Decreto No. 3041 de 1966 art. 62; Decreto No. 01 de 1984 arts. 9o., 50, 51, 57; art. 85 del C.C.A., y resolución No. 6138/85 por la cual se reglamenta el Derecho de Petición en el ISS, en sus arts. 6o., 12 y 13-26 y 28, 40 y siguientes" (folio 22).

Al exponer el concepto de la violación, la parte actora señala que los actos acusados violan los artículos citados de la Carta de 1886, por cuanto las resoluciones impugnadas no cumplen la verdadera función social del Estado al desconocer claros derechos establecidos en normas que regulan la función pública; que el ejercicio de la actividad pública está sometida a la observancia de disposiciones legales que condicionan y regulan esa actividad, pero sin embargo es preciso darle prioridad a los preceptos constitucionales; que la empresa al separar al personal administrativo de los operativos y de limpieza de vidrios, dio cumplimiento a lo estatuído al respecto en la Ley 90 de 1946, pero que el ISS desconoció esas circunstancias; que la empresa se ha concretado a celebrar contratos de limpieza con ciertas instituciones de carácter social y comercial y que su actividad principal es la limpieza de locales comerciales y oficinas y que a este objeto destina 99% de su personal; que el 1% restante del personal se destina a la limpieza de ventanas; que por esta razón el ISS al realizar la inscripción a través de de la subcomisión de clasificación, tomó en forma equivocada como actividad principal la limpieza de ventanas y por esto la incorporó en la clase V grado 80 con un coeficiente de cotización de 5.60% sin tener en cuenta que el 99% del personal desarrolla actividades que están acordes con la contenida en la clase II grado 12 coeficiente de cotización 0,84%; que sólo los empleados técnicos en limpieza de ventanas y vidrios, es decir, el 1% del personal de la empresa, como se puede demostrar con la nómina

correspondiente, que reciben una mayor remuneración, deben continuar clasificados por la clase de actividad desarrollada; que de conformidad con el artículo 24 del Decreto 3169 de 1964, aprobatorio del reglamento de inscripciones, clasificación y aportes del ISS, la solicitud de clasificación corresponde a esta entidad en forma oficiosa; que esto quiere significar que si el ISS al realizar una revisión general de las clasificaciones se da cuenta que existe una equivocación en la clasificación de una empresa, puede entrar a clasificar por separado las actividades de la misma; que sólo en el evento de que el ISS no lo haga, la respectiva empresa puede pedir la clasificación, con el fin de hacer menos grave la situación económica por el pago de cuotas; que la misma redacción tiene el artículo 51 del Decreto 3170 de 1964, pero con una diferencia en cuanto al inciso relacionado con la iniciativa en materia de clasificación; que según este inciso corresponde a la empresa solicitar que se clasifique por separado al personal que se dedica a la limpieza de ventanas y fachadas, en lugares distintos; que esto fue precisamente lo que hizo en el caso *sub-lite* la empresa Servicios Don Vapor Ltda., sin que el ISS entendiera el alcance de las disposiciones anotadas; que la discrepancia existente entre este organismo y la parte demandante está en el correcto entendimiento de las normas comentadas, pues el ISS manifiesta que la disposición prohíbe la discriminación de personas para una clasificación mientras que la empresa con su argumento sostiene que las normas que se relacionan determinan procedimientos de excepción que permiten sostener con toda razón que la petición es viable jurídicamente; que es importante observar que durante la visita que realizaron algunos funcionarios del ISS a la empresa no se tenían elementos de juicio para emitir el concepto que hoy es materia de cuestionamiento, por cuanto que en la sede principal no exite ninguno de los riesgos consignados; que además no se tuvo en cuenta que la mayoría del personal de la empresa se rige por los programas de salud ocupacional y brigadas de incendio que poseen cada una de las entidades que constituyen los clientes de la Empresa "Servicios Don Vapor Ltda."; que darle el alcance de interpretación sostenido por el ISS a las normas invocadas en el libelo es hacer inoperante la excepción establecida en la ley, es contrariar el espíritu y texto de la norma, es actuar por fuera de la ley para escudarse en ella, es, en síntesis, violar la Constitución y la ley (fols. 22 a 28).

El apoderado del ISS se opone a las pretensiones del escrito demandatorio, por las razones que plantea en la contestación de la demanda (fols. 50 y 56), y en el alegato de conclusión presentado ante esta Corporación (fols. 122 a 130).

La señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su extenso concepto de 28 de septiembre de 1990, es de opinión que se denieguen las súplicas impetradas en el libelo, por cuanto la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos acusados proferidos por el ISS no logró desvirtuarse dentro del presente proceso, puesto que en el caso *sub-júdice* no fueron infringidas las disposiciones citadas en el escrito demandatorio (fols. 135 a 144).

Manifiesta la agencia del Ministerio Público en el citado concepto que las normas constitucionales invocadas en el libelo se limitan a consagrar principios generales de

derecho no susceptibles de ser quebrantados directamente sino a través de la infracción de normas de carácter legal que les dan desarrollo; que el hecho de que la empresa demandante hubiera separado el personal administrativo, operativo y de limpieza de vidrios implicó que el ISS comprendiera que dicho personal conformaba una misma unidad de empresa y, por ende, no se podía conceder otro número patronal distinto al adquirido, por no reunirse los supuestos exigidos por las disposiciones pertinentes; que en el caso *sub-exámine* no se dieron los requisitos establecidos en los artículos 24-a del Decreto No. 3169 de 1964 y 51 del Decreto 3170 del mismo año para cuando una empresa desea tener varios números patronales, ya que se trata de una misma empresa que cumple actividades peligrosas; que el personal administrativo como el operativo simple, y con actividades de esa naturaleza integran una sola empresa con el propósito de llevar a cabo un mismo objeto social; que no se anexaron al proceso pruebas tendientes a demostrar que en esta clase de actividades la empresa tuviera centros de trabajo diferentes, sino que lo que más bien consta es que en un mismo sitio o centro de trabajo se laboraba con personal adscrito a distintas funciones; que al analizar el artículo 26 del Decreto No. 3169 de 1964 esta disposición se puede prestar a varias interpretaciones frente a la clasificación que hizo el ISS en este asunto, pero que se ha debido traer al proceso pruebas como peritación o testimonios para demostrar que el objeto principal de la empresa no es el lavado exterior de fachadas y ventanas sino la limpieza de empresas y que los trabajadores mayoritarios no están expuestos a elementos externos que puedan afectar su salud, para que así se tenga derecho a la clasificación II y no a la V como se encuentra en la actualidad; que estudiando el expediente se tiene que se allegaron al proceso el reglamento de higiene y seguridad social y la resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social No. 349 de 6 de agosto de 1986, mediante la cual se aprobó el reglamento de la empresa, pero que no se aportaron documentos que acrediten programas de salud ocupacional o que se han establecido brigadas contra incendio, pruebas indispensables para desvirtuar los hechos afirmados en las resoluciones enjuiciadas.

Llegado el momento de proferir sentencia, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Aunque en anteriores oportunidades la Sala había resuelto de fondo procesos similares, un nuevo y detenido examen de la normatividad lleva a la Corporación a acoger un nuevo criterio sobre el tema, como pasa a exponerse:

Primeramente conviene señalar que respecto a las controversias, ejecuciones y recursos que atribuye la legislación sobre el Seguro Social, el Código de Procedimiento Laboral ha atribuido la jurisdicción y la competencia para dirimir los conflictos sobre esa materia, al juez ordinario laboral, en concordancia con los artículos 68 de la Ley 90 de 1946 y 52 del Decreto 721 de 1949.

Textualmente dice el art. 2o. del Código de Procedimiento Laboral:

"ASUNTOS DE QUE CONOCE ESTA JURISDICCION. La jurisdicción del trabajo está intituída para decidir los conflictos jurídicos que se originan directa o indirectamente del contrato de trabajo.

Tambien conocerá de las controversias, ejecuciones y recursos que le atribuye la legislación **sobre el Seguro Social,** y de la homologación de los laudos arbitrales" (Las Subrayas no son del texto).

En concordancia con el anterior precepto el art. 68 de la Ley 90 de 1946 enseña lo siguiente:

"Las controversias que susciten la aplicación de la presente ley entre patronos y trabajadores, o entre el Instituto o las Cajas y los patronos, asegurados o beneficiarios, por razón del seguro, serán de competencia de la justicia del trabajo ..."

Por último el art. 52 del Decreto 721 de 1949 dice:

"Las controversias que suscite la aplicación de las normas contenidas en el presente reglamento entre patronos y trabajadores; entre el Instituto y las Cajas; entre el Instituto o las Cajas por una parte, y los patronos, aseguradores o beneficiarios, por la otra, y que no versen sobre multas, serán de competencia de la justicia del trabajo, una vez agotado el procedimiento interno."

Entonces, como el caso *sub-lite* versa sobre una controversia entre una empresa. y el Instituto de Seguros Sociales en torno a la clasificación de riesgos de los trabajadores de aquélla, es de concluir que esta jurisdicción de lo contencioso administrativo carece de competencia para pronunciarse en el fondo de 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:

Declárase inhibido para fallar en el fondo, por carecer de jurisdicción para conocer de este asunto.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE. CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 4 de agosto de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno,* Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Por medio de la presente providencia la Sección Segunda establece nueva pauta jurisprudencial para señalar que las controversias derivadas de la clasificación de riesgos de los trabajdores para el aporte patronal de sus empleadores al ISS, es competencia de la jurisdicción del trabajo. De esta manera modifica el criterio sostenido en los fallos del 21 de octubre de 1992, Exp. 7236, Ponente: Dra. CLARA FORERO DE CASTRO, Actora: Sociedad DACCACH HERMANOS LTDA. y en el de junio 8 de 1992, expediente 3342, Dra. CLARA FORERO DE CASTRO, Actora: Empresa Gaseosas Lux, en los cuales se establecía la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para esta clase de controversias. La Sección Primera de la Corporación se pronuncia sobre el tema, en la sentencia del 24 de febrero de 1995; Exp. 3142, Ponente: Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, Actora: Sociedad ESTUDIOS TECNICOS S.A.

DIRECTOR SECCIONAL DE ADMINISTRACION JUDICIAL-Requisitos/ **CURSO DE ESPECIALIZACION/CIENCIAS ADMINISTRATIVAS/CIENCIAS ECONOMICAS/CIENCIAS FINANCIERAS/SUSPENSION PROVISIONAL**

Del texto del Decreto 2652 de 1991 se observa al simple examen literal del precepto, que en materia de educación superior son admisibles los diferentes programas de educación superior sin tener prelación una disciplina especial, pero en materia de especializaciones si deben ostentarse las relacionadas con las "ciencias administrativa", "ciencias económicas o financieras". Como la simple comparación entre el acto acusado y el art. 16 del Decreto 2652 de 1991, se observa que la violación es manifiesta, la Sala estima que es procedente decretar la suspensión provisional de la frase acusada.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Segunda
Santafé de Bogotá, D. C., septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Exp. No. 9921. Actor: Carlos Benítez Castelblanco.

CARLOS ARTURO BENITEZ CASTELBLANCO, acude en demanda ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de nulidad contra la frase **"incluídas en ellas las correspondientes disciplinas jurídicas"** contenidas en el inciso primero del literal c) del artículo 4o. del Acuerdo No. 30 del 12 de abril de 1994 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se dispone la elaboración de ternas para la elección de Directores Seccionales de Administración Judicial.

Por reunir los requisitos legales, la demanda habrá de admitirse.

Como en capítulo separado de la demanda se solicita la suspensión provisional de la frase acusada, la Sala procede a su examen y decisión, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

1) De conformidad con el artículo 152 del C.C.A., para que la medida de suspensión provisional sea procedente, es indispensable la reunión de los siguientes requisitos:

> **"Procedencia de la suspensión.** El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:
>
> 1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
>
> 2. Si la acción es de nulidad, **basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas** como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud".

2) En el presente caso se solicita la suspensión provisional de la frase acusada por estimar el actor que los cargos administrativos a proveer están dirigidos a quienes luego de ser titulares de una educación superior, ostentan una formación especializada en los campos administrativos, económicos o financieros y en este orden es factible que se admitan profesionales del derecho, pero no es comprensible, ni el Decreto 2652 de 1991 permite en la convocatoria se exija especialización en disciplinas jurídicas porque "la gestión administrativa requiere una formación específica, como la gestión de recursos físicos, humanos y técnicos, manejo de presupuesto y estrategias de gerencia, entre otras, conocimientos éstos que no aportan las especialidades en disciplinas jurídicas" (fl. 11).

3) Cita como disposición violada el artículo 16 del Decreto 2652 de 1991, cuyo texto expresa:

> "El Director Nacional y los Directores Seccionales de Administración Judicial deberán tener título de formación en **educación superior y curso de** especialización en ciencias administrativas, económicas o financieras y una experiencia específica no inferior a cinco años en dichos campos."

4) El acto acusado expresa:

> **"ARTICULO 4o.** Para ser elegido Director Seccional de Administración Judicial es necesario reunir los siguientes requisitos:
>
> "(...)"

c) Haber realizado curso de especialización en Ciencias Administrativas económicas o financieras, **incluídas en ellas las correspondientes disciplinas jurídicas."**

5) Del texto del Decreto 2652 de 1991 antes transcrito se observa al simple examen literal del precepto, que en materia de educación superior son admisibles los diferentes programas de educación superior sin tener prelación una disciplina especial, **pero en materia de especializaciones** sí deben ostentarse las relacionadas con las "ciencias administrativas", "económicas o financieras".

6) Le asiste, pues, razón al demandante cuando sobre el particular dijo:

"cuando se exige que los cargos administrativos, ejecutores, de la entidad fueran desempeñados por personas con una formación específica en los campos administrativos, económicos o financieros, por que estas son las funciones que deben desempeñar este tipo de servidores del Estado, mientras que las disciplinas jurídicas en estos cargos no son específicas para las funciones a desempeñar; además, si se requieren conocimientos jurídicos estos podrían haber sido adquiridos con una formación a nivel profesional, como el caso de abogados especializados en finanzas, administración, etc."

7) Por consiguiente como de la simple comparación entre el acto acusado y el artículo 16 del Decreto 2652 de 1991, se observa que la violación es manifiesta, la Sala estima que es procedente decretar la suspensión provisional de la frase acusada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1) Por reunir los requisitos legales, se admite la demanda presentada en acción pública de nulidad por Carlos A. Benítez Castelblanco.

2) Notifíquese personalmente al Director Nacional de Administración Judicial y al Agente del Ministerio Público.

3) 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.

4) Solicítense a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura los antecedentes administrativos del acto acusado.

5) Decrétase la suspensión provisional de la frase "incluídas en ellas las correspondientes disciplinas jurídicas" contenida en el inciso 1o. del literal c) del artículo 4o. del Acuerdo No. 30 del 12 de abril de 1994, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

6) No hay lugar a señalar depósito alguno para gastos ordinarios del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y UNA VEZ EJECUTORIADO PUBLIQUESE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión del día dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Orjuela Góngora, Alvaro Lecompte Luna.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUSPENSION EN EL CARGO DE EMPLEADO PUBLICO-Solicitud **/AUTO DE DETENCION**

El art. 423 del anterior C.P.P. lo que imponía era el deber del juez del proceso penal de solicitar la suspensión del empleado antes de hacer efectiva su detención, pero no como un privilegio para el sindicato, sino como una prevención necesaria para proteger la continuidad de la prestación del servicio público, impidiendo el retiro forzado del empleado, sin que le hubieran permitido a la administración suspenderlo y retrasarlo para no entorpecer el servicio; por ello sin la suspensión no se profería dentro de los cinco días siguientes a la solicitud, el funcionario judicial podía poner la captura del inculpado. No encuentra la Sala que por hecho de haber estado sufriendo detención el accionante, pueda afirmarse que el uso de la facultad discrecional se ejercitó con un fin desviado; al contrario, esta circunstancia lo que permite colegir es que la decisión de insubsistencia era una medida necesaria para proveer el empleo que de hecho quedó vacante y garantizar la continuidad del servicio. Respecto del buen desempeño del actor durante el tiempo que laboró en la entidad, alegado como motivo en el recurso de alzada, ha de decidirse que ha sido constante la jurisprudencia de esta corporación en afirmar que tal circunstancia por sí sóla no genera en cuanto a los empleados de libre nombramiento y remoción, fuero de estabilidad, pues bien puede existir otras razones que hagan necesaria la remoción, como en el caso del *sub-júdice* lo fue la conveniencia de preservar la continuidad de la función pública.

AUTO DE DETENCION/INSUBSISTENCIA/FACULTAD DISCRECIONAL.

Ciertamente la ciscunstancia de haberse proferido auto de detención contra un funcionario público no limita ni inhibe a la administración para que ejerza la facultad discrecional que le asiste de separar a sus empleados de libre nombramiento y remoción cuando las necesidades y conveniencias así lo aconsejen.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativ.-Sección Segunda
Santafé de Bogotá, D. C., septiembre nueve (9) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 7631 Asuntos Municipales. Apelación Sentencia. Actor: Alexis Triana García.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera, el 31 de agosto de 1992.

ANTECEDENTES

1.- El actor ALEXIS TRIANA GARCIA, mediante apoderado y en jercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de la resolución No. 008 de enero 9 de 1991 expedida por el Auditor Fiscal ante la Empresa de Servicios Varios Municipales de Cali "EMSIRVA", por la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Jefe de la Unidad de Control Financiero y Sistemas. Como restablecimiento del derecho solicitó se reintegrara al cargo que desempeñaba, se le cancelaran los salarios y demás prestaciones dejados de devengar por el acto acusado con sus incrementos y demás emolumentos hasta el día en que se produzca efectivamente su reintegro, sin solución de continuidad.

2.- Considera el accionante que el acto acusado fue expedido con desviación de poder, por que el Gerente de la entidad sólo podía ejercer la facultad de declararlo insubsistente una vez se produjera el acto de suspensión en el ejercicio del cargo, según lo establece el artículo 423 del Código de Procedimiento Penal (anterior estatuto), toda vez que el Juez 24 de Instrucción Criminal de Palmira había proferido en su contra medida de aseguramiento.

3.- La entidad demandada se opuso a las pretensiones del actor. Manifiesta que la insubsistencia se produjo, porque consideró más prudente nombrar un funcionario en propiedad que proveer el cargo en interinidad, dado que se trataba de un empleo eminentemente técnico.

4.- El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda. Consideró que la suspensión del empleado en el ejercicio del cargo ordenada por el artículo 423 del C.P.P. no limita la facultad discrecional que tiene la administración para separar del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, como era el accionante. Expresó además que la administración buscó la mejor prestación del servicio al proferir el acto de insubsistencia.

SUSTENTACION DE LA APELACION:

Alega el accionante como puntos de inconformidad del recurso que el ejercicio de la facultad discrecional lleva implícita la observancia de los procedimientos señalados en la ley, los cuales fueron desconocidos con el acto acusado; que en el caso *sub-lite* la administración no se vio afectada en la prestación del servicio durante el tiempo que transcurrió entre la declaratoria de insubsistencia y la fecha en que fue detenido arbitrariamente, por lo que no tiene fundamento el motivo de buen servicio que fue expresado por la entidad y que durante el tiempo que trabajó para la entidad fue objeto de reconocimientos laborales y profesionales y por eso ocupó diferentes posiciones hasta llegar al cargo de Auditor Fiscal.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Comparte la Sala el fallo del *a-quo*, porque ciertamente la circunstancia de haberse proferido auto de detención contra un funcionario público no limita ni inhibe a la administración para que ejerza la facultad discrecional que le asiste de separar a sus empleados de libre nombramiento y remoción cuando las necesidades y conveniencias así lo aconsejen.

De manera que resulta peregrino afirmar que exista desvío de poder por el hecho de que la administración declaró la insubsistencia del nombramiento sin expedir la resolución suspendiendo del empleo al accionante. El artículo 423 del anterior C.P.P., lo que imponía era el deber del juez del proceso penal de solicitar la suspensión del empleado antes de hacer efectiva su detención, pero no como un privilegio para el sindicado, sino como una previsión necesaria para proteger la continuidad de la prestación del servicio público, impidiendo el retiro forzado del empleado sin que se le hubiera permitido a la administración suspenderlo y reemplazarlo para no entorpecer el servicio; por ello si la suspensión no se profería dentro de los cinco días siguientes a la solicitud, el funcionario judicial podía ordenar la captura del inculpado.

El anterior razonamiento vino a confirmarse con lo ordenado en el artículo 399 del actual Código de Procedimiento Penal, norma que dejó a juicio del funcionario judicial solicitar la medida de suspensión de los empleados públicos sobre los cuales pesa auto de detención, cuando considere que la privación inmediata de la libertad pertuba la buena marcha de la administración.

De otra parte, no encuentra la Sala que por el hecho de haber estado sufriendo detención el accionante, pueda afirmarse que el uso de la facultad discrecional se ejercitó con un fin desviado; al contrario, esta circunstancia lo que permite colegir es que la decisión de insubsistencia era una medida necesaria para proveer el empleo que que de hecho quedó vacante y garantizar la continuidad del servicio.

Finalmente, respecto del buen desempeño del actor durante el tiempo que laboró en la entidad, alegado como motivo en el recurso de alzada, ha de decidirse que ha sido constante la jurisprudencia de esta Corporación en afirmar que tal circunstancia por si sola no genera en cuanto a los empleados de libre nombramiento y remoción, fuero de estabilidad, pues bien pueden existir otras razones que hagan necesaria la remoción, como en el caso *sub júdice* lo fue la conveniencia de preservar la continuidad de la función pública.

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 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera, el treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992), por la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso incoado por el señor ALEXIS TRIANA GARCIA.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del veintiséis (26) de agosto 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.

RENUNCIA FORZADA-Inexistencia/**CARGO DE DIRECCION/FUNCIONARIO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION**

Un funcionario de las calidades profesionales del actor, con una amplia experiencia administrativa y que ocupaba un cargo de dirección en el nivel ejecutivo, debía saber que por ser su cargo eminentemente directivo y de libre nombramiento y remoción, en cualquier momento podía ser desvinculado por el nominador en forma discrecional, luego no puede alegar que con el acto de insubsistencia se le estuviera presionando sicológicamente para que renunciara. Lo que deduce la Sala es que la adminstración como un gesto de consideración, le dio la oportunidad de desvincularse voluntariamente del cargo para que su retiro no se produjera a través de la insusbsistencia, en atención a su rango y calidades profesionales.

Consejo de Estad.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Segunda
Santafé de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 7186 Autoridades Departamentales Apelación Sentencia.
Actor: Manuel Guillermo Rocha Jiménez.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de abril tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección

B, en el proceso promovido por Manuel Guillermo Rocha Jiménez contra el Departamento de Cundinamarca, la cual negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. El accionante, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en la Ley 167 de 1941, vigente en la época de la demanda, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declarar la nulidad de la resolución No. 1078 de junio 17 de 1982 emanada de la Secretaría de Salud Pública de la Gobernación de Cundinamarca y suscrita por el Jefe del Servico Seccional de Salud (E.), por medio de la cual "se dice aceptar la renuncia" del actor del cargo de Médico Director, Nivel Ejecutivo Grupo 05 del Hospital San Rafael de Facatativá de la División de Atención Médica del Servicio Seccional de Salud de Cundinamarca.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó ser "restablecido en el cargo del cual fue separado en forma irregular, ilegal e injusta, a uno de igual o superior remuneración y categoría en el ramo de la salud pública"; el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, incluyendo los aumentos y modificaciones; se le reconozca que no hubo solución de continuidad en el ejercicio del cargo; se ordene el pago de perjuicios morales causados por dicho acto, liquidados conforme a la evolución jurisprudencial que la sanción moral ha tenido en esta Corporación; y se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término y forma consagrados en el artículo 121 del C.C.A. (fls. 22 a 33, cdno. ppal.).

2. El *a-quo* en el fallo recurrido se abstuvo de acceder a las súplicas de la demanda con fundamento en lo siguiente:

El actor era un alto empleado de la administración, de libre nombramiento y remoción. Se encuentra demostrado que el nominador le solicitó la renuncia y al no presentarla el demandante fue declarado insubsistente, pero esta decisión no se llevó a efecto sino que fue revocada al presentar renuncia del cargo el actor.

El nominador procedió legalmente por cuanto dada la investidura del censor y ante la necesidad de retirarlo del servicio, le dio la posibilidad de renunciar. El ilustrado criterio del actor seguramente lo condujo a tomar esa decisión, de lo contrario le hubiera bastado guardar silencio y atenerse a las consecuencias de la determinación de la administración. No está probado en consecuencia, que se hubiera empleado por parte de la entidad demandada un medio ilegítimo o arbitrario que vicie el acto acusado. (fls. 185 a 197, cdno. ppal.).

3. En su escrito de apelación el recurrente manifestó:

El Tribunal incurrió en ostensible error de hecho al estimar que el cargo que ocupó el actor era de aquellos que corresponden a los inmediatos colaboradores del Gobernador, porque se trata de un empleo subalterno. Desconoció además el *a- quo*

que el nominador constriñó y presionó al actor para que renunciara y que no se trató de una mera sugerencia, lo cual está prohibido por la ley (fls. 199 a 201 del cdno. ppal.).

En su escrito de alegato reiteró los anteriores argumentos y pidió que se declare la inconstitucionalidad sobreviniente de la jurisprudencia del Consejo de Estado que acepta como legal que el nominador solicite la renuncia a ciertos funcionarios, por cuanto viola el artículo 13 de la Carta; y que en caso de no aceptarse, se circunscriba la aplicación de dicho criterio a los cargos de naturaleza política y no a los técnico administrativos puesto que así lo ha sostenido la doctrina nacional.

Dice igualmente que la declaratoria de insubsistencia que produjo el nominador no fue comunicada al demandante, pero sí tuvo una amplia difusión entre sus allegados, lo que le produjo una fuerte presión sicológica. Además incurrió en abuso de poder por cuanto se aceptó la renuncia con retroactividad, haciéndola surtir efectos antes de su formulación, cuando siempre deben ser posteriores (fls. 250 a 256 del cdno. ppal.).

Surtido el trámite de ley sin observarse causal de nulidad procesal, se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1. En razón de que la censura que se le hace al acto demandado está fundamentada en la circunstancia de que la renuncia presentada por el actor fue producto de la coacción y la presión por parte del empleador, se impone el análisis crítico de las pruebas allegadas al proceso.

En primer término obra en el expediente que el censor desempeñó el cargo de Médico Director, del Nivel Ejecutivo, Grupo 05 del hospital "San Rafael" de Facatativá, del Servicio Seccional de Salud de Cundinamarca, cargo que era de libre nombramiento y remoción puesto que el recurrente no ha acreditado que en el empleo gozara de privilegios que concede la ley a quienes tienen fuero de estabilidad o carrera.

Del conjunto de pruebas testimoniales también se deduce que en efecto el nombramiento del actor fue declarado insubsistente, pero que antes de comunicarle el acto administrativo y ante un movimiento "de apoyo y solidaridad" de algunos empleados del Hospital que en forma no oficial conocieron la noticia, el Gobernador le dio la opción de renunciar, lo que efectivamente hizo el doctor Rocha Jiménez según misiva que obra a folio 6 del cuaderno principal.

Así lo declara el médico Víctor Manuel Carrillo: "como dije anteriormente en el Hospital Regional se corrió el rumor de que había sido decretada una resolución de insubsistencia, motivo por el cual los empleados del hospital solicitaron la audiencia con el sr. Gobernador, con el fin de que él nos confirmara o desvirtuara dicho rumor, lo cual fue confirmado por el propio Gobernador, cuando a la salida del despacho éste le informó al Dr. ROCHA que efectivamente estaba la resolución, pero que todavía tenía

tiempo de presentar su renuncia si él así lo quería".(fl. 134, cdno. ppal.). Y esto concuerda con lo declarado por los testigos Luis Gerardo Sánchez y Wilson Hugo Sánchez (fls. 137 y 141, cdno. ppal.).

Obra igualmente copia de la resolución 939 de 11 de junio de 1982 por la cual se declaró la insubsistencia del accionante (fl. 5), la resolución No. 1077 de junio 17 de 1982 que la derogó (fl. 62) y de la aceptación de renuncia el mismo día mediante resolución 1078 (fl. 63).

De otra parte, de los términos en que fue redactada la renuncia no se deduce que hubiera obedecido a constreñimiento alguno, por el contrario, aparece una decisión libre y espontánea (fl. 6, cdno., ppal.) y no puede aceptarse que la inminencia de la insubsistencia hubiere sido una coacción para su retiro voluntario, pues si la verdadera e íntima voluntad del demandante era la de no renunciar, le hubiera bastado atenerse a las consecuencias de la decisión que la administración ya había tomado.

Un funcionario de las calidades profesionales del actor, con una amplia experiencia administrativa y que ocupaba un cargo de dirección en el nivel ejecutivo, debía saber que por ser su cargo eminentemente directivo y de libre nombramiento y remoción, en cualquier momento podía ser desvinculado por el nominador en forma discrecional, luego no puede alegar que con el acto de insubsistencia se le estuviera presionando sicológicamente para que renunciara. Lo que deduce la Sala es que la administración como un gesto de consideración, le dio la oportunidad de desvincularse voluntarimente del cargo para que su retiro no se produjera a través de la insubsistencia, en atención a su rango y calidades profesionales.

Respecto a la protesta del demandante acerca de que la renuncia le fue aceptada con efectos fiscales retroactivos se demostró que dicho ordenamiento no tuvo efecto porque la administración le reconoció sueldos y prestaciones sociales hasta el último día que realmente laboró (fl. 73, cdno. 3).

Así las cosas, se impone confirmar la sentencia recurrida.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia de abril tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, en el proceso promovido por el doctor MANUEL GUILLERMO ROCHA JIMENEZ contra el Departamento de Cundinamarca, la cual negó las pretensiones de la demanda.

RECONOCESE al doctor LUIS CARLOS BERROCAL ORTEGA como apoderado del Departamento de Cundinamarca en los términos y para los efectos del memorial poder que obra a folio 262 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del ocho (8) de septiembre 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, Salva voto;. *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido de la sentencia de la referencia, puede consultarse la sentencia de marzo 31 de 1993, exp. 1522, Actor: PEDRO VICENTE NIÑO GARCIA, Ponente: Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

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

Salvamento de Voto: Del Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Referencia: Sentencia dictada el 21 de septiembre de 1994 en el jucio No. 7186. Autoridades Departamentales. Actor: Manuel Guillermo Rocha Jiménez.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala, me separo de lo resuelto en este asunto, por las siguientes sintéticas razones:

Estoy convencido, luego de la revisión del expediente, de que el actor no renuncio libre y espontáneamente, sino que por el contrario, fué constreñido para ello, bajo la presión inaceptable de que había sido declarado insubsistente y sería removido por aquella razón.

Fuera de ello, en este evento no se trataba de un cargo de cúpula o de carácter político, para el cual pudiese entenderse que se trataba de una renuncia protocolaria para dejar en libertad al superior jerárquico de conformar su equipo de trabajo.

Si estas dos premisas son claras, como a juicio mío lo son, han debido prosperar las pretensiones de la demanda.

Con todo comedimiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

INSUBSISTENCIA

La declaración de insubsistencia del nombramiento es el instrumento ordinario con que cuenta la administración para el ejercicio de la facultad discrecional de remover a los empleados que no gozan de fuero de estabilidad, sin que lo anterior signifique que la misma figura, en forma reglada, no pueda ser aplicada a funcionarios de carrera, en los casos previstos en el ordenamiento jurídico.

DESVIACION DE PODER-Concepto

La desviación de poder se configura cuando la autoridad hace uso de una atribución legal con propósitos distintos de aquellos previstos en la disposición que la confiere. La desviación debe emerger claramente de las pruebas aportadas por quien la invoca, para llevar al juzgador la convicción de que los motivos que tuvo la administración al proferir el acto, no están en armonía con los fines pretendidos por la norma.

FACULTAD DISCRECIONAL/INSUBSISTENCIA/PROCESO DISCIPLINARIO

La facultad discrecional del nominador para desvincular a un funcionario sin fuero de estabilidad, es independiente de la función disciplinaria para investigar y sancionar las faltas, y que la existencia de una investigación no genera el privilegio de la inamovilidad en el empleo. En lo atinente a que la demandante era una funcionaria idónea y eficiente en el ejercicio del cargo que desempeñaba, dirá la Sala, como lo ha manifestado en varias ocasiones, que tales condiciones que acreditaba la actora, según

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

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

Salvamento de Voto: Del Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Referencia: Sentencia dictada el 21 de septiembre de 1994 en el jucio No. 7186. Autoridades Departamentales. Actor: Manuel Guillermo Rocha Jiménez.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala, me separo de lo resuelto en este asunto, por las siguientes sintéticas razones:

Estoy convencido, luego de la revisión del expediente, de que el actor no renuncio libre y espontáneamente, sino que por el contrario, fué constreñido para ello, bajo la presión inaceptable de que había sido declarado insubsistente y sería removido por aquella razón.

Fuera de ello, en este evento no se trataba de un cargo de cúpula o de carácter político, para el cual pudiese entenderse que se trataba de una renuncia protocolaria para dejar en libertad al superior jerárquico de conformar su equipo de trabajo.

Si estas dos premisas son claras, como a juicio mío lo son, han debido prosperar las pretensiones de la demanda.

Con todo comedimiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

INSUBSISTENCIA

La declaración de insubsistencia del nombramiento es el instrumento ordinario con que cuenta la administración para el ejercicio de la facultad discrecional de remover a los empleados que no gozan de fuero de estabilidad, sin que lo anterior signifique que la misma figura, en forma reglada, no pueda ser aplicada a funcionarios de carrera, en los casos previstos en el ordenamiento jurídico.

DESVIACION DE PODER-Concepto

La desviación de poder se configura cuando la autoridad hace uso de una atribución legal con propósitos distintos de aquellos previstos en la disposición que la confiere. La desviación debe emerger claramente de las pruebas aportadas por quien la invoca, para llevar al juzgador la convicción de que los motivos que tuvo la administración al proferir el acto, no están en armonía con los fines pretendidos por la norma.

FACULTAD DISCRECIONAL/INSUBSISTENCIA/PROCESO DISCIPLINARIO

La facultad discrecional del nominador para desvincular a un funcionario sin fuero de estabilidad, es independiente de la función disciplinaria para investigar y sancionar las faltas, y que la existencia de una investigación no genera el privilegio de la inamovilidad en el empleo. En lo atinente a que la demandante era una funcionaria idónea y eficiente en el ejercicio del cargo que desempeñaba, dirá la Sala, como lo ha manifestado en varias ocasiones, que tales condiciones que acreditaba la actora, según

se afirma en el libelo, no son por sí solas suficientes para enervar el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad nominadora, ni conceden estabilidad laboral al empleado de libre nombramiento y remoción dentro del servicio público, ya que aquellas circunstancias especiales no significan que no pueda haber otras personas que desempeñen mejor el cargo o existir otras razones, que por motivos del buen servicio, hagan aconsejable producir la desvinculación del funcionario.

CTO ADMINISTRATIVO/PRESUNCION DE LEGALIDAD/BUEN RVICIO PUBLICO-Desmejora/**DESVIACION DE PODER/ENCARGO**-quisitos

Los actos administrativos, como el demandado, gozan de la presunción de legalidad, pues se considera que han sido expedidos en razón del buen servicio; pero tal presunción se quiebra cuando se demuestra que como resultado de la decisión, no solamente no se mantuvo la prestación normal del servicio sino que éste se desmejoró. Tal es el caso, en opinión de la Sala, cuando se designa para el ejercicio de un empleo a una persona que no cumple los requisitos mínimos exigidos para su ejercicio; requisitos que no son señalados en forma caprichosa, sino que son determinados con base en la evaluación de la naturaleza y complejidad de las funciones asignadas al empleo. De ahí, que se exija acreditar un determinado nivel académico, una menor o mayor experiencia laboral y, en casos especiales, una formación profesional en un campo específico del conocimiento, caso este en el que no se podrá reemplazar a un médico por un abogado, a un economista por un ingeniero civil, o a un abogado por un administrador, no obstante ser todos ellos profesionales, pues la especificidad de la actividad que corresponde a quien desempeña el empleo, (medicina, economía, derecho) impide que éste sea ejercido por un profesional de una disciplina diferente. Si esta circunstancia se presenta, es innegable que se produce un desmejoramiento en la prestación de los servicios a cargo de la entidad. Está probado en el caso *sub-júdice* la falta de idoneidad del señor Alvaro David Cormane Correa para ejercer el empleo que ocupaba la demandante, funcionario que entró a reemplazarla en calidad de encargado, movimiento de personal que se da por demostrado al no haber sido controvertido por la parte demandada. Si el funcionario que sustituyó a la demandante en el empleo carecía de los requisitos indispensables para su ejercicio, fuerza concluir que dentro de esta circunstancia no se podía mejorar el servicio y, antes por el contrario fue desmejorado, sin que lo expresado por el apoderado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social al respecto justifique la decisión de la administración de efectuar el encargo de una persona que no acreditaba la formación profesional requerida.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativ.- Sección Segunda
Santafé de Bogotá, D. C., septiembre veintiséis (26) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 6089. Decretos del Gobierno. Actor: María Elena Acosta Mejía.

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 del Magdalena.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio de apoderada judicial, la señora María Elena Acosta Mejía presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Magdalena con el fin de que se declare la nulidad del decreto 1115 de 10 de junio de 1988, expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe de División 2040, Grado 03, de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Magdalena, con sede en la ciudad de Santa Marta. Solicita así mismo el correspondiente restablecimiento del derecho (folios 3 y 4).

Como disposiciones violadas el libelo cita, los artículos 16, 20 y 120 numeral 1o. de la Carta de 1886; 8 del plebiscito de 1957; 36 del C.C.A.; 26 inciso 1o. del Decreto Ley 2400 de 1968; 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973; Ley 13 de 1984 y Decreto 482 de 1985 (folio 11).

Expone, en síntesis, como concepto de la violación, que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la demandante constituyó en la práctica una destitución disfrazada, al ampararse el Gobierno Nacional en la facultad discrecional, por no haberse aplicado esa sanción disciplinaria en la investigación que se adelantó contra la actora; que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social al proferir el acto impugnado no tuvo en cuenta que la demandante había sido investigada y recibido un fallo absolutorio; que no se la puede acusar de ineficiente, pues siempre demostró rendimiento satisfactorio en el ejercicio de sus funciones y era una funcionaria idónea, por ser una profesional del derecho; que fue sustituída por un empleado que no era idóneo en normas de derecho, por lo que se está en presencia de un acto grotesco y arbitrario dictado por la administración pública; que a la demandante se le decretó la insubsistencia por haberse adelantado investigación disciplinaria, la cual le fue favorable, demostrándose de esta forma que en este asunto se configuró la desviación de poder pues el Ministerio utilizó la facultad discrecional para obtener una finalidad distinta a la atribuída por la ley; que no incurrió en alguna de las faltas disciplinarias consagradas en el artículo 15 de la Ley 13 de 1984, por lo que no podía imponérsele la sanción de destitución como lo hizo el Ministerio al expedir una aparente declaración de insubsistencia (folios 11 a 16).

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal del conocimiento en la sentencia consultada, por decisión mayoritaria de sus integrantes, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (folios 186 a 195).

Manifestó el *a-quo* que las excepciones propuestas por el apoderado de la Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), no tienen asidero probatorio ni legal para que puedan prosperar, ya que revisado el poder otorgado por la actora se establece que fue conferido para incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; que si bien es cierto el cargo que ocupaba la actora era de libre nombramiento y remoción, debe tenerse en cuenta que en la utilización de la facultad discrecional debe primar la finalidad del buen servicio, que al ser desconocida, constituye una de las causales de anulación del acto administrativo denominada desviación de poder; que la circunstancia de que la demandante hubiera salido bien librada en un proceso disciplinario, no impedía a la administración utilizar la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción; que en el caso de esta facultad, la adecuación a los fines de la norma a que alude el artículo 36 del C.C.A., consiste en procurar el objetivo del buen servicio público que se traduce, entre otras formas, en el buen desempeño del empleo; si se declara insubsistente el nombramiento de un funcionario que desempeña el cargo con solicitud, eficiencia e imparcialidad, para designar en su reemplazo a otra persona que por sus condiciones no es idónea para el empleo, se estará actuando en contra de la ley; el Tribunal considera que está demostrado el buen desempeño de la demandante en el cargo que ocupaba y que la falta de idoneidad del empleado que reemplazó a la actora, así sea por encargo, la indica su misma profesión de administrador de empresas, la cual no era propiamente la adecuada para manejar la dependencia que se le encargó, que tiene que ver con la ciencia jurídica, de conformidad con el manual de funciones del cargo; que se aprecia además, según la misma declaración del reemplazo, que el término del encargo fue superior a cuatro meses, situación que igualmente atenta contra la finalidad del buen servicio; por todo lo anterior, encuentra el *a-quo* que en el caso *sub-júdice* no se cumplió con la finalidad del buen servicio, violándose así los artículos 36 del C.C.A. y 6 del Decreto 2400 de 1968, normas señaladas como infringidas en la demanda; que en lo atinente al restablecimiento del derecho, el reintegro al cargo no es viable, ya que la administración al terminar el encargo y nombrar en propiedad a quien sí reunía las condiciones, cumplió objetivamente con la finalidad del buen servicio, aspecto que fue previsto por la propia actora en las peticiones subsidiarias del libelo.

LA VISTA FISCAL

La Procuraduría Novena Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado, en su concepto de fondo opina que en el caso *sub-júdice* la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado, por lo que las pretensiones del escrito introductorio no están llamadas a prosperar (folios 207 a 220).

Manifiesta la agencia del Ministerio Público que la excepción formulada por el apoderado de la Nación carece de asidero legal, porque no se siguió en el *sub-lite* un

procedimiento distinto al que legalmente corresponde, ni la actora instauró el contencioso objetivo, como lo afirma la excepcionante; que a esta conclusión se llega de la lectura integral del poder conferido, a la cual igualmente llegó el *a-quo*, por lo que su decisión sobre este tópico amerita ser confirmada; que aunque como lo dice la demanda y lo confirma la contestación de la misma, la investigación disciplinaria que adelantó el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social culminó con absolución y orden de archivo del expediente, esta circunstancia no impedía a la administración hacer uso de la facultad discrecional de libre remoción; que la parte actora estaba obligada a demostrar la relación de causalidad entre el hecho que dio lugar a la investigación y la causa de la decisión administrativa de desvincularla del servicio, aspecto este que está huérfano de prueba dentro del proceso; que no puede dejarse de lado que el nominador bien puede retirar del servicio a un funcionario idóneo, calificado y responsable, por razones diferentes, que estén encaminadas al buen servicio; que la eficiencia de la actora a que hace referencia el Tribunal, no tiene sustento jurídico dada la orfandad probatoria relacionada con la solicitud, eficiencia e imparcialidad de la demandante en el ejercicio de sus funciones; que el encargo realizado a un funcionario que carece de los requisitos legales que exige el empleo, y por tiempo superior al permitido por la ley, es un hecho que por sí solo no es demostrativo de la desviación de poder alegada.

Cumplido el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En el caso *sub-lite* se trata de dilucidar la legalidad del Decreto 1115 del 10 de junio de 1988, expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora María Elena Acosta Mejía como Jefe de División 2040, Grado 03, de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Magdalena, con sede en la ciudad de Santa Marta (folio 64).

No está acreditado en el proceso que la demandante gozara de los privilegios que otorga la ley a quienes tienen fuero de estabilidad en el cargo. Por el contrario, a folio 130 del expediente aparece una constancia de 8 de junio de 1988 suscrita por la Jefe de Sección Registro y Control del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, según la cual revisado el listado del 11 de marzo del mismo año enviado por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, División de Selección, que contiene la relación de funcionarios de dicho Ministerio que se encuentran inscritos en el escalafón de la Carrera Administrativa, no aparece que la doctora María Elena Acosta Mejía, se encuentre dentro del citado escalafón.

Como es de conocimiento, la declaración de insubsistencia del nombramiento es el instrumento ordinario con que cuenta la administración para el ejercicio de la facultad discrecional de remover a los empleados que no gozan de fuero de estabilidad, sin que lo anterior signifique que la misma figura, en forma reglada, no pueda ser aplicada a funcionarios de carrera, en los casos previstos en el ordenamiento jurídico.

La alegada desviación de poder, como se sabe, se configura cuando la autoridad hace uso de una atribución legal con propósitos distintos de aquellos previstos en la disposición que la confiere. La desviación debe emerger claramente de las pruebas aportadas por quien la invoca, para llevar al juzgador la convicción de que los motivos que tuvo la administración al proferir el acto, no están en armonía con los fines pretendidos por la norma.

La Sala ha expresado en numerosas oportunidades, que la facultad discrecional del nominador para desvincular a un funcionario sin fuero de estabilidad, es independiente de la función disciplinaria para investigar y sancionar las faltas, y que la existencia de una investigación no genera el privilegio de la inamovilidad en el empleo.

Además de lo anterior, dirá la Corporación que en este asunto no se acreditó dentro del proceso la relación de causalidad que hubiera podido darse entre la declaración de insubsistencia del nombramiento de la actora y los hechos respecto de los cuales fue investigada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con base en quejas formuladas por el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Magdalena y en un anónimo; por ello, no es viable jurídicamente concluir que el retiro del servicio de la demandante se hubiera hecho con el propósito de sancionarla, como consecuencia de la investigación disciplinaria que contra ella se adelantó (folio 12) y que la insubsistencia decretada constituye una destitución disfrazada (folio 9), cómo se sostiene en el escrito introductorio.

Como consta en autos, del informe rendido el 6 de mayo de 1988 por el Director General del Menor del Trabajo al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social (fls. 52 a 56), es decir, con anterioridad a la fecha de expedición del acto administrativo acusado, se concluye que la actora no incurrió en faltas disciplinarias, por lo cual recomienda cerrar la investigación. Sobre el tópico, el apoderado de la Nación, en la contestación de la demanda manifiesta que "una de las formas de terminar una investigación conforme al procedimiento disciplinario ya indicado es precisamente con la absolución y archivo del expediente, que fue justamente lo que ocurrió en el asunto presente como lo reconoce la demandante en este hecho." (folio 122). Por consiguiente, no se ve cómo en el caso *sub-exámine* la insubsistencia representara en la práctica una sanción disciplinaria de destitución, si se tiene en cuenta que la actora fue exonerada de responsabilidad disciplinaria.

Como lo dice la agencia del Ministerio Público (fls. 217 y 218) sobre el aspecto debatido, la parte actora tenía que haber demostrado la relación de causalidad entre los hechos que dieron lugar a la investigación y la causa, motivo o razón de la decisión administrativa de retirarla del servicio, aspecto que está huérfano de prueba en el proceso.

De otro lado, en lo atinente a que la demandante era una funcionaria idónea y eficiente en el ejercicio del cargo que desempeñaba, dirá la Sala, como lo ha manifestado en varias ocasiones, que tales condiciones que acreditaba la actora, según se afirma en el libelo, no son por sí solas suficientes para enervar el ejercicio de la

facultad discrecional de la autoridad nominadora, ni conceden estabilidad laboral al empleado de libre nombramiento y remoción dentro del servicio público, ya que aquellas circunstancias especiales no significan que no pueda haber otras personas que desempeñen mejor el cargo o existir otras razones, que por motivos del buen servicio, hagan aconsejable producir la desvinculación del funcionario.

No obstante lo anterior, situación diferente se presenta en relación con lo expuesto en los hechos de la demanda, en donde se afirma que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social desde la fecha de retiro de la actora "no ha designado al funcionario en propiedad permaneciendo encargado el Jefe de SENALDE funcionario éste que no es abogado, demostrando este hecho que la declaratoria de insubsistencia no se hizo para la buena prestación de servicio a la comunidad" (folio 10) y en el desarrollo del concepto de la violación, cuando la parte demandante expone que "si se observa se le reemplazó por un funcionario que no era idóneo en las normas del derecho.... el funcionario reemplazante de la doctora Acosta no responde al requisito de la idoneidad..." (folio 12). Es decir, que el demandante afirma que su remoción del empleo no fue armónica con el buen servicio que debe inspirar a este tipo de decisiones.

En relación con este aspecto particular de la demanda, recuerda la Sala que los actos administrativos, como el demandado, gozan de la presunción de legalidad, pues se considera que han sido expedidos en razón del buen servicio; pero tal presunción se quiebra cuando se demuestra que como resultado de la decisión, no solamente no se mantuvo la prestación normal del servicio sino que éste se desmejoró. Tal es el caso, en opinión de la Sala, cuando se designa para el ejercicio de un empleo a una persona que no cumple los requisitos mínimos exigidos para su ejercicio; requisitos que no son señalados en forma caprichosa, sino que son determinados con base en la evaluación de la naturaleza y complejidad de las funciones asignadas al empleo. De ahí, que se exija acreditar un determinado nivel académico, una menor o mayor experiencia laboral y, en casos especiales, una formación profesional en un campo específico del conocimiento, caso este en el que no se podrá reemplazar a un médico por un abogado, a un economista por un ingeniero civil, o a un abogado por un administrador, no obstante ser todos ellos profesionales, pues la especificidad de la actividad que corresponde a quien desempeña el empleo, (medicina, economía, derecho) impide que éste sea ejercido por un profesional de una disciplina diferente. Si esta circunstancia se presenta, es innegable que se produce un desmejoramiento en la prestación de los servicios a cargo de la entidad.

Sobre el tópico, como lo destaca el Tribunal del conocimiento (fl. 193) está probado en el caso *sub-júdice* la falta de idoneidad del señor Alvaro David Cormane Correa para ejercer el empleo que ocupaba la demandante, funcionario que entró a reemplazarla en calidad de encargado, movimiento de personal que se da por demostrado al no haber sido controvertido por la parte demandada, a pesar de no constar dentro del expediente el acto administrativo contentivo del encargo, aunque sí copia del acta de entrega de la oficina por parte de la demandante a su reemplazo transitorio; quien reemplazó a la

actora manifiesta en su declaración ser titulado en administación de empresas y haber ejercido el cargo por un lapso superior a cuatro meses hasta cuando fue nombrada en propiedad la doctora Leomara Gallo Mendoza (fls. 178 y 179), mientras que para el desempeño del empleo se exigía tener grado universitario en derecho y dos años de experiencia específica (fl. 172).

Así las cosas, si el funcionario que sustituyó a la demandante en el empleo carecía de los requisitos indispensables para su ejercicio, fuerza concluir que dentro de esta circunstancia no se podía mejorar el servicio y, antes por el contrario fue desmejorado, sin que lo expresado por el apoderado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social al respecto (fl. 125), justifique la decisión de la administración de efectuar el encargo de una persona que no acreditaba la formación profesional requerida.

Lo anterior lleva a la Sala a confirmar la sentencia proferida el 31 de julio de 1991 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, no sin antes expresar que, como lo analiza acertadamente el *a-quo* (folios 190 y 191) y lo destaca la agencia del Ministerio Público (folios 212 y 213), las excepciones propuestas por el apoderado de la Nación carecen de asidero legal, pues de la lectura integral del poder conferido por la actora (folio 1) se infiere que se otorgó para instaurar la acción de restablecimiento del derecho, denominada así para cuando se presentó el libelo ante el Tribunal, sin que en el caso *sub-júdice* se siguiera un procedimiento distinto al que jurídicamente corresponde, ni que la demandante instaurara el contencioso objetivo, como lo expresa el citado apoderado.

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 consultada, proferida el 31 de julio de 1991 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en el proceso instaurado por la señora María Elena Acosta Mejía en orden a obtener la nulidad del Decreto No. 1115 de 10 de junio de 1988 expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 15 de septiembre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Salva el voto; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro,* Salva el voto; *Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Alvaro Díaz Granados,* conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: El salvamento de voto de la Dra. CLARA FORERO DE CASTRO refiere lo siguiente: De la sola circunstancia de haber encargado a un funcionario que no reunía requisitos para desempeñar las funciones que correspondían a la actora en el cargo del cual fué declarada insubsistente no es posible deducir desviación de poder. El encargo es por naturaleza transitorio y bien pudo hacerse necesario mientras se nombraba en propiedad o en período de prueba el reemplazo de la actora. No debe olvidarse que las dos decisiones son independientes una de otra y que no necesariamente la ilegalidad del nombramiento del reemplazo implica la nulidad de la insubsistencia; sólo cuando sumada a otras pruebas que demuestren por ejemplo desmejora en el servicio o móviles contrarios a la ley como inspiradores de la insubsistencia, será posible anular ésta. En el caso presente no se adujo ninguna prueba sobre móviles ocultos ni tampoco se estableció la desmejora del servicio; por lo cual, a mi juicio, debían negarse las súplicas de la demanda. A este salvamento de voto se adhiere la Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA CLARA FORERO DE CASTRO

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativ.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Salvamento de Voto de la Doctora Clara Forero de Castro.

Ref: Expediente No. 6089. Actor: María Elena Acosta Mejía.

Respetuosamente me permito manifestar que no comparto la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, puesto que considero que en este caso no se probó la desviación de poder.

De la sola circunstancia de haber encargado a un funcionario que no reunía requisitos para desempeñar las funciones que correspondían a la actora en el cargo del cual fue declarada insubsistente, no es posible deducir desviación de poder.

El encargo es por su naturaleza transitorio y bien pudo hacerse necesario mientras se nombraba en propiedad o en período de prueba el reemplazo de la actora.

No debe olvidarse que las dos decisiones son independientes una de otra y que no necesariamente la ilegalidad del nombramiento del reemplazo implica la nulidad de la insubsistencia; sólo cuando sumada a otras pruebas que demuestren por ejemplo desmejora en el servicio o móviles contrarios a la ley como inspiradores de la insubsistencia, será posible anular ésta.

En el caso presente no se adujo ninguna prueba sobre móviles ocultos ni tampoco se estableció la desmejora del servicio; por lo cual, a mi juicio, debían negarse las súplicas de la demanda.

Clara Forero de Castro.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA DOLLY PREDRAZA DE ARENAS

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

Salvamento de Voto de la Doctora Dolly Pedraza de Arenas.

Referencia: Expediente No.6089. Decretos del Gobierno. Consulta Sentencia. Actor: María Elena Acosta Mejía.

Las razones para salvar mi voto están ampliamente consignadas en el de la Consejera Doctora Clara Forero de Castro, por lo cual adhiero a sus consideraciones.

Dolly Pedraza de Arenas.

ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO/RECURSOS EN LA VIA GUBERNATIVA/ACTO CONDICIONAL/PERSONAL DOCENTE-Régimen Especial/ **NOTIFICACION/EDAD DE RETIRO FORZOSO/CADUCIDAD-** Improcedencia.

Es principio general que contra los actos administrativos que decreten remociones (como en el *sub-lite*) no caben los recursos gubernativos de reposición y apelación, salvo los que para casos especiales establezcan las leyes. Como principio general tiene su esencia en que tales actos pertenecen a la categoría de actos condición. Empero, eventos como el de los docentes pertenecientes a un sistema de administración de personal denominado como de "carrera" tiene por lo menos el recurso de reposición, y aunque no es obligatorio, es una facultad del administrado sin que pueda cercenársele. Cuando la administración al notificar el acto no entera al administrado de las posibilidades del derecho de contradicción del acto, que por lo demás es un principio legal (arts. 30. y 47 del C.C.A.) y constitucional de la actuación administrativa (arts. 29 y 209 C.N.) éste no causa ejecutoria ni puede conferírsele validez a su omisión, tanto que de conformidad con el art. 135 del C.C.A., modificado por el art. 22 D.L. 2304 de 1989, podrá demandar directamente los correspondientes actos. Como no fue debidamente notificada la resolución 1610 del 19 de mayo de 1988, el escrito presentado el 13 de julio de 1988 por el docente se convierte en medio de impugnación gubernativo, que se desató el 1o. de agosto siguiente y se notificó el 30 del mismo mes y año. De suerte que si la demanda se presentó el 14 de diciembre de 1988 no había caducado la acción, razón para que se revoque la sentencia impugnada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., septiembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 7859. Autoridades Nacionales. Actor: Gustavo Soto Giraldo.

Estando dentro de la debida oportunidad procesal entra la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 13 de octubre de 1992, mediante la cual el *A-Quo* se abstuvo de pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, por encontrar caducada la acción interpuesta por el señor GUSTAVO SOTO GIRALDO.

LA DEMANDA:

Pretende la nulidad de los *Decretos Nos. 1610 y 2926 de mayo 19 y agosto 1o. de 1988* respectivamente, dictados por el Gobernador del Departamento de Antioquia, como Presidente de la Junta Administradora F.E.R., quien, invocando el uso de las facultades legales desincorporó al demandante del cargo de profesor de tiempo completo en el Liceo Manuel Uribe Angel del Municipio de Envigado.

Esta desincorporación se produjo por encontrarse el docente en la edad de retiro forzoso señalada en el *artículo 31 del Decreto Nacional 2277 de 1979.*

Como consecuencia de la declaración anterior, la accionada deberá proceder a reintegrar a su cargo al profesor Soto Giraldo hasta cuando reciba de la Caja Pagadora el informe de que ha sido incluído en la nómina oficial de jubilados, y pagarle todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta cuando el reintegro opere en forma efectiva, entendiéndose, para todos los efectos que durante su desvinculación no ha habido solución de continuidad en la prestación de sus servicios.

Que durante su ejecución la sentencia deberá ser ajustada, con arreglo al *artículo 178 del C.C.A.* de acuerdo con la variación de índice de precios al consumidor para el nivel de ingresos medios de Medellín, certificado por el DANE o el Banco de la República. Por último, que la sentencia deberá cumplirse dentro del término previsto en el *artículo 176 del C.C.A.*

Como fundamento de la demanda narra los siguientes hechos: el demandante venía ocupando el cargo de profesor de tiempo completo en el Liceo Manuel Uribe Angel del Municipio de Envigado, Distrito Educativo No.4, bajo la autoridad de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional de Antioquia. De conformidad con el *artículo 12 del Decreto Nacional No.102 de 1976*, el cargo ocupado por el docente es del orden nacional, que por razones de descentralización administrativa quedó bajo la jurisdicción del FER de Antioquia.

El señor Gobernador de Antioquia invocando sus facultades legales y el carácter de Presidente de la Junta Administradora FER expidió el *Decreto No. 1610 del 19 de mayo de 1988,* mediante el cual desincorporó al docente, por hallarse en la edad de retiro forzoso señalada en el *artículo 31 del Decreto Nacional 2277 de 1979.* El señor Gustavo Soto Giraldo contra tal proceder del señor Gobernador interpuso el recurso de reposición; el cual fue resuelto mediante *Decreto No. 2916 de agosto de 1988,* negando la revocatoria y mantuvo la desincorporación. La notificación personal de esta decisión se realizó el día 30 de agosto de 1988. Se indica que los decretos del gobernador se realizaron invocando una atribución que es exclusiva del señor.

En consecuencia con los decretos que expidió el Gobernador sin ser él competente para ello, se ha infringido la ley y se ha causado grave daño al demandante. A la fecha del retiro el actor reunía los requisitos para jubilarse.

NORMAS VIOLADAS:

Se citan como normas violadas con el acto acusado las siguientes: *artículos 2, 20 y 63 de la Constitución Nacional; Decreto Extraordinario No.102 de 1976, artículos 4 y 6; artículo 84 del C.C.A.; artículo 86 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 76 del Decreto No. 0625 de 1988.*

LA SENTENCIA:

El Tribunal *a-quo* se abstuvo de pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda por caducidad de la acción. Concluyó que cuando se presentó la demanda (diciembre 14 de 1988) ya habían transcurrido los 4 meses para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 136 del C.C.A.) ya que el acto de desincorporación que debía demandarse fué notificado el 27 de mayo de 1988.

EL RECURSO

La parte actora en el escrito sustentario del recurso de apelación (fls. 90-103), manifiesta su inconformidad con la interpretación que dio el Tribunal, que omite aplicar el derecho sustancial sobre la base de estimaciones de la ley procesal equivocadas. Concluye la sustentación del recurso diciendo que la acción fue interpuesta en tiempo, si se tiene en cuenta que la notificación por conducta concluyente se llevó a cabo el 13 de julio de 1988 al interponerse el recurso, el que fue decidido el 1o. de agosto de 1988 y notificado al recurrente personalmente el 30 de agosto de 1988. Solicita en consecuencia se revoque la sentencia impugnada y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda.

EL CONCEPTO FISCAL

En la vista reglamentaria la Procuraduría Quinta Delegada ante esta Corporación rinde concepto (fls. 121-128) concluyendo que la derogatoria de la norma reglamentada produce efectos en la norma reglamentaria, por lo que no sería procedente la aplicación del **precipitado** precepto.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

A folio 2 del proceso se incorporó el *Decreto No.1610 de 19 de mayo de 1988* por medio del cual se desincorpora al demandante; este decreto le fué notificado el 27 de mayo de 1988 (fl. 3). Contra el decreto en cita el docente solicita su revocatoria, mediante escrito visible a folios 4 y 5, de fecha 13 de julio de 1988. Con el *Decreto No. 2916 de 10 de agosto de 1988* (fl. 7) el Gobernador del Departamento de Antioquia no accede a la revocatoria del *Decreto No.1610 del 19 de mayo de 1988*, por medio del cual se desincorpora al docente por haber cumplido 65 años de edad, y en consecuencia se ratifica el mismo. Esta determinación igualmente se le notificó al demandante en forma personal el 30 de agosto de 1988 (fl. 8).

Como en el *sub-exámine* se planteó por la accionada la excepción de caducidad de la acción, la Sala debe en primer lugar entrar a dilucidar este aspecto. Así pues, la Sala dirá en primer término que para que se dé el fenómeno jurídico de la caducidad, sólo bastan dos supuestos a saber:

1. El transcurso del tiempo, y

2. El no ejercicio de la acción

Iniciado el término con la publicación o notificación, lo que ocurra de ahí en adelante no tiene virtualidad alguna para modificar el plazo perentorio y de orden público señalado en la ley.

Tal como lo ha sostenido en forma reiterada la Doctrina y la Jurisprudencia, la caducidad es una Institución Jurídica que limita en el tiempo el ejercicio de una acción, independientemente, como antes se dijo, de consideraciones que no sean el sólo transcurso del tiempo. Su verificación es simple, pues el término no se interrumpe ni se prorroga.

El Legislador para el cómputo del término de caducidad de la acción contencioso subjetiva, ha partido invariablemente de la fecha en que el interesado tiene conocimiento del acto bien por notificación o publicación y en defectos de estos, de la ejecución.

Del acervo probatorio aportado en autos se evidencia que al actor no se le notificó personalmente la decisión de la Administración de desincorporarlo, por haber cumplido 65 años de edad (fl. 3), el 27 de mayo de 1988. La parte actora aduce que tal notificación no se realizó en legal forma porque no se le indicaron qué recursos procedían.

Empero es de anotar que según la preceptiva del *artículo 49 del C.C.A.* no habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios o de ejecución excepto en los casos previstos en forma expresa.

A su vez el *artículo 50 ibídem* determina cuáles son los recursos que proceden contra los actos que ponen fin a las actuaciones administrativas, siendo ellos el de reposición, apelación y el de queja. *"Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla"*, dice la norma en su inciso final.

En efecto, dirá la Sala que es principio general que contra los actos administrativos que decreten remociones (como en el *sub-lite*) no caben los recursos gubernativos de reposición y apelación, salvo los que para casos especiales establezcan las leyes. Como principio general tiene su esencia en que tales actos pertenecen a la categoría de actos condición. Empero, eventos como el de los docentes pertenecientes a un sistema de administración de personal denominado como de "carrera" tiene por lo menos el recurso de reposición, y aunque no es obligatorio, es una facultad del administrado sin que pueda cercenársele.

Cuando la administración al notificar el acto no entera al administrado de las posibilidades del derecho de contradicción del acto, que por lo demás es un principio legal (arts. 3o., 47 C.C.A.) y constitucional de la actuación administrativa (art. 29 y 209 C.N.), éste no causa ejecutoria ni pude conferírsele validez a su omisión, tanto que de conformidad con el art. 135 del C.C.A., modificado por el art. 22 del D.L. 2304 de 1989, podrá demandar directamente los correspondientes actos.

Como no fue debidamente notificada la resolución 1610 del 19 de mayo de 1988, el escrito presentado el 13 de julio de 1988 por el docente se convierte en medio de impugnación gubernativo, que se desató el 1o. de agosto siguiente y se notificó el 30 del mismo mes y año. De suerte que si la demanda se presentó el 14 de diciembre de 1988 no había caducado la acción, razón para que se revoque la sentencia impugnada.

Al proceder al estudio de la demanda, debe decirse que en el evento específico del retiro forzoso del servicio por edad, resulta apenas obvio que el acto administrativo cuestionado constató el arribo del servidor a dicho límite previamente señalado por el legislador, a partir de documento público demostrativo del hecho jurídico de la edad. Ello no contradice que por razones de la continuidad del servicio público docente deba esperar a quien le suceda efectivamente en el cargo y que deban satisfacérsele sus derechos económicos hasta el momento de su retiro efectivo. Por lo tanto, se denegarán 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:

Revócase la sentencia del trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992) por el Tribunal Administrativo de Antioquia, recaída en el proceso promovido por GUSTAVO SOTO GIRALDO, y en su lugar,

Deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE, PUBLIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión del día 1o. de septiembre 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.

ROCESO DISCIPLINARIO/POLICIA NACIONAL-Agente/**FALTA RAVE/MORAL**

La Sala llega al convencimiento de que el insuceso por el cual se abrió la correspondiente investigación disciplinaria contra el actor y otros agentes de la policía sí tuvo ocurrencia, y que el demandante fue partícipe del mismo, comprobándose su responsabilidad, tanto con la prueba testimonial recaudada que a la Sala le merece plena credibilidad, porque sus versiones son claras, responsivas, e indican la ciencia de su dicho, aunado al reconocimiento en fila de personas que se realizó en dos oportunidades, donde fue señalado el demandante, como el agente que recibió dinero de parte de los dueños de los camiones para permitir su paso libremente por no tener la documentación en regla. La Sala comparte plenamente el planteamiento del *a-quo* en el sentido de que el proceder del ex-agente de la Policía es a todas luces censurable, criticable y que frente a estos actos de indisciplina lo que prevalece es el factor moral antes que el daño material que se haya podido ocasionar a la Institución, porque los actos de tal gravedad atentan contra las bases fundamentales y la buena imagen que debe proyectar la entidad. En este orden de ideas la Sala dirá que la Institución estaba plenamente facultada por la ley (Decreto 100 de 1989) para sancionar la conducta de uno de sus miembros, cuando ella sea constitutiva de falta grave.

ROCESO DISCIPLINARIO/CARGA PROBATORIA/PARTE DE-ANDANTE/DESVIACION DE PODER-Demostración.

Al actor le incumbe demostrar que las conclusiones a que se llegó en el proceso disciplinario no se ajustan a la legalidad, o que existe un error

en el juzgamiento de las pruebas, que no sucedió en el *sub-lite*, y en consecuencia lo manifestado por la parte actora no pasan de ser afirmaciones sin asidero legal alguno. Es de relievar que de conformidad con la carga probatoria (art. 177 del C.P.C.), le correspondía probar al actor igualmente la desviación de poder alegada en el libelo demandatorio, es decir demostrar que los actos administrativos demandados fueron expedidos por la Policía Nacional, con un fin contrario al buen servicio público; sobre este aspecto no trajo al proceso ninguna probanza que lleve a la Sala al convencimiento de los móviles torcidos o desviados con que obró la administración, por lo que este cargo tampoco está llamado a prosperar.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., septiembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 7968 Autoridades Nacionales. Actor: Jorge Enrique Ramírez Ramírez.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentecia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, el 8 de octubre de 1992, mediante la cual denegó las pretensiones deprecadas en la presente demanda, por **Jorge Enrique Ramírez Ramírez,** por conducto de apoderado solicitando la nulidad del acto complejo constituido por la sentencia de primera instancia dictada por el Comando del Departamento de Policía de Nariño y contenida en las providencias de abril 8 y 24 de 1991; la sentencia y *Resolución No. 8954 de 6 de agosto de 1991, expedida por el Director General de la Policía.*

LA DEMANDA:

Pretende la declaración de nulidad de los actos administrativos proferidos por la Policía Nacional, por medio del cual se separó del servicio activo de esa entidad al demandante del cargo de Agente.

A título de restablecimiento del derecho lesionado pide se le reintegre a un cargo de igual o superior categoría al que venía desempeñando, y a reconocerle y pagarle todas y cada una de las sumas de dinero dejadas de percibir por concepto de salarios, primas, vacaciones, bonificaciones, cesantías y demás señaladas en la ley. Declarar que para todos los efectos legales, no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios. Además que las condenas respectivas deberán ser actualizadas en su valor conforme a los *artículos 176 y 177 del C.C.A*

Como hechos de la demanda narra los que se sintetizan así por la Sala:

El actor prestó sus servicios laborales a la Policía Nacional, observando durante su permanencia en la Institución muy buena conducta. Para el día 24 de enero se encontraba adscrito al Departamento de Policía Nariño, adscrito a la ruta sur de la Policía Vial, cuando fue acusado de interceptar unos camiones que transportaban un contrabando de aguacate desde el Ecuador y con destino Bogotá, para exigirles dinero, para permitir el paso de los mismos.

El hecho de haber interceptado los camiones dio lugar a una investigación de carácter disciplinario, la que fue iniciada por el Comandante del Departamento de Policía de Nariño. La investigación disciplinaria tuvo errores como fueron la indebida evaluación de las pruebas, poque nunca fue probado que el actor fue una de las personas que recibió dinero de quienes conducían los camiones. Tampoco se probó que los particulares hubieran dado dinero a la Policía y que todo se debió a un inexplicable celo de los miembros del DAS, con las Unidades de la Policía Nacional.

De otro lado el reconocimiento en fila de personas en las que se describe al policía que recibió el dinero no coincide con los rasgos físicos del actor. Al demandante nunca se le notificó del cargo o cargos que sobre él pesaban, porque antes de tomarse la determinación de juzgarlo en el fallo de fondo, se le dio traslado de las diligencias en forma incompleta y parcial, por lo que se le condenó con pruebas desconocidas para él o secretas, generándose con ello la violación del derecho de defensa y fundándose el fallo en una actuación viciada de nulidad.

NORMAS VIOLADAS:

Cita como disposiciones violadas con el acto acusado las siguientes: *Constitución Nacional de 1886,* vigente para la fecha en que se profirieron los actos, *artículos 2, 16, 17, 20 y 26; Código Contencioso Administrativo, artículos 85, 131, 135, 136, 137, 138, 139, 142, 176 y 177; Decreto 100 de 1989; artículos 4, 85, 86, 103, 121, numerales 16, 19, 25 y 53; 147, 153, 157, 158, 174 a 191 y 194 literal d).*

LA SENTENCIA:

El *a-quo* denegó las pretensiones contenidas en el libelo demandatorio, en primer lugar porque se dio cabal y exacta aplicación a las disposiciones sustantivas y adjetivas, por faltas constitutivas de mala conducta. No se quebrantaron los principios de contradicción e imparcialidad en la tramitación del proceso disciplinario, porque se brindaron las oportunidades de controvertir y examinar las pruebas evacuadas e impugnar las decisiones tomadas. Destaca además que el actor no logró demostrar que los actos demandados fueron expedidos con un fin contrario al buen servicio público.

EL RECURSO:

La parte actora en la sustentación del recurso de apelación visible a folios 108-117, sostiene que en el *sub-exámine* hubo una indebida evaluación de la prueba dentro del

proceso disciplinario. Solicita de esta Corporación se revoque la providencia impugnada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES:

Con la probanza de folio 19 del Cuaderno No. 2 y que corresponde al extracto de la Hoja de Vida del demandante quedó demostrado que ingresó a prestar sus servicios personales a la Institución a partir del día 5 de diciembre de 1977, siendo la unidad actual Policía Vial.

El Director General de la Policía Nacional mediante providencia de 27 de junio de 1991 resuelve (fls. 26-34) separar en forma absoluta de la Institución al Ag. Ramírez Ramírez Jorge Enrique, por haberse demostrado plenamente su responsabilidad en faltas constitutivas de mala conducta descritas en los *numerales 19, 25 y 53 del artículo 121 del Decreto 100 de 1989,* consistente en recibir dinero para dejar pasar dos camiones cargados de aguacates procedentes del Ecuador.

La investigación disciplinaria seguida al actor tuvo como origen el informe suscrito por el S.S. Luis Fabián Timaná Argoty Comandante (E) Tercera Sección Vigilancia, donde pone en conocimiento del Comandante Primer Distrito (folio 1, cuaderno No. 2) que a las 18:30 horas, al pasar por la carretera Panamericana observó dos camiones, los cuales eran escoltados por personal del DAS, de inmediato se dirigió al CAI No. 1, donde un agente le comunicó que uno de los citados camiones no quiso detenerse para el procedimiento de la respectiva revisión, ordenando a este personal retuvieran el vehículo , mientras él iba en persecución del primero, dándole alcance y al solicitarle al condutor se detuviera, miembros del DAS dijeron que ya estaba arreglado; luego dijeron que los trasladaban a la Aduana de Chachagüi, pero no portaban el oficio remisorio, lo que obligó al Suboficial a comunicar al Comandante del Distrito quien ordenó inmovilizar los carros cargados de aguacate, cuyos propietarios manifestaron que dieron dinero a los Agentes de la Policía Vial para que los dejaran pasar.

A folio 2 del cuaderno No. 2 se encuentra la ratificación del informe rendido por el S.S. Luis Fabián Timaná, dando cuenta del arreglo que se celebró entre los dueños de los vehículos y las autoridades.

Rindió declaración el señor *Luis Carlos Agredo (fl. 3, cuaderno No. 2),* acompañante de uno de los conductores de los carros retenidos con el contrabado. El declarante dice conocer que transportaban aguacate con destino a Bogotá, pero desconoce los demás hechos porque sostine que es su primer viaje y no sabe cómo es el trabajo de ellos.

Eusebio Eudoro Villota, dice en su versión (fl. 4 cuaderno No. 2), que a él lo contrataron para hacer ese viaje en Ipiales, con destino a Bogotá, que el dueño de la carga se llama Jaime; traía el viaje y entrando a Pasto los detuvo el DAS, luego les dijeron que los llevaban para la Aduana de Cahachagüi, en el camino los detuvo la Policía del DAS y la Policía. Cuenta qué Policía hubo en el Pedregal, pero allí no lo

pararon sino que le dijeron que siguiera, porque se imaginaba que los dueños de la carga ya habían arreglado, porque ellos venían adelante en un taxi. La verdad es que cuando se hacen esos viajes tienen que cuadrar a la Aduana, a la Policía y donde haya retenes. No sabe qué cantidad de dinero dio el dueño de la carga a la Policía.

A folio 5 obra la declaración rendida por el señor *Pablo Gonzalo Mejía*, conductor del camión Internacional, que iba cargado de aguacate con destino a Bogotá. Venían bien todo el camino porque los dueños del aguacate venían adelante cuadrando la Aduana porque esa fruta no tiene papeles o guía por ser ecuatoriana. Fueron retenidos por el DAS llegando a Pasto, para trasladarlos a la Aduana, estaban todos enojados y dijeron que iban a llamar al Coronel, entonces el Coronel ordenó que nos trajeran y los carros se quedaron allí. Tenía pleno conocimiento que la carga era de contrabando, no los pararon en los retenes porque el dueño venía adelante cuadrando con los retenes seguramente.

A su vez *Jorge Enrique Fuel Cruz* (fls. 6, cuaderno No. 2), dueño de la carga de aguacate confiesa que la compró en Rumichaca, cogió el taxi y se vino adelante arreglando el paso para que siguieran los carros cargados de aguacate y cuando llegaron al Pedregal arregló con la Policía y les dio cinco mil pesos por cada carro, llegaron a la Aduana y en Tangua dio veinte mil pesos, arreglaron a la entrada de Pasto con los del Resguardo de Rentas y el de Circulación y Tránsito y se les dio siete mil pesos por cada vehículo. Al ver que los carros se estaban demorando mucho se devolvió en el taxi y ya los traía el DAS de Pasto, les dijo que los llevaban a Chachagüi, llegó la Policía y allí fue cuando discutieron. A los de la Policía Vial se les colaboró con ocho mil pesos, los agentes eran tres y se encontraban en una camioneta amarilla.

Nelson López Pareja (fl. 7, cdno. No. 2) cuenta que venían de Ipiales con dos camiones cargados con aguacate, pero los detuvieron los del DAS cerca a Pasto. Narra cómo en el retén del Pedregal le dieron dinero a personal de la Policía, no sabe cuántos policías eran porque el que fue a llevarles el dinero se llama Enrique, tambien les dio dinero a los chirrinchos, también a los policías de la vial.

Oscar William Mejía (fl. 8, Cdno. No. 2), venía en uno de los camiones decomisados por el DAS, cuenta cómo fueron retenidos por ese organismo y coincide con los demás declarantes en que el dueño había estado cuadrando a la policía de Pedregal, y les dio plata a los policías, le dijo que había dejado de a cinco mil pesos por cada carro en cada parte.

Con base en los hechos narrados en las anteriores declaraciones con fecha 25 de enero de 1991, se dicta el auto nombrando el funcionario investigador y su secretario (fl. 9 Cdno. No. 2), y el 25 de enero de 1991, se dicta auto cabeza de informativo (fl. 10, *ibídem*) por faltas constitutivas de mala conducta, se ordena oír en ratificación al S.S. Luis Fabián Timaná, oír en declaración a cada una de las personas que tengan conocimiento de los hechos, y en declaración de descargos al Agente Ramírez Ramírez.

A folio 33 obra la diligencia de descargos del actor, donde cuenta las actividades realizadas el día de marras, destacando que en ningún momento se recibió plata por parte de los camiones porque ni siquiera la consigna ese día era revisar tráfico pesado, sino el pago del peaje.

Luego de practicada toda la investigación el respectivo funcionario rinde el concepto que obra a folios 108-121 solicitando por medio del Comando del Departamento de Policía de Nariño, a la Dirección General de la Policía Nacional la separación absoluta con nota de mala conducta para los agentes allí mencionados entre los que se encuentra el actor, por haber violado normas establecidas en el Reglamento de Régimen Disciplinario, para la Policía Nacional en su Capítulo II, artículo 121, numerales 16, 19, 25 y 53 consistente en haberse establecido a través de la investigación que el personal inculpado recibió dinero por parte de los propietarios de un cargamento de aguacate de procedencia ecuatoriana, demostrando su irresponsabilidad en sus obligaciones y deberes asignados.

El anterior informativo disciplinario fue enviado al Comandante del Departamento para su conocimiento y fines subsiguientes (fl. 123, Cdno. No. 2).

El Comandante de Policía de Nariño (fl. 124) acoge en su totalidad el concepto emitido por el Oficial Investigador y como consecuencia solicita a la Dirección General de la Policía Nacional la separación en forma absoluta de la Institución con nota de mala conducta para el personal de agentes entre los cuales está Jorge Enrique Ramírez Ramírez.

El anterior fallo de primera instancia fue notificado personalmente al actor tal como bien puede observarse a folio 130 del cuaderno No. 2, con las manifestación de que interpondrá recurso de reposición.

A folios 140 y siguientes obra el escrito contentivo del recurso de reposición con la sustentación de la inconformidad.

El Departamento de Policía de Nariño (fl. 149), al resolver el recurso interpuesto decide solicitar la separación en forma absoluta de la Institución con nota de mala conducta para el Agente Ramírez Ramírez. En igual forma este proveído se notificó personalmente al Agente (fl.152) quien manifestó que interpondría el recurso de apelación (fl. 155). Este recurso fue resuelto por el Director General de la Policía Nacional (fl. 158 y siguientes del cuaderno No. 2), y luego de un análisis pormenorizado de las pruebas aportadas resuelve no acceder a las pretensiones del apelante, y lo separa en forma absoluta de la Institución.

La Sala debe acotar en primer lugar que en tratándose de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional el Régimen Disciplinario aplicable para el personal de dichas entidades es el contemplado en el *Decreto 100 de 1989*. En el capítulo II señala un procedimiento especial.

El *artículo 176* de la normatividad en cita determina el procedimiento por faltas constitutivas de mala conducta, siendo el primer paso la designación del funcionario investigador y su secretario *(art. 177)*. Las diligencias deberán perfeccionarse en el término de diez días calendario, prorrogables hasta por otro tanto, cuando deban practicarse pruebas fuera del lugar donde se actúe o sean más de tres los inculpados (*art.178*). Dentro de los cinco primeros días el funcionario investigador oirá en descargos al inculpado, quien deberá estar asistido de un vocero (*art. 180*). El funcionario Investigador emitirá concepto dentro de las 48 horas siguientes al vencimiento del término para alegar, (*art.183*).

Emitido el concepto de que trata el artículo anterior, el informativo será puesto inmediatamente a disposición del superior, quien fallará dentro del término de tres días hábiles (art. 184).

La sala al revisar con detenimiento el procedimiento disciplinario debe destacar que éste se cumplió a cabalidad , con especial, por lo que por este aspecto no podrá alegarse que se vulneraron el derecho de defensa y el debido proceso.

Ahora bien, de las declaraciones aportadas y las demás pruebas practicadas se deducen los siguientes hechos:

1. Que efectivamente el DAS decomisó llegando a Pasto dos camiones con un cargamento de aguacates, sin el lleno de la documentación necesaria para su paso por los diferentes retenes.

2. Que los dueños de los vehículos decomisados se encargaban con dinero de arreglar el paso por los diferentes retenes, tanto de la Policía, como de las autoridades del Resguardo y de Circulación y Tránsito.

3. Que el Agente Ramírez Ramírez fue señalado por uno de los dueños de los camiones como la persona que recibió dinero para dejar pasar el cargamento de contrabando.

4. Además de las declaraciones que obran en contra del Agente Ramírez existe el reconocimiento en fila de personas, donde en dos oportunidades fue plenamente identificado, como el agente que recibió el dinero.

Estos hechos llevan a la sala al convencimiento de que el insuceso por el cual se abrió la correspondiente investigación disciplinaria contra el actor y otros agentes de la policía sí tuvo ocurrencia, y que el demandante fue partícipe del mismo, comprobándose su responsabilidad, tanto con la prueba testimonial, recaudada que a la Sala le merece plena credibilidad, porque sus versiones son claras, responsivas, e indican la ciencia de su dicho, aunado al reconocimiento en fila de personas que se realizó en dos oportunidades , donde fue señalado el demandante como el agente que recibió dinero de parte de los dueños de los camiones para permitir su paso libremente por no tener la documentación en regla.

La Sala comparte plenamente el planteamiento del *a-quo* en el sentido de que el proceder del ex-agente de la Policía es a todas luces censurable, criticable y que frente a estos actos de indisciplina lo que prevalece es el factor moral antes que el daño material que se haya podido ocasionar a la Institución porque los actos de tal gravedad atentan contra las bases fundamentales y la buena imagen que debe proyectar la entidad.

En este orden de ideas la Sala dirá que la Institución estaba plenamente facultada por la ley (Decreto 100 de 1989) para sancionar la conducta de uno de sus miembros, cuando ella sea constitutiva de falta grave.

En el caso de autos al actor le incumbe demostrar que las conclusiones a que se llegó en el proceso disciplinario no se ajustan a la legalidad, o que existe un error en el juzgamiento de las pruebas, que no sucedió en el *sub-lite*, y en consecuencia lo manifestado por la parte actora no pasa de ser afirmaciones sin asidero legal alguno.

Por último es de relievar que de conformidad con la carga probatoria (artículo 177 del C.P.C.), le correspondía probar al actor igualmente la desviación de poder alegada en el libelo demandatorio, es decir demostrar que los actos administrativos demandados fueron expedidos por la Policía Nacional, con un fin contrario al del buen servicio público; sobre este aspecto no trajo al proceso ninguna probanza que lleve a la Sala al convencimiento de los móviles torcidos o desviados con que obró la administración, por lo que este cargo tampoco está llamado a prosperar.

Como ya se dijo, el demandante no desvirtuó la presunción de legalidad de que está investido el acto acusado, éste se conserva incólume, sin que le afecte alguno de los vicios que se le endilgan.

Por las razones anteriores, ha de confirmarse la sentencia recurrida.

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 ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, recaída en el proceso promovido por el señor JORGE ENRIQUE RAMIREZ RAMIREZ.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión del día 15 de septiembre 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.

PROTECCION A LA MATERNIDAD-Evolución Jurídica/**CONVENIO INTERNACIONAL/FUERO POR MATERNIDAD/NORMA CONSTITUCIONAL**-Interpretación

La protección en el empleo de las mujeres antes y después del parto tiene origen, en el orden internacional desde el mes de junio de 1921, fecha en la cual entró en vigor el Convenio 3, adoptado por la Conferencia Internacional de Trabajo, convenio que fue revisado por el No. 103 en el año de 1952. Estos convenios internacionales han sido de gran importancia y han influído en nuestra legislación en las oportuniades en que se ha ocupado de regular el tema de la maternidad. También son significativas las recomendaciones Nos. 12 y 95 de la OIT; referidas a la protección antes y después del parto para las mujeres empleadas en la agricultura y al descanso por maternidad. Nuestra legislación considera la maternidad como un hecho biológico de especial protección dadas las implicaciones en la vida del ser humano. En términos legales se inicia la protección còn la expedición de la Ley 53 de 1938 donde se consagra entre otros como derechos para la mujer la licencia remunerada de 8 semanas, la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización correspondiente a 90 días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa dentro de períodos de tres (3) meses anteriores y posteriores al parto y por último la licencia remunerada de 2 a 4 semanas en caso de aborto o parto prematuro, de acuerdo con la prescripción médica. Posteriormente, con los Decretos 2350 de 1938; 13 de 1967, 995 de 1968, y las Leyes 73 de 1966, 27 de 1974, 50 de 1990 y en el Sector Público el Decreto Ley 3135 de 1968 y

su Reglamentario 1848 de 1969 se establece el fuero por maternidad, partiendo de la presunción legal de que el despido se considera ocasionado por motivos de embarazo o de lactancia cuando se produce dentro de unos lapsos previstos en la norma y el empleador dispone el retiro sin haber obtenido autorización favorable del Ministerio de Trabajo. Aún más, la Ley 50 de 1990, incluyó la Protección para la Madre Adoptante. En el año de 1991, se elevaron a cánon constitucional una serie de principios encaminados a dar especial protección a la familia, a la niñez y a la mujer embarazada. Es así como el artículo 42 establece que el Estado y la Sociedad deban garantizar la protección integral de la familia; el canon 43 estatuye que durante el embarazo y después del parto gozará la mujer de especial asistencia y protección del Estado y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., septiembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 8083 Autoridades Departamentales - Actor: Beatriz Elena Pulgarín Ríos.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 19 de enero de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia por la cual se accedió parcialmente a las peticiones de la demanda.

ANTECEDENTES:

La señora BEATRIZ ELENA PULGARIN RIOS, por intermedio de apoderado, solicitó al mencionado Tribunal declarar la nulidad del *Decreto No. 0220 del 26 de enero de 1989*, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia, por medio del cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe de Sección de Comunicaciones, de la Secretaría de Agricultura del Departamento y que a título de restablecimiento del derecho se le reintegre a dicho cargo o a otro igual o de superior categoría, se ordene a la entidad demandada reconocerle los salarios dejados de percibir por su desvinculación y que se declare que no existió solución de continuidad en los servicios prestados a la administración.

Al fundamentar sus pretensiones la actora señala que se vinculó al Departamento de Antioquia, Secretaría de Agricultura a partir del 8 de julio de 1988 como empleada pública, que durante el tiempo de vinculación no cometió ninguna falta disciplinaria por tanto tiene una hoja de vida intachable. Que estando vinculada al servicio del Departamento el día 10 de noviembre de 1988 dio a luz un hijo y el día 26 de enero de 1989, o sea *"aún dentro de los términos siguientes a la fecha de haberse producido el parto"*, fue declarada insubsistente por el señor Gobernador.

El acto de desvinculación se produjo el mismo día que la demandante debió reintegrarse al servicio después de la licencia de maternidad.

Señalaron como violadas las disposiciones consagradas en el *Decreto Extraordinario 3135 de 1988, octubre 21; Decreto 1848 de 1969, artículo 39 y s.s.; Ley 197 de 1938, artículo 2o.; Ley 53 de 1938, artículo 273 y la Ley 73 de 1966, artículo 8o.*, expresa el concepto de la violación y argumenta que el retiro del Servicio Público en los tres meses siguientes al parto, sólo podrá efectuarse por justa causa comprobada, mediante resolución motivada del jefe del respectivo organismo. Formula un cargo concreto por desvío de poder al considerar que la insubsistencia se produjo por motivo de la lactancia de la demandante y que en consecuencia la decisión de la Administración no estuvo encaminada a mejorar el servicio público.

LA SENTENCIA

El Tribunal accedió parcialmente a las peticiones de la demanda con las siguientes consideraciones: En primer lugar los *Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969* no son aplicables al caso, pues estas normas operan sólo en el orden nacional; al analizar el *artículo 2o. de la Ley 53 de 1938 y el artículo 2o. de la Ley 197 de 1938* concluye que estos ordenamientos no incluyen dentro de las consecuencias del despido el reintegro; en consecuencia la empleada tiene derecho a los salarios correspondientes a 90 días (que constituye una sanción para la entidad pública), y a otras prestaciones como atención médica, quirúrgica y hospitalaria. Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado concluye que no es procedente el reintegro y ordena reconocer y pagar los tres (3) días faltantes para cumplir los tres meses posteriores al parto y 90 días de salario como indemnización. Negó las demás peticiones de la demanda.

EL RECURSO

El apelante impetra la revocación del fallo en forma parcial y solicita acceder al reintegro al que venía ocupando la demandante y el correspondiente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir por considerar que en los términos que se ordenó el restablecimiento del derecho en la primera instancia no se está protegiendo la maternidad y por el contrario se está alentando a las entidades públicas para que desconozcan los derechos de la mujer.

LA VISTA FISCAL

La Procuraduría Novena Delegada ante el Consejo de Estado solicita confirmar el fallo en cuanto accedió en forma parcial a las súplicas de la actora y se debe modificar además el numeral 3o. que deniega las demás pretensiones. Considera que si bien es cierto que por lo dispuesto en el artículo *2o.de la Ley 97 de 1938*, en donde se estatuye que las circunstancias del embarazo y parto sólo son susceptibles de ser demostradas *"... mediante certificado de facultativo ..."* certificado que no obra en el plenario, también es verdadero que los hechos del embarazo y parto se demostraron plenamente

con otros documentos públicos. Aclarado así el aspecto probatorio analiza que las *Leyes 53 y 197 de 1938* de protección a la maternidad otorgan un fuero de estabilidad relativa y transitoria que necesariamente restringe el ejercicio de la facultad discrecional de remoción que goza el nominador para empleados que se encuentran dentro del período de gestación o en los tres meses posteriores al parto, en virtud de la protección legal de la Supervivencia de la especie humana.

Al analizar la predicada compatibilidad entre el reintegro y la indemnización por fuero maternal dice que es procedente porque la norma aclara que se puede dar el reintegro *"... sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera dar lugar, conforme a ... las disposiciones legales que rigen la materia"*. No acceder a la pretensión de reintegro implica ni más ni menos que colocar a las madres gestantes o lactantes en inferioridad de condiciones a cualquier otro servidor público que sea ilegalmente desvinculado, el cual sí tendría derecho al reintegro, en caso de que le prospere la nulidad del acto.

Concluye afirmando que los *artículos 42 y 43 de la Constitución de 1991*, garantizan la protección integral de la familia y concretamente se dispuso que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado.

CONSIDERACIONES

La protección en el empleo de las mujeres antes y después del parto tienen origen, en el orden internacional desde el mes de junio de 1921, fecha en la cual entró en vigor el *Convenio 3*, adoptado por la Conferencia Internacional de Trabajo, convenio que fue revisado por el *No. 103 en el año de 1952.*

Estos convenios internacionales han sido de gran importancia y han influído en nuestra legislación en las oportunidades en que se ha ocupado de regular el tema de la maternidad. También son significativas las recomendaciones *Nos. 12 y 95 de la OIT;* referidas a la protección antes y después del parto para las mujeres empleadas en agricultura y al descanso por maternidad.

Nuestra legislación considera la maternidad como un hecho biológico de especial protección dadas las implicaciones en la vida del ser humano. En términos legales se inicia la protección con la expedición de la *Ley 53 de 1938* donde se consagra entre otros como derechos para la mujer la licencia remunerada de 8 semanas, la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización correspondiente a 90 días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa dentro de períodos de tres (3) meses anteriores y posteriores al parto y por último la licencia remunerada de 2 a 4 semanas en caso de aborto o parto prematuro, de acuerdo con la prescripción médica. Posteriormente, con los *Decretos Nos. 2350 de 1938; 13 de 1967, 995 de 1968, y las Leyes 73 de 1996, 27 de 1974, 50 de 1990 y en el Sector Público el Decreto Ley 3135 de 1968 y su Reglamentario 1848 de 1969*

se establece el fuero por maternidad, partiendo de la presunción legal de que el despido se considera ocasionado por motivos de embarazo o de lactancia cuando se produce dentro de unos lapsos previstos en la norma y el empleador dispone el retiro sin haber obtenido autorización favorable del Ministerio de Trabajo. Aún más, la *Ley 50 de 1990,* incluyó la Protección para la Madre Adoptante.

En el año 1991, se elevaron a canon constitucional una serie de principios encaminados a dar especial protección a la familia, a la niñez y a la mujer embarazada. Es así como el *artículo 42* establece que el Estado y la Sociedad deben garantizar la protección integral de la familia; el canon 43 estatuye que durante el embarazo y después del parto gozará la mujer de especial asistencia y protección del Estado y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

Esta disposición no tenía antecedentes normativos en la constitución anterior al consagrar una asistencia especial, durante el embarazo y el postparto, que encierra un criterio amplio de protección social asignada directamente al estado.

Lo anterior sin perjuicio de toda la protección constitucional para los niños y para la familia que están estatuidas en el capítulo de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la Constitución vigente, que ratifican en forma concreta la especial protección para la empleada o Trabajadora que se encuentre en estado de embarazo o lactancia.

Estos principios dan base a la Sala para analizar la solicitud de reintegro al cargo de la empleada Beatriz Elena Pulgarín. Está probado en el proceso que la actora efectivamente tenía la calidad de empleada pública de libre nombramiento y remoción al momento de la insubsistencia, a folio 4 del expediente, obra el registro civil de nacimiento de Marcel Valderrama Pulgarín que ocurrió el 10 de noviembre de 1988 quien es hijo de Beatriz Elena Pulgarín y Jorge Luis Valderrama; es lógico afirmar en consecuencia, que si el nacimiento está debidamente demostrado, es superfluo exigir de la empleada, que allegue certificación médica sobre el estado de embarazo para tener derecho a las indemnizaciones legales.

A la fecha de declarar la insubsistencia del nombramiento, 26 de enero de 1989 no había concluído el período de tres (3) meses de protección posparto que otorga la ley, por lo tanto la empleada gozaba del amparo especial para permanecer en su empleo hasta que se cumplieran los términos de protección.

Y esta protección no está únicamente contraída a la cancelación de una suma de dinero (90 días) a título de indemnización, sino que debe incluir además el reintegro al cargo del cual fue desvinculada o a otro de igual o superior categoría porque si no se motivó el acto administrativo de insubsistencia en el cual se consignen las razones o motivos que le asisten a la administración para retirar del servicio a la administrada; que deben ser reales y ciertos y que estar encaminados a la mejora del servicio público, se llega indefectiblemente a la situación de la ficción legal prevista en la norma, es decir, que la insubsistencia tuvo como causa o motivo el embarazo o el estado de lactancia.

Así las cosas y dentro de la teoría del control de los motivos se encuentra que el acto acusado fue expedido con desviación de poder, razón por la cual, el mismo debe ser anulado y a título de restablecimiento del derecho se debe acceder a las peticiones de la demanda.

Esta Corporación al fallar el *Proceso No. 5065* dijo en sentencia de noviembre 3 de 1993, Consejero Ponente, Doctora CLARA FORERO DE CASTRO:

> *"En verdad, la prohibición de despido durante un tiempo determinado no puede resultar a la postre un impedimento para el reintegro al cargo de la empleada ni una limitante para el restablecimiento que sí obtendría por ejemplo si alegara desviación de poder.*
>
> *Es preciso no olvidar que las normas que contemplan esta especial protección consagran con tal fin una presunción legal, que como tal admite prueba en contrario, de que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar en los períodos en ellas señalados.*
>
> *Se deduce entonces que mientras la administración no desvirtúe tal presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio,configurándose así la desviación de poder que conlleva la nulidad del acto de remoción y el reintegro de la empleada, sin perjuicio de la indemnización que por infringir la prohibición contempla la ley.*
>
> *Concluye la sala entonces, que en estos casos, sí procede el reintegro al cargo, salvo cuando la autoridad nominadora demuestre dentro del proceso, que tuvo razones del buen servicio para despedir sin expresar la justa causa de que habla la ley, a la empleada embarazada dentro de los plazos en que les estaba prohibido".*

En consecuencia se modificará el fallo de la primera instancia en su *numeral 2o.* al ordenar únicamente el pago del valor de la indemnización equivalente a 90 días de salario que da la suma de $765.990.oo, por considerar que no hay lugar al pago de los tres días faltantes para el vencimiento del período, los cuales fueron reconocidos en la sentencia; esto de acuerdo con el *artículo 357 del C.P.C.* por ser un punto que no fue objeto del recurso, pero que es indispensable hacer la modificación por tener íntima relación con el reintegro al cargo. Se revocará además el *numeral 3o.* de la sentencia ordenando por consiguiente el ya anunciado reintegro.

Es procedente advertir que el Consejero Ponente no comparte la tesis mayoritaria de la sala, en cuanto a la orden de que de las condenas se descuenten las sumas que haya recibido el demandante del Tesoro Público por servicios laborales a otras entidades oficiales en el lapso al cual se refieren las mismas, porque considera que aquellas tienen el carácter de indemnización por los perjuicios que genera la ilegalidad del acto y no el de una segunda asignación en los términos de los *artículos 64 de la*

Constitución de 1886 y 28 de la Ley 91; empero por respeto a esa mayoría la incluirá en la parte resolutiva sin salvar voto sobre el particular, y únicamente con este acápite aclaratorio.

En cuanto a la condena a la indemnización por el retiro en estado de embarazo, se confirmará habida cuenta de que la parte actora fue la única apelante, y además, en virtud del principio de favorabilidad.

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 numeral 1o. de la sentencia apelada proferida el diecinueve (19) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993) por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso iniciado por BEATRIZ ELENA PULGARIN RIOS.

Modifícase el numeral 2o. del mismo proveído en consecuencia el Departamento de Antioquia está obligado a pagar a la demandante la suma de setecientos sesenta y cinco mil novecientos noventa pesos ($ 765.990.oo), de conformidad con la parte motiva.

Revócase el numeral 3o. de la citada sentencia y en su lugar dispone:

a) A título de restablecimiento del derecho, el Departamento de Antioquia, reintegrará a la señora BEATRIZ ELENA PULGARIN RIOS al cargo de Jefe de la Sección de Comunicaciones Nivel Directivo, Categoría IV, Grado 4 adscrito a la Dirección Administrativa de la Gobernación, o a otro igual o de superior categoría y se le reconocerá y pagará todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar, desde el retiro del servicio, como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia y hasta el día en que se efectúe el reintegro, descontando de esta suma lo que la actora tenga derecho a percibir por licencia de maternidad.

Si la señora Pulgarín Ríos hubiere percibido asignaciones del Tesoro Público o de instituciones en que tenga parte mayoritaria el Estado, la Gobernación de Antioquia hará el descuento correspondiente únicamente por el período en que ello hubiere ocurrido, con el fin de respetar la prohibición contenida en el *artículo 64 de la anterior Constitución y el 128* de la que se encuentra vigente.

Para efectos de prestaciones sociales, se entenderá como efectivamente laborado el tiempo transcurrido entre la declaratoria de insubsistencia y el reintrego al cargo.

Se dará cumplimiento a esta sentencia en el término establecido en el *artículo 176 del Código Contencioso Administrativo* y, observando lo previsto en el inciso final del *artículo 177 ibídem.*

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 25 de agosto 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.

UNIDAD DE EMPRESA-Definición/**PERSONA JURIDICA**

Para que haya unidad de empresa entre dos o más personas jurídicas se requiere no solamente que todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias, sino también que haya predominio económico de una de ellas sobre las demás: es decir, que exista una principal y otras filiales o subsidiarias. Si las sociedades son independientes unas de otras, y no se da el predominio económico mencionado en la norma; si no hay filiales o subsidiarias, no es dable sostener que se configura unidad de empresa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 5136. Resoluciones Ministeriales. Actor: Mina El Retorno Ltda. y Otro.

Las Sociedades Mina EL RETORNO LTDA. y MINA LA PAGUA LTDA., actuando mediante apoderado, solicitan al Consejo de Estado declarar la nulidad de las resoluciones Nos. 5231 de diciembre 29 de 1989 y 850 de 7 de marzo de 1990 expedidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

HECHOS

Relata la demanda que las Sociedades actoras están debidamente constituídas y mediante resolución No. 4379 de 23 de diciembre de 1982, el Ministerio de Trabajo y

Seguridad Social declaró que existía unidad de empresa entre ellas y las Minas "LA FRAGUA" y "EL VOLANTE" también sociedades limitadas, pero sin determinar cuál era la principal y cuáles las subsidiarias, lo cual hizo imposible que se cumplieran los efectos de la declaratoria.

Señala el apoderado que las empresas "MINA LA FRAGUA LTDA." y "MINA EL VOLANTE LTDA." fueron liquidadas, y a pesar de ello por peticiones de las organizaciones sindicales afiliadas a éstas, el Ministerio insistió en que la resolución 4379 de 1982 debía ejecutarse.

Reseña que con el ánimo de evitar futuros conflictos, los representantes legales de las empresas Mina El Retorno y Mina La Pagua, solicitaron al Ministerio investigar nuevamente la situación y determinar cuál de las dos sociedades era la principal, pero no obstante que el Ministerio encontrara que no había predominio económico de una sobre la otra, expidió el acto acusado declarando que existía unidad de empresa.

Contra esa decisión se interpuso recurso de reposición sin que se revocara y por el contrario se aclaró que continuaban vigentes las circunstancias para la existencia de unidad de empresa declarada mediante la resolución 4379 de 1982, pronunciamiento que se consignó en la resolución 850 de 7 de marzo de 1990.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En el libelo se indican como infringidos, los artículos 15 del Decreto 2351 de 1965 (art. 194 C.S.T.) y 66 del Decreto 01 de 1984.

En cuanto a la primera de las disposiciones, el concepto de violación se refiere a que desde que se profirió la resolución 4379 de 1982 ésta se impugnó en la vía gubernativa puesto que se había violado el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, ya que no se estableció cuál de las sociedades tenía preponderancia económica sobre la otra, lo cual impidió su cumplimiento, conllevando incluso la imposición de multa a las Minas El Retorno y La Pagua Ltda.

Que son tres los supuestos señalados por la norma para que se da la unidad de empresa, entre ellos que exista una empresa principal; que la resolución 4379 de 1982 no estableció cuál era la sociedad principal y además al momento de entrar en vigencia, dos de las sociedades involucradas ya no existían, por lo cual era imposible darle consecuencias a la declaratoria de unidad de empresa.

Que en los considerandos de la resolución 5231 de 1989, se hizo caso omiso de la inexistencia de predominio económico y el acto que resolvió el recurso interpuesto señaló que la unidad de empresa se presenta no sólo cuando existe el elemento anotado, sino también cuando hay unidad de explotación económica como en este caso.

Consideran las demandantes que conforme a los planteamientos del acto acusado, es clara la violación de la norma puesto que tratándose de dos personas jurídicas, sólo habrá unidad de empresa cuando exista predominio económico de una de ellas y

además cumplan actividades similares, conexas o complementarias. Insiste en que para dar aplicación al numeral 1o. del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, es imprescindible que las empresas que conforman la unidad dependan de una misma persona natural o jurídica, lo que elimina la posibilidad de que tal figura se refiera a dos o más personas jurídicas de manera independiente.

Sustentan sus planteamientos en diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

En cuanto a la violación del artículo 66 del C.C.A., considera el libelo que al desaparecer dos de las sociedades que se involucraron en la unidad de empresa decretada mediante la resolución 4379 de 1982, hecho que conocía el Ministerio, y no existir predominio económico entre las dos que aún se mantienen, las resoluciones acusadas no podían prorrogar la fuerza ejecutoria del mencionado acto, desconociendo el numeral 2o. de la norma citada.

Que no habiéndose determinado en la resolución 4379 de 1982, cuál era la empresa principal, y variando las circunstancias al desaparecer dos de ellas, terminaron sus efectos.

Finalmente afirman las accionantes que variando las circunstancias de hecho y derecho, consagradas en la resolución 4379 de 1982, el acto perdió fuerza ejecutoria y no podía ser revivido por el Ministerio a través de la resolución impugnada, toda vez que se trataba de revisar las circunstancias dadas en 1982.

ALEGATOS DE LAS PARTES

Ninguna de las partes interesadas alegó de conclusión, y tampoco lo hizo la Agencia del Ministerio Público.

Entra la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Los actos acusados son las resoluciones 5231 de 29 de diciembre de 1989 y 850 de 7 de marzo de 1990 expedidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

La primera declaró que existía unidad de empresa entre las Sociedades actoras y la segunda aclaró el artículo 1o. de esa para declarar que persistían los elementos que dieron lugar a la declaratoria de unidad de empresa entre las sociedades "Mina El Retorno Ltda." y "Mina La Pagua Ltda.", efectuada en la resolución 4379 de 1982.

Es necesario estudiar en primer término, si en verdad se dan los requisitos que el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo exige para que se conforme la unidad de empresa cuando se trata de personas jurídicas, porque el hecho de haber sido declarada ésta en el año de 1982, comprendiendo las sociedades Mina El Retorno Ltda., Mina La Pagua Ltda., Mina La Fragua Ltda. y Mina El Volante Ltda., no es óbice para analizar de nuevo la situación.

En efecto, la declaratoria de Unidad de Empresa no crea una situación inmutable, no susceptible de cambiar. Por el contrario, como el capital social puede modificarse pues no existe norma que lo impida, ello implica que en un caso dado desaparezcan los elementos que dieron lugar a la declaratoria de Unidad.

El artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 15 del Decreto 2351 de 1965 aplicable al caso, reza:

> 1. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.
>
> 2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa ante la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la unidad de empresa, solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a la de la principal, a juicio del Ministerio o del juez del trabajo.

Atendiendo al texto de la norma, el Consejo de Estado en diversas oportunidades ha sostenido que para que haya unidad de empresa entre dos o más personas jurídicas se requiere no solamente que todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias, sino también que haya predominio económico de una de ellas sobre las demás: es decir, que exista una principal y otras filiales o subsidiarias.

Si las sociedades son independientes unas de otras, y no se da el predominio económico mencionado en la norma; si no hay filiales o subsidiarias, no es dable sostener que se configura unidad de empresa.

Sobre esta base debe analizarse el caso concreto de autos.

En primer lugar aparece que las sociedades Mina La Fragua Ltda. y Mina El Volante Ltda. fueron liquidadas, como consta a folios 47 a 59 del expediente principal; luego la nueva investigación que solicitaron al Ministerio del Trabajo las sociedades Mina El Retorno y Mina La Pagua Ltda., para que se modificara la declaratoria de unidad de empresa que las comprendía a todas en el año de 1982, era viable.

El Ministerio como resultado de esa investigación expidió los actos acusados ratificando la unidad entre las sociedades "Mina El Retorno Ltda." y "Mina La Pagua Ltda.", aclarando después "que aún persisten los elementos que dieron lugar a la declaratoria de Unidad de Empresa, ...efectuada mediante resolución No. 04379 del 23 de diciembre de 1982."

Analizando los certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Cali puede observarse que los socios de la Mina El Retorno Ltda. y los de la Mina La Pagua Ltda. son los mismos y cada uno tiene un aporte en el capital social de $ 60.000.oo, equivalente al 20%, así:

Romero Ferreira y Cía. S. en C.S.	$ 60.000.oo
Romero Jaramillo y Cía. S. en C.S.	60.000.oo
Mufis y Magú Ltda.	60.000.oo
El Chambimbe Ltda.	60.000.oo
Alicia Romero C. y Cía. S. en C.	60.000.oo

Ninguna de las sociedades que se unieron para constituir éstas, tienen predominio económico sobre las demás; la participación de capital es la mima para todas.

Tampoco puede afirmarse, como lo reconoció el Ministerio de Trabajo, que exista predominio económico de una sobre la otra, entre las sociedades Mina El Retorno y Mina La Pagua Ltda. No puede hablarse de una principal y otra filial o subsidiaria; se trata de dos sociedades independientes, así los socios de una y otra sean los mismos.

Esta circunstancia podría configurar unidad de empresa si se tratara de personas naturales, porque es cierto que se dedican a idénticas actividades y tienen trabajadores a su servicio; vale decir, la situación prevista en el primer inciso del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo.

Pero como se está ante personas jurídicas, el caso queda regulado por el inciso 2 del mencionado artículo, según el cual no basta la similitud, la conexidad o la complementariedad de actividades, sino que es preciso que se dé el predominio económico, que exista una principal y otra filial o subsidiaria.

En este orden de ideas la conclusión obvia es que no se configura la Unidad de Empresa entre las sociedades Mina El Retorno Ltda. y Mina La Pagua Ltda.; y en consecuencia los actos acusados deben anularse, sin que sean necesarias otras consideraciones.

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:

Decláranse nulas las resoluciones Nos. 005231, de 29 de diciembre de 1989 y 00850 de 7 de marzo de 1990, expedidas por la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social, mediante las cuales declaró que existe Unidad de Empresa entre las Sociedades "Mina El Retorno Ltda." y "Mina La Pagua Ltda.", y luego aclaró el artículo 1o. de la

resolución 005231 de diciembre 29 de 1989 en el sentido de que "aún persisten los elementos que dieron lugar a la declaratoria de Unidad de Empresa entre las Sociedades "Mina El Retorno Ltda." y "Mina La Pagua Ltda.", efectuada mediante resolución No. 04379 del 23 de diciembre de 1982".

Como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho se declara que no existe unidad de empresa entre las sociedades "Mina El Retorno Ltda." y "Mina La Pagua Ltda.".

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 15 de septiembre 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.

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido puede consultarse la sentencia de 2 de octubre de 1992, Exp. 3201, Ponente: Dr. REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER, Actora: ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA.

CONSEJO DE ESTADO

INDICE DE ACTORES

TERCER TRIMESTRE DE 1994

(Primera Parte)

	Página
ALBERTO ENRIQUE MURCIA SEVERICHE	389
ALBERTO RAMIREZ PARRA	831
ALBERTO ZULETA MARULANDA	455
ALBERTO ZULUAGA OCAMPO	955
ALEXIS TRIANA GARCIA	1025
ALIRIO URIBE MUÑOZ Y OTRO	459
ANA CECILIA CIFUENTES DE FLOREZ	940
ANTONIO JOSE NAVARRO WOLF	526
AQUILES TORRES BRETTON	518,757
ASOCIACION COLEGIO SAN LUIS REY	650
AURA NANCY PEDRAZA PIRAGAUTA	43,53
BEATRIZ ELENA PULGARIN RIOS	1061
BERNARDO ALIRIO CASTRO GUEVARA	990
CALIXTO HERRERA PADILLA	556
CARBOCOL	165,177
CARLOS ANTONIO ESPINOSA PEREZ	15, 32, 35, 38, 40
CARLOS ARTURO HOYOS B.	63,92,95
CARLOS BENITEZ CASTELBLANCO	1021
CARLOS FANDIÑO DEL PORTILLO	825
CESAR RAMON ARAQUE RODRIGUEZ	97,112,114,120
CLAUDIA LUCIA FLOREZ MONTOYA	129
CONCEJO DE GIRARDOTA	494
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DE RISARALDA	619
CORPORACION LABOR PUBLICA	157

	Página
CUPERTINO GONZALEZ VILLAMARIN	907
DEPARTAMENTO DEL META	440
DIEGO BENAVIDES LONDOÑO	889
DIEGO FRANCO MOLINA	612
EDGARDO INSIGNARES CARROLL	552
ELISEO GORDILLO TORRES	347,365
ESLAYDEN TAMARA PERALTA	795
ESTHER JULIA BOHORQUEZ	696
FABIO ROGELIO CARDENAS HIGUERA	819
FACUNDO JOSE FIGUEROA MELENDEZ	998
FELIX BONILLA BOHORQUEZ	139
FELIX EDUARDO MARTINEZ RAMIREZ	381
FERNANDO HOYOS NAVARRO	894,899
FERNANDO MARIMON ROMERO	631
GABRIEL MUYUY JACANAMEJOY	583
GERMAN REYES FORERO	368
GONZALO ROMERO MANTILLA	473
GRATINIANO BUENO VALENZUELA	753
GUSTAVO SOTO GIRALDO	1046
HENITHZO MARTINEZ PINEDO	839
HERNANDO DE JESUS RUIZ ALBARRACIN	331
HILDEBRANDO ORTIZ LOZANO	150
INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA	10
INDUSTRIAS VOLMO S.A.	701
JAIME VIDAL PERDOMO	685
JAVIER CANO GARCIA	399
JORGE ENRIQUE RAMIREZ RAMIREZ	1052
JORGE WILLIAM SANCHEZ L.	666
JOSE HERMES CAMPOS DEVIA	925
JOSE VICENTE GARCIA ORTIZ	688
JUAN ANTONIO PABON ARRIETA	932
JUAN MANUEL ARBELAEZ Y OTROS	540
JUAN SANDOVAL ROA	805
JUNTA DE ACCION COMUNAL EL PIÑAL	338
LA NACION - CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA	812

	Página
LUCY CRUZ DE QUIÑONEZ	782
LUIS CARLOS BERMUDEZ Y OTRA	639
LUIS FERNANDO CAICEDO	981
LUIS GUILLERMO DIAZ MARTINEZ	1004
LUIS JAIME POVEDA MEDINA	771
LUIS XAVIER SORELA	436
LUZ AMALIA ANDRADE AREVALO	576
MANUEL GUILLERMO ROCHA JIMENEZ	1029,1034
MARCO ANTONIO FONSECA RAMOS	602,608
MARIA ALEYDA GARCIA OSPINA	1008
MARIA ELENA ACOSTA MEJIA	1035,1044,1045
MARIANO ALVEAR SOFAN Y OTROS	564
MARTHA PARADA NOVAL	970
MINA EL RETORNO LTDA. Y OTRO	1069
MOVIMIENTO OBRERO INDEPENDIENTE REVOLUCIONARIO "MOIR"	325
MUNICIPIO DE NEIVA	447
NUBIA EUNICE BARRERA C.	809
OLIVERIO CALDAS MURIEL	655
ORLANDO JOSE RETAMOZO RODRIGUEZ	901
ORLANDO SANCHEZ JIMENEZ	975
OSCAR MAURICIO BUITRAGO RICO	725
PABLO ANTONIO GUERRERO G.	885
PABLO FELIPE ROBLEDO	713
PEDRO ALEJANDRO PINO VILLALBA	948
PEDRO ANTONIO VELASQUEZ S.	591
PEDRO PABLO CAMARGO	425,432
RAFAEL CORRALES RAMIREZ	910
RUPERTO SALAZAR GALLO	861,866
SANTIAGO SALAH ARGUELLO	788
SERVICIOS DON VAPOR LTDA.	1015
SILVIA ISABEL REYES	500
EMPRESAS DE OBRAS SANITARIAS "SINTRACUEMPONAL"	917
SOCIEDAD ACERIAS PAZ DEL RIO	507

	Página
SOCIEDAD ANDINA DE CURTIDOS	735
SOCIEDAD CARTIER INTERNATIONAL	792
SOCIEDAD KIMBERLY CLARK	762
UNION INDUSTRIAL Y ASTILLEROS "UNIAL S.A."	845
URBANIZADORA LAS SIERRAS DEL CHICO	485
VICTOR MANUEL LINARES VALENCIA Y OTRO	405
VICTOR VELASQUEZ REYES	851

CONSEJO DE ESTADO

INDICE TEMATICO

TERCER TRIMESTRE DE 1994

(Primera Parte)

SALA PLENA

A

ACCION DE CUMPLIMIENTO 157
ACCION DE CUMPLIMIENTO-Trámite 158
ACCION DE REPARACION DIRECTA 9
ACCION DE REPETICION-Trámite 9
ACCION PUBLICA DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA 14
ACTO DE CONTRICCION 139
APORTES 61
APORTES DINERARIOS 62
ARTICULO POSTERIOR (Salvamento de Voto) 32
AUXILIOS-Diferencias (Salvamento de Voto) 121

C

CADUCIDAD-Improcedencia 14
CANDIDATO POLITICO 61
CANDIDATO POLITICO-Beneficiario 62
CARGO PRIVADO-Inexistencia (Salvamento de Voto) 112
CAUSAL ADICIONAL 63
COMPETENCIA 42
61
157
COMPETENCIA TERRITORIAL 9
CONFLICTO DE INTERESES-Inexistencia 43
128

SALA PLENA

A

ACCION DE CUMPLIMIENTO 157
ACCION DE CUMPLIMIENTO-Trámite 158
ACCION DE REPARACION DIRECTA 9
ACCION DE REPETICION-Trámite 9
ACCION PUBLICA DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA 14
ACTO DE CONTRICCION 139
APORTES 61
APORTES DINERARIOS 62
ARTICULO POSTERIOR (Salvamento de Voto) 32
AUXILIOS-Diferencias (Salvamento de Voto) 121

C

CADUCIDAD-Improcedencia 14
CANDIDATO POLITICO 61
CANDIDATO POLITICO-Beneficiario 62
CARGO PRIVADO-Inexistencia (Salvamento de Voto) 112
CAUSAL ADICIONAL 63
COMPETENCIA 42
61
157
COMPETENCIA TERRITORIAL 9
CONFLICTO DE INTERESES-Inexistencia 43
128

		Página
CONGRESISTA	(Salvamento de Voto)	35
		61
CONGRESISTA-Incompatibilidades		97
	(Salvamento de Voto)	112
	(Salvamento de Voto)	114
	(Salvamento de Voto)	120
		128
		139
CONGRESISTA-Inhabilidades		1
	(Aclaración de Voto)	53
	(Salvamento de Voto)	121
		139
CONGRESISTAS		61
CONSEJO DE ESTADO		42
		61
		157
CONTRIBUCION		61
CONTRIBUCION A MOVIMIENTO POLITICO		14
	(Salvamento de Voto)	35
CONTRIBUCION A MOVIMIENTO POLITICO-Inexistencia		
	(Salvamento de Voto)	32
CONTRIBUCION A MOVIMIENTOS POLITICOS-Inexistencia		
	(Salvamento de Voto)	38
CONTRIBUCION A MOVIMIENTOS POLITICOS		
	(Aclaración de Voto)	40
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-Inexistencia		
	(Salvamento de Voto)	121
CONYUGUE		150
CORPORACION AUTONOMA-Facultades		157
CORPORACIONES PUBLICAS-Miembros		61
CORPORACIONES PUBLICAS DE ELECCION POPULAR-Miembros		62

D

DENUNCIA PENAL	150
DERECHO PENAL-Principios (Aclaración de Voto)	92
DESCUENTOS VOLUNTARIOS	62

Página

E

EMPLEO DE ELECCION POPULAR 139
EMPLEO PRIVADO 97
EMPLEO PRIVADO-Inexistencia (Salvamento de Voto) 114
(Salvamento de Voto) 120
ENEMISTAD GRAVE 151
ENTIDAD ADMINISTRADORA (Salvamento de Voto) 121
EXCEPCION DE CONSTITUCIONALIDAD 42
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD
(Aclaración de Voto) 53
61
EXCEPCION DE FONDO 42
EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE LA INVESTIDURA-
Improcedencia 14

F

FUNCION POLICIVA 157
FUNCION PUBLICA (Salvamento de Voto) 38
FUNCIONES PUBLICAS-Ejercicio 61
FUNCIONARIOS PUBLICOS-Clasificación 63

I

IMPEDIMENTO-Causales 151
INTERPRETACION RESTRICTIVA (Aclaración de Voto) 92
INVESTIDURA-Definición 62
87

J

JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 9

L

LEY ESTATUTARIA 43
LEGISLADOR 61
LEGISLADOR-Exclusión de Causal 63
LIBERTAD DE CULTO 43
128

	Página
LIBERTAD DE RELIGION	128
LIBERTAD RELIGIOSA	43
M	
MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE-Facultades	157
N	
NORMA CONSTITUCIONAL	61
NORMA CONSTITUCIONAL-Desarrollo Legal	
(Salvamento de Voto)	32
(Salvamento de Voto)	38
O	
ORGANIZACION POLITICA-Dirección	150
P	
PARTIDO POLITICO	150
PARTIDO O MOVIMIENTO POLITICO-Beneficiarios	61
PARTIDOS O MOVIMIENTOS POLITICOS-Beneficiarios	62
PERDIDA DE INVESTIDURA-Causal	63
PERDIDA DE LA INVESTIDURA	42
	61
(Aclaración de Voto)	53
	139
PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales	
(Salvamento de Voto)	32
(Salvamento de Voto)	35
(Salvamento de Voto)	38
	63
(Aclaración de Voto)	92
(Aclaración de Voto)	95
	128
PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Sujeto Pasivo	63
PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Titularidad	14
PERIODO ELECTORAL-Coincidencia	139
PLEITO PENDIENTE-Inexistencia	151
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD	
(Salvamento de Voto)	35
(Salvamento de Voto)	38

	Página
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD EN LAS CAUSALES (Aclaración de Voto)	95
PROCESO EJECUTIVO SINGULAR	158
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION	14
PROHIBICION CONSTITUCIONAL	63
PROHIBICION CONSTITUCIONAL-Excepción	62
PROHIBICION CONSTITUCIONAL-Excepciones Legales	61
PROHIBICION CONSTITUCIONAL-Sujetos Pasivos	61
PROHIBICION CONSTITUCIONAL-Violación	62
PROHIBICION INCONSTITUCIONAL-Incumplimiento	61
PROTECCION AL MEDIO AMBIENTE	157

R

RECUSACION-Causales	150
RECUSACION-Improcedencia	150
REMOCION DEL CARGO	61
REPRESENTANTE LEGAL (Salvamento de Voto)	121

S

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	157
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	42 61
SANCION	61
SANCION DISCIPLINARIA	139
SANCION PENAL-Inexistencia	139
SERVIDORES PUBLICOS-Clases	63
SERVIDORES PUBLICOS-Clasificación	62
SERVIDORES PUBLICOS-Contribuyentes	61

T

TITULO EJECUTIVO	158
TRAFICO DE INFLUENCIAS	97

V

VALORES CONSTITUCIONALES (Aclaración de Voto)	53

SALA DE CONSULTA

Página

A

ACTO DE CUMPLIMIENTO 217
ACTO DE EJECUCION 217
ACTO DE POSESION 195
ACTO DE SUSPENSION-Naturaleza 217
ACTO PARTICULAR 260
ACUERDO DE PRESUPUESTO 181
ACUERDO MUNICIPAL 259
ALCALDE-Facultades 201
259
ALCALDE-Funciones 181
ALCALDE-Inhabilidades 258
ALCALDE-Régimen Aplicable 216
ALCALDE ENCARGADO 217
ALCALDE ENCARGADO-Inhabilidades 258
ALCALDE SUSPENDIDO-Reintegro 216
ALLANAMIENTO-Improcedencia 288
APORTES-Improcedencia 238
ASOCIACION DE USUARIOS DE LOS DISTRITOS DE RIEGO-Régimen Laboral 293
AUTONOMIA PRESUPUESTAL 181
AUTORIDAD CIVIL 258
AUTORIDAD MILITAR 258
AUTORIDAD POLITICA 258

B

BIEN FISCAL-Enajenación 299
BIEN INMUEBLE MUNICIPAL 209

C

CAMARA DE REPRESENTANTES 305
(Salvamento de Voto) 316
CAPRECOM-Facultades 244

	Página
CARBOCOL-Administración	705
CARRERA DOCENTE	253
CELEBRACION DE CONTRATOS-Improcedencia (Salvamento de Voto)	316
CESANTIAS-Reconocimiento	293
CESION-Improcedencia	209
CELEBRACION DE CONTRATOS-Improcedencia	201
CLAUSULAS DEL CONTRATO-Interpretación	177
COALICION	217
COMPETENCIA	260
CONCEJAL	260
(Aclaración de Voto)	270
CONCEJO	259
CONCEJO DISTRITAL-Facultades	181
CONCEJO MUNICIPAL-Autorización	201
CONCEJO MUNICIPAL-Desintegración	201
CONCEJO MUNICIPAL-Facultades	181
CONGRESO DE LA REPUBLICA-Facultades	209
CONSEJO NACIONAL DE TECNICOS ELECTRICISTAS-Funciones	272
CONSEJO NACIONAL DE TECNICOS ELECTRICISTAS-Naturaleza Jurídica	272
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL-Miembros	302
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL	261
CONTRALORIA DISTRITAL	181
	261
CONTRALORIA MUNICIPAL	181
	261
CONTRATACION ADMINISTRATIVA	305
CONTRATO	258
CONTRATO INTERADMINISTRATIVO	299
CONTRATO LABORAL	293
CONTROL FISCAL	261
CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO	280
COTIZACION POR PENSION	244

Página

D

DELEGACION 305

DELEGACION DE FUNCIONES-Improcedencia 305
(Salvamento de Voto) 316

DIRECCION ADMINISTRATIVA 258

DISTRITO DE ADECUACION DE TIERRAS 293

DOTACION DE CALZADO Y VESTIDO DE LABOR-Destinatarios 280

E

ECOPETROL-Facultades 299

EJERCICIO DE PROFESIONES 272

EMPLEADO OFICIAL 280

EMPLEADO PUBLICO 258

EMPLEADO PUBLICO-Inexistencia 238

ENTIDADES PUBLICAS 288

ENTIDADES TERRITORIALES 253

EQUIDAD 209

EXENCION DE IMPUESTOS 285

EXPLOTACION DE CARBON 177

EXPROPIACION SIN INDEMNIZACION 209

EXPROPIACION SIN INDEMNIZACION-Improcedencia 209

EXPROPIACION SIN INDEMNIZACION-Trámite 209

F

FILIACION POLITICA IGUAL 217

FONDO DE FOMENTO DEL CARBON 165

FONDO DE SOLIDARIDAD 238

FONDOS DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA 209

FUERZAS MILITARES 238

G

GASTOS DE ADMINISTRACION-Imputación 165

H

HONORARIOS 259

	Página
HONORARIOS-Causación	260
(Aclaración de Voto)	270

I

INMUEBLE MUNICIPAL-Venta	299
INSCRIPCION DE CANDIDATURA	258
INSPECCION	187
INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN-Régimen Aplicable	187
INSTITUCIONES EDUCATIVAS DE UTILIDAD COMUN-Régimen Aplicable	187
ISS	293

J

JUNTA DIRECTIVA-Facultades	260
JURISDICCION	258
JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	260

M

MESADA ADICIONAL	238
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA	272
MOVIMIENTO POLITICO-Concepto	217
MOVIMIENTO POLITICO-Representante Legal	217
MUNICIPIO	261

N

NUEVAS ELECCIONES-Improcedencia	201

O

ORDENACION DEL GASTO	305

P

PAGO	259
PAGO-Improcedencia (Aclaración de Voto)	270
PARTIDAS-Adición	181

	Página
PARTIDAS-Modificación	181
PATRIMONIO DEL ESTADO	165
PENSION DE SOBREVIVIENTES	238
PERIODICO	195
PERIODO-Vencimiento	302
PERSONAL CIVIL	238
PERSONAL DOCENTE TEMPORAL	253
PERSONA NATURAL	209
PERSONAS DE DERECHO PUBLICO	288
PERSONERIA JURIDICA	217
PERSONERIA JURIDICA-Reconocimiento	187
PERSONERO	259
PERSONERO-Reelección	259
PLANTA DE PERSONAL-Vinculación	253
POLICIA NACIONAL	238
PRESIDENTE-Facultades (Salvamento de Voto)	316
PRESUPUESTO DE GASTOS	259
PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS	181
PRIVACION EFECTIVA DE LA LIBERTAD	216
Q	
QUORUM **DECISORIO**-Inexistencia	201
QUORUM **DELIBERATORIO** (Aclaración de Voto)	270
R	
RECURSO DE REPOSICION	260
RECURSOS	165
RECURSOS EN LA VIA GUBERNATIVA-Improcedencia	217
REGIMEN PENSIONAL	293
REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA-Administración	244
RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY	258
S	
SERVICIO PUBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL	244
SERVIDOR PUBLICO	216

	Página
SESION PLENARIA-Asistencia	260
SESION PLENARIA-Participación (Aclaración de Voto)	270
SISTEMA GENERAL DE PENSIONES	244
SUPRESION	261
SUSPENSION PROVISIONAL	216
SUSTITUCION PENSIONAL	238

T

TECNICO ELECTRICISTA-Matrícula	272
TECNICO ELECTRICISTA-Modalidades	272
TERNA-Integración	217
TIERRAS EN ZONA DE INVASION-Legalización	209
TRABAJADORES PARTICULARES	293
TRANSACCION-Improcedencia	288
TRANSFERENCIAS	165
TRASLADO PRESUPUESTAL	259

U

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA	285

V

VACANCIA ABSOLUTA	259
VEEDOR DEL TESORO	195
VIGILANCIA	187

SECCION PRIMERA

A

ACCION DE NULIDAD-Improcedencia	540
	556
	666
	701

	Página
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	325 455 485 540 583 771
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Improcedencia	473 792
ACCION DE REPARACION DIRECTA	473
ACTIVIDAD ECONOMICA LICITA-Privación	576
ACTO ADMINISTRATIVO	485
ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia	430 782
ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR	540 556
ACTO BILATERAL GUBERNAMENTAL	430
ACTO DE CANCELACION DE REGISTRO (Salvamento de Voto)	365
ACTO DE OCUPACION TEMPORAL	696
ACTO DE REGISTRO	347
(Salvamento de Voto)	365
ACTO FICTO	696
ACTO GENERAL-Vigencia	447
ACTO INEFICAZ	540
ACTO JURIDICO BILATERAL	425
ACTO JURISDICCIONAL	650
ACTO PARTICULAR	666
ACTO PREPARATORIO	782
ACTO PRESUNTO	696
ACTUACION ADMINISTRATIVA	564
ACTUACION PRELIMINAR	564
ACUEDUCTO-Construcción	338
ACUERDO MUNICIPAL-Vicio	440
ACUERDO MUNICIPAL-Vigencia	447
ADOPCION DE DECISION	564
AFILIADOS	369

	Página
ALCALDE-Atribuciones	631
ALCALDE-Facultades	448
	494
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL-Facultades	757
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL-Funciones	519
AUDITORIA INTERNA MUNICIPAL-Creación	440
AUDITORIAS INTERNAS	440
AUTONOMIA	527
AUTONOMIA ADMINISTRATIVA	518
AUTONOMIA CONTRACTUAL	518
AUTONOMIA PRESUPUESTAL	518
AUXILIOS-Improcedencia	381

B

BANCO POPULAR	436
BENEFICIARIOS	369
BIEN DE INTERES SOCIAL-Declaración	556
BIEN DE USO PUBLICO	447
BIEN DE UTILIDAD PUBLICA-Declaración	556
BIENES DE CAPITAL	725
BIENESTAR GENERAL	415
BIEN INMUEBLE	556
BIEN INMUEBLE-Enajenación	556

C

CADUCIDAD	325
	455
	771
CAMARA DE COMERCIO	541
CAMARA DE COMERCIO-Funciones	540
CAMPAÑAS ELECTORALES	500
CAMPAÑAS POLITICAS-Adelantamiento	526
CARGA DE LA PRUEBA	325
CESACION DE FUNCIONES	788

	Página
CESION DE CUOTAS	540
CIRCULAR	782
COBERTURA-Ampliación	369
CODIGOS FISCALES-Principios	620
COMISION ASESORA DEL CONGRESO	656
COMISION ASESORA DEL GOBIERNO	370
	640
COMISION PERMANENTE	370
COMPETENCIA	369
	440
	473
	556
(Salvamento de Voto)	608
COMPETENCIA CONSTITUCIONAL	591
COMPETENCIA LEGAL	591
CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO-Inexistencia	370
CONCEJO MUNICIPAL-Funciones	631
CONCEJO MUNICIPAL-Incompetencia	440
CONCEPTO DE VIOLACION	583
CONGRESO-Funciones (Salvamento de Voto)	608
CONSEJO DE ESTADO-Incompetencia	556
CONSEJO DIRECTIVO	552
CONSEJO DIRECTIVO-Funciones	460
CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES-Funciones	331
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL-Funciones	584
CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA-Normativa	591
CONSEJOS SECCIONALES DE LA JUDICATURA-Integración	591
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-Sala Plena	591
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-Salas	591
CONSULTA-Improcedencia	753
CONSULTAS POPULARES	494
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL	519
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL-Facultades	518
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL-Personería Jurídica	518
CONTRALORIAS-Facultad para contratar	518

	Página
CONTRATO	369
CONTRATO SOCIAL-Inoponibilidad	540
CONTRATO SOCIAL-Reforma	540
CONTRIBUCIONES-Fijación	757
CONTROL DE LAS CONSECUENCIAS NOCIVAS-Demostración	507
CONTROL INTERNO	440
CONTROL JURISDICCIONAL	430
	485
CONTROL JURISDICCIONAL-Improcedencia	782
CONVENIO DE COOPERACION JUDICIAL	430
CONVENIO INTERNACIONAL	430
CORTE CONSTITUCIONAL-Providencias	592
COSTO DEL SERVICIO	612
CREMACION DE CADAVERES HUMANOS	399
CUPO DE ENDEUDAMIENTO	519

D

DECLARACION JUDICIAL	696
DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES-Temporalidad	552
	640
	656
DEMANDA	583
DEMANDA-Ineptitud	485
	583
DEMOCRATIZACION DE TITULARIDAD	436
DERECHO AL SUFRAGIO	713
DERECHO AL VOTO	713
DERECHO DE ASOCIACION	585
DERECHO DE DEFENSA	564
DERECHO DE IGUALDAD	436
	713
DERECHO INTERNACIONAL-Público	430
DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA	338
DIRECCION GENERAL DE PRISIONES-Facultades	405

	Página
DIRECTOR DE IMPUESTOS DE ADUANAS NACIONALES- Facultades	602
DIRECTOR GENERAL DE ADUANAS NACIONALES- Incompetencia (Salvamento de Voto)	608
DISTRITO CAPITAL	788
DISTRITO DE CARTAGENA	631
E	
ECOSALUD	685
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL	552
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO- Administración	460
EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES- Cambio Naturaleza Jurídica	631
ENAJENACION DE BIENES NACIONALES	655
ENAJENACION DE PARTICIPACION ESTATAL	436
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES-Creación	631
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS NACIONALES	552
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS-Reestructuración	460
ENTIDADES PUBLICAS-Facultades	518
ENTIDADES TERRITORIALES-Estatuto Presupuestal	619
ENTIDADES TERRITORIALES-Facultades	576
ENTIDAD PRIVADA	369 381
ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO	650
ESCRITURA PUBLICA-Requisitos	540
ESTABLECIMIENTO PUBLICO	552
ESTABLECIMIENTO PUBLICO-Administración	460
ESTADO	369
ESTATUTOS	460 552
ESTRATIFICACION	612
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD	735
EXPLOTACION DE MONOPOLIO DE LOTERIAS- Régimen Aplicable	576
EXPROPIACION	556

	Página
EXPROPIACION ADMINISTRATIVA	556

F

FACTURACION-Reclamación	795
FACULTADES *PRO TEMPORE*	631
FALLO DE TUTELA-Efectos	455
FINANCIACION DE CAMPAÑAS POLITICAS	526
FONDO DE INVERSIONES COMUNITARIAS	713
FUEL CONTROL-Pérdida	688
FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN	565

G

GOBERNADOR-Facultades	494
GOBERNADOR-Iniciativa	519
GOBIERNO NACIONAL-Facultades	552 639 655
GOBIERNO NACIONAL-Funciones	459
GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA-Requisitos	753

H

HECHO ADMINISTRATIVO-Inexistencia	430
HONORARIOS PROFESIONALES	473

I

IAN-Reestructuración	552
ICFES-Facultades	564
IMPORTACION DE MATERIALES TEXTILES Y MANUFACTURAS-Ingresos	602
IMPORTACION DE MATERIAS TEXTILES Y SUS MANUFACTURAS-Restricciones (Salvamento de Voto)	608
IMPORTACION TEMPORAL DE LARGO PLAZO	725
INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES-Inexistencia	583
INDEMNIZACIONES	368

	Página
INDEMNIZACION PREVIA-Improcedencia	576
INDERENA-Funciones	507
INDICIOS GRAVES-Inexistencia	688
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO	440
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO-Inexistencia	485
INEFICACIA	541
INEFICACIA DE PLENO DERECHO	540
INFORMATIVO ADMINISTRATIVO	688
INSPECCION Y VIGILANCIA	500 650
INSTITUCION DE EDUCACION SUPERIOR-Régimen Legal	565
INSTITUCION DE UTILIDAD COMUN	650
INSUBSISTENCIA DE LA LEY	494
INTERVENCION DEL ESTADO	459
ISS-Estructura	655
ISS-Funciones	369
ISS-Naturaleza Jurídica	370
ISS-Reestructuración	368 655

J

JUNTA ASESORA Y DE VIGILANCIA-Facultades	447
JUNTA DE ACCION COMUNAL	338
JUNTA DE SOCIOS	541
JUNTA DIRECTIVA	552
JUNTA DIRECTIVA-Funciones	460 685
JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES	713
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	592
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Competencia	425
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Incompetencia	430
JURISDICCION ORDINARIA	473

L

LEGISLACION PREEXISTENTE-Derogatoria	494

CONSEJO DE ESTADO BIBLIOTECA

	Página
LEGISLADOR	440
LEGISLADOR-Inexistencia	592
LEGITIMIZACION EN LA CAUSA POR ACTIVA	666
LEGITIMIZACION POR PASIVA	541
LEY DE CONTROL INTERNO-Expedición	440
LEY DE PRESUPUESTO	620
LEY DE PRESUPUESTO-Vigencia	619
LEY ESPECIAL	585
LEY ESTATUTARIA	583
LEY ORGANICA DEL PRESUPUESTO	619
LICENCIA DE CONSTRUCCION	473
LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO	448
LICENCIA DE PILOTO	331
LUGARES HABILITADOS PARA LA IMPORTACION	602

M

MINERALCO-Reestructuración	552
MINISTERIO DE EDUCACION-Facultades	405
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA-Reestructuración	552
MINISTERIO DE TRABAJO-Facultades	405
MODERNIZACION DEL ESTADO	459
	552
	639
	655
MOIR	325
MOIR-Representante Legal	325
MONOPOLIO DE CREMACION DE CADAVERES HUMANOS-Improcedencia	399
MONOPOLIO DE LOTERIAS-Establecimiento	576
MONOPOLIO DE LOTERIAS-Régimen Aplicable	576
MONOPOLIO RENTISTICO-Explotación	685
MOVIMIENTO INDIGENA	584
MOVIMIENTO POLITICO	584
MOVIMIENTO POLITICO-Inexistencia	584
MOVIMIENTO POLITICO-Organización	585

	Página
MULTA-Improcedencia	389
MUNICIPIO-Funciones	338

N

NACION-Representación	541
NARCOTRAFICO-Carencia de Informes	331
NORMA CONSTITUCIONAL	619
NORMA CONSTITUCIONAL-Aplicación	650
NORMA CONSTITUCIONAL-Desarrollo Legal	583
NORMA CONSTITUCIONAL-Inaplicación	650
NORMA CONSTITUCIONAL TRANSITORIA	459 552
NORMA CONSTITUCIONAL TRANSITORIA-Desarrollo Legal	591
NORMA CONSTITUCIONAL-Violación	583 592
NORMA ESPECIAL-Aplicación	540
NORMA GENERAL-Inaplicación	540
NORMA LEGAL-Invocación	583
NOTIFICACION	325
NULIDAD-Causal	440

O

OPERACION ADMINISTRATIVA-Inexistencia	430
ORGANIZACION NACIONAL INDIGENA DE COLOMBIA	584

P

PAGO	696
PAGOS POR SERVICIOS OPCIONALES-Obligatoriedad	565
PARTICIPACION CIUDADANA-Mecanismos	494
PARTIDA PRESUPUESTAL	788
PARTIDO POLITICO	584
PATENTE DE INVENCION-Perfeccionamiento	762
PERJUICIOS	696
PERSONERIA JURIDICA-Cancelación	325 650
PERSONERIA JURIDICA-Reconocimiento	584

	Página
PERSONERIA JURIDICA-Renuncia	584
PERIODO PREELECTORAL	526
PLAN NACIONAL DE DESARROLLO	369
PLAN DE SALUD OBLIGATORIO	369
PLANOS ARQUITECTONICOS-Utilización	473
PLANTA DE PERSONAL	459 552
PLANTA DE PERSONAL-Adecuación	656
PLAZO	795
PLIEGO DE CARGOS	564
POLITICAS SALARIALES Y LABORALES	370
POTESTAD REGLAMENTARIA-Extralimitación	526
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Funciones	650
PRESUPUESTO	619
PRESUPUESTO DE GASTOS	519
PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL	619
PRESUPUESTO LOCAL	620
PREVALENCIA DEL INTERES GENERAL	415
PRINCIPIO DE IGUALDAD	368
PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD-Ingreso	619
PRINCIPIO DISTRIBUTIVO	612
PRIVATIZACION DE LAS TELECOMUNICACIONES	459
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	556
PROPIEDAD INTELECTUAL-Protección	473
PROPIEDAD PRIVADA	436
PRUEBAS-Práctica	564
PUBLICACION	447

Q

QUORUM-Inexistencia	541

R

RANGO DE CONSUMO-Asimilación	612
RECTOR-Suspensión en el Ejercicio de sus Funciones	565
RECURSO DE APELACION-Delimitación	557

	Página
RECURSOS-Administración	576
RECURSOS-Distribución	713
RECURSOS PROVENIENTES DEL EXTERIOR	500
REDENCION DE PENAS	405
REDISTRIBUCION DE COMPETENCIAS	640
REGISTRADOR-Facultades (Salvamento de Voto)	365
REGISTRO DE MARCA-Renovación	701
REGISTRO DE MARCAS	792
REGISTRO MERCANTIL	540
REGISTRO MERCANTIL-Abstención	540
REGISTRO MERCANTIL-Inscripción	540
REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL-Reforma	347
RELACIONES INTERNACIONALES	425
RESERVA FORESTAL-Declaración	696
RESPONSABILIDAD FISCAL-Objeto	389
RUTAS Y HORARIOS-Adjudicación	666

S

SANCION	389 565
SEGURIDAD SOCIAL	369
SENARC-Reestructuración	640
SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD-Contenido	592
SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD-Efectos	591
SENTENCIA DE NULIDAD-Contenido	592
SERVICIO DE ELIMINACION	507
SERVICIO DE ELIMINACION O CONTROL	735
SERVICIO DE FARMACIA	415
SERVICIO DE TELEFONIA	795
SERVICIO NAVIERO ARMADA REPUBLICA DE COLOMBIA-Reestructuración	640
SERVICIO PUBLICO DE AGUA POTABLE	338
SERVICIO PUBLICO DE CREMACION DE CADAVERES HUMANOS	399
SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA	612

	Página
SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Acceso	369
SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Vigilancia	369
SERVICIOS MEDICOS ASISTENCIALES	369
SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS	795
SERVICIOS PUBLICOS-Prestación	459
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO-Efectos	485
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO-Inexistencia	331
SINDICATO	650
SOCIEDAD COMERCIAL	540
SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA	540
SOCIEDAD UNIPERSONAL-Inexistencia	541
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Superior Jerárquico	541
SUPRESION DE CARGOS	459
SUPRESION DE EMPLEOS	368 639 656
SUSPENSION DE EJECUCION	788
SUSPENSION PROVISIONAL	448 685 788
SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia	436 447
SUSTITUCION DE NORMAS	592

T

TARIFAS-Resolución	338
TARIFAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS	612
TARIFAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Fijación	612
TASA RETRIBUTIVA	507 735
TELECOM-Cambio de Naturaleza Jurídica	459
TELECOM-Reestructuración	459
TEORIA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES	666
TESORO PUBLICO-Recursos	500
TESORO PUBLICO-Vigilancia	526

	Página
TESTIMONIO-Valor Probatorio	564
TESTIMONIO DE OIDAS-Valor Probatorio	688
TRANSITO CONSTITUCIONAL	494
TRASLADO-Término	564
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO	556

U

UNICA INSTANCIA	556
USO DE AGUAS	338 507
USO INDEBIDO DE BIEN PUBLICO-Maquinaria	389

V

VACIO NORMATIVO	591
VALORACION DE LA PRUEBA	565
VEEDOR DEL TESORO-Facultades	526
VEEDOR DEL TESORO-Funciones	526
VEEDOR DEL TESORO-Período	526 788
VEEDURIA DEL TESORO-Funciones	500
VENDEDOR AMBULANTE	448
VENTA DE ACCIONES	436
VENTAS AMBULANTES	448
VENTAS ESTACIONARIAS	448
VENTAS INFORMALES	447
VIA GUBERNATIVA-Agotamiento	485
VIAS PUBLICAS	447

SECCION SEGUNDA

A

ACCION DE NULIDAD	901
ACCION DE LESIVIDAD	933

	Página
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	998
ACCION DE REPARACION DIRECTA-Improcedencia	998
ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS	998
ACTO ADMINISTRATIVO	870 919 998 1036
ACTO ADMINISTRATIVO-Causales de Nulidad	901
ACTO ADMINISTRATIVO-Validez	970
ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL	933
ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR	845
ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR-Impugnación	933
ACTO CONDICIONAL	1046
ACTO DE REMOCION	970
ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO	1046
ACTO DISCRECIONAL	870
ACTO *FICTO*	998
ACUERDO	991
ADJUDICACION DE CONTRATO-Irregularidad	910
ADSCRIPCION DE FUNCIONES	955 956
AGRAVANTES	975
AJUSTE DE VALOR-Liquidación	948
ANALOGIA-Improcedencia (Salvamento de Voto) (Aclaración de Voto)	866 885
ANTIGÜEDAD	990
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL	933
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL-Funciones	948
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL-Incompetencia	932
ASIGNACION DE RECURSOS	958
ATENUANTES	975
AUTO DE DETENCION	1025 1026
AUTONOMIA DE GESTION	957
AUTORIDAD TERRITORIAL-Funciones	956

	Página
B	
BONIFICACION	805
BUENA FE	933
BUEN SERVICIO PUBLICO-Desmejora	1036
C	
CADUCIDAD-Improcedencia	1046
CALIFICACION INSATISFACTORIA	831
CARGA PROBATORIA	1052
CARGO DE DIRECCION	1029
CARGO DE DIRECCION Y CONFIANZA	991
CARGO POLITICO-Inexistencia	871
CARRERA ADMINISTRATIVA	839 970 1008
CARRERA DE LAS FISCALIAS	825
CARRERA DOCENTE-Estabilidad	861
CARRERA JUDICIAL	831
CARRERA JUDICIAL-Régimen Aplicable	809 981
CENTRALIZACION ADMINISTRATIVA	955
CENTRALIZACION POLITICA	933
CESANTIA-Liquidación	998
CESE DE ACTIVIDADES	845
CIENCIAS ADMINISTRATIVAS	1021
CIENCIAS ECONOMICAS	1021
CIENCIAS FINANCIERAS	1021
CIRCULAR	901
CLASIFICACION DE RIESGOS-Graduación	1015
CODIGO FISCAL DEPARTAMENTAL-Cumplimiento	910
CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO-Inaplicación	889
COMPETENCIA	809 812 870 932

	Página
	975
	1015
CONCEJO DISTRITAL-Incompetencia	932
CONCEJO MUNICIPAL-Incompetencia	932
CONCURSO DE MERITOS	981
CONGRESO DE LA REPUBLICA	809
	812
CONGRESO DE LA REPUBLICA-Funciones	839
CONGRESO-Facultades	932
CONGRESO-Funciones	933
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA	805
	832
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-Facultades	809
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-Funciones	981
CONSENTIMIENTO EXPRESO-Inexistencia	845
CONSTITUCION POLITICA-Vigencia	839
CONTRALOR DEPARTAMENTAL-Funciones	910
CONTRALOR AUXILIAR DEPARTAMENTAL-Período	840
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA	812
CONTROL DE LEGALIDAD	870
CONTROL DE LEGALIDAD JERARQUICO	956
CONTROL DE TUTELA	918
CONVENIO INTERNACIONAL	1061
CONYUGUE SOBREVIVIENTE	907
CONYUGUE SUPERSTITE	940
CORPORACION ADMINISTRATIVA	933
CORPORACIONES JUDICIALES	805
CORPORACION PUBLICA TERRITORIAL-Prohibición	932
CURSO DE ESPECIALIZACION	1021

D

DAÑO ANTIJURIDICO	957
DECLARATORIA DE ILEGALIDAD	845
DECRETO REGLAMENTARIO	917

	Página
DELEGACION DE FUNCIONES	955
	957
	970
	975
DELEGACION DE FUNCIONES-Inexistencia	956
DELEGADO DEL MINISTERIO-Funciones	956
DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO	1004
DERECHO DE DEFENSA	925
DERECHO DE PETICION	1008
DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO	1004
DERECHOS ADQUIRIDOS-Inexistencia	933
DERECHO CONTRA LEGEM	933
DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA	955
DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA-Inexistencia	956
DESCENTRALIZACION DE LA EDUCACION	959
DESCENTRALIZACION DE LA EDUCACION-Proceso	958
DESCENTRALIZACION FISCAL	957
DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA	955
	957
DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA-Clases	955
DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA TERRITORIAL	956
DESCONCENTRACION CENTRAL O SIMPLEMENTE JERARQUICA	955
DESCONCENTRACION DE FUNCIONES	959
DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES	805
DESCONCENTRACION PERIFERICA O TERRITORIAL	955
DESCUENTO-Improcedencia (Aclaración de Voto)	866
(Aclaración de Voto)	885
DESVIACION DE PODER	870
	1009
	1036
DESVIACION DE PODER-Concepto	1035
DESVIACION DE PODER-Demostración	1052
DIA COMPENSATORIO	901
DINERO OFICIAL-Uso Indebido	975
DIPUTADO	932

Página

DIRECTOR SECCIONAL DE ADMINISTRACION JUDICIAL-Requisitos 1021

DIRECTOR GENERAL DE LA POLICIA-Funciones 925

DOBLE ASIGNACION DEL TESORO-Inexistencia (Aclaración de Voto) 885

DOBLE ASIGNACION-Inexistencia (Aclaración de Voto) 866

DOBLE VINCULACION-Inexistencia 861

DOMINICALES Y FESTIVOS-Liquidación 901

E

EDAD DE RETIRO FORZOSO 1046

EFECTO DIFERIDO-Improcedencia 918

EFECTO SUSPENSIVO 918

EFICIENCIA LABORAL 971

EJERCICIO DE LA FUNCION PUBLICA 839

EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO 971

EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION 870

EMPLEADO DEPARTAMENTAL 889

EMPLEADO DE PERIODO-Remoción 948

EMPLEADO MUNICIPAL-Régimen Jurídico 918

EMPLEADO PUBLICO 889
918

EMPLEADO PUBLICO-Inexistencia (Aclaración de Voto) 866
(Aclaración de Voto) 885

EMPLEADO PUBLICO-*Ipso Jure* 991

EMPLEADOS PUBLICOS 901

EMPLEO DE CARRERA-Provisión 1008

EMPRESA-Clasificación 1015

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO 917

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO-Régimen Jurídico 919

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO-Reglamentación 919

ENCARGO 981

	Página
ENCARGO-Requisitos	1036
ENTIDAD DESCENTRALIZADA	991
ENTIDAD DESCENTRALIZADA MUNICIPAL	918
ESCALAFON-Inscripción	970
ESCALAFON JUDICIAL	831
ESTABILIDAD	831
ESTABILIDAD-Inexistencia	990
ESTABLECIMIENTO PUBLICO-Régimen Salarial	812
ESTADO DE DERECHO	999
ESTADO UNITARIO	933
ESTATUTO	917
	919
ESTATUTOS	918
	991
ESTATUTOS-Modificación	991
EXCEPCION DE ILEGALIDAD	991
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD	957
EXPEDICION IRREGULAR-Inexistencia	970

F

FACULTAD DISCRECIONAL	1009
	1026
	1035
FACULTAD DISCRECIONAL-Razones del Buen Servicio	990
FALTA DISCIPLINARIA	975
FALTA GRAVE	1052
FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA	991
FISCALIA UNICA	825
FUERO DE ESTABILIDAD-Inexistencia	971
FUERO POR MATERNIDAD	1061
FUNCION ADMINISTRATIVA	999
FUNCIONARIO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION	1029
FUNCIONARIO INVESTIGADOR-Facultades	975
FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL-Derechos	901

	Página
FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA FISCALIA- Calificación	851
FUNCION PUBLICA	839
FUNCION PUBLICA-Régimen	839
G	
GOBIERNO MUNICIPAL-Aprobación	918
GOBIERNO NACIONAL	932
H	
HOSPITAL SAN ROQUE	889
I	
INSCRIPCION AUTOMATICA EN EL ESCALAFON	1008
INSCRIPCION EN CARRERA-Reglamentación	1008
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Salvamento de Voto)	885
INSUBSISTENCIA	870 990 1026 1035
INSUBSISTENCIA-Improcedencia	861
INSUBSISTENCIA DE LA LEY	839
ISS-Funciones	1015
ISS-Servidores	901
J	
JEFE SUPREMO DE LA ADMINISTRACION	1009
JUEZ	999
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	999
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA- Incompetencia	1015
JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	870
JURISDICCION ORDINARIA LABORAL	1015
JURISDICCION ROGADA	890

	Página
L	
LEGISLACION PREEXISTENTE	839
LEGISLADOR EXTRAORDINARIO	933
LEGITIMIZACION EN LA CAUSA POR PASIVA	959
LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Vigencia	1008
LEY DEROGATORIA	839
LEY FORMAL Y MATERIAL-Inexistencia	933
LEY REFORMATORIA	839
LISTA DE ELEGIBLES	825 981
M	
MEDIOS ILEGALES-Inexistencia	845
MESADA ADICIONAL-Beneficiarios	894
(Salvamento de Voto)	899
MESADA PENSIONAL-Inexigible	933
MINISTERIO PUBLICO	825
MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL	925
MORAL	926 1052
MOVILES POLITICOS	871
MOVIL POLITICO	1009
N	
NACION-Representación	812
NARCOTRAFICO	926
NEXO CAUSAL-Inexistencia	971
NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD	825
NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD	981 1008
NOMINADOR	1009
NOMINADOR-Facultades	981
NORMA ANULADA-Interpretación	917
NORMA CONSTITUCIONAL	932
NORMA CONSTITUCIONAL-Características	839

	Página
NORMA CONSTITUCIONAL-Interpretación	1061
NORMA NACIONAL-Aplicación	918
NORMA NACIONAL-Inaplicación	889
NOTIFICACION	1046
NOVEDADES DE PERSONAL DOCENTE	959
NULIDAD-Improdecendia	975

O

ORDENANZA-Naturaleza Jurídica	933
ORGANIZACION ADMINISTRATIVA DEL ESTADO	955

P

PARTE DEMANDANTE	1052
PENSIONADOS DE ENTIDADES DEL ORDEN NACIONAL	894
PENSIONADOS POR VEJEZ-Limitaciones	894
PENSION DE JUBILACION	932
PENSION DE INVALIDEZ	940
PENSION SANCION	819
PERIODO DEL CARGO-Modificación	948
PERIODO JUDICIAL-Inexistencia	831
PERIODO LEGAL	825
PERSONA JURIDICA	1069
PERSONAL DE CONFIANZA	917
PERSONAL DIRECTIVO	917
PERSONAL DOCENTE DE TIEMPO COMPLETO	861
PERSONAL DOCENTE-Régimen Especial	1046
PLANTA DE PERSONAL-Clasificación	917
PLAZO	851
PODER DISCRECIONAL	871
PODER PUBLICO-Expresión	999
POLICIA NACIONAL	925
	926
POLICIA NACIONAL-Agente	1052
POSESION EN EL CARGO-Inexistencia	991
POTESTAD REGLAMENTARIA	819
	1004

	Página
POTESTAD REGLAMENTARIA-Extralimitación	809
POTESTAD REGLAMENTARIA-Extralimitaciones	894
POTESTAD REGLAMENTARIA-Inexistencia	851
POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites	805
POTESTAD REGLAMENTARIA-Titularidad	918
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Atribuciones	918
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Facultades	819
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Funciones	1009
PRESTACIONES SOCIALES	812
	932
PRESUNCION DE LEGALIDAD	870
	1009
	1036
PRESUPUESTOS PROCESALES	998
PRINCIPIO DE LEGALIDAD	839
	870
PROCESO DISCIPLINARIO	831
	925
	975
	1035
	1052
PROCESO DISCIPLINARIO-Calificación de la Falta	926
PROCESO DISCIPLINARIO-Existencia	971
PROCESO DISCIPLINARIO-Irregularidades	975
PROCESO DISCIPLINARIO-Trámite	925
	1004
PROCURADOR GENERAL DE LA NACION-Facultades	851
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION	910
PROTECCION A LA MATERNIDAD-Evolución Jurídica	1061
PROVIDENCIA DE CONDENA (Aclaración de Voto)	866

R

RAMA JURISDICCIONAL-Representación	832
RECURSO DE APELACION	1004
RECURSO DE APELACION-Efectos	918
RECURSOS EN LA VIA GUBERNATIVA	1046

	Página
REELECCION-Improcedencia	825
REFORMATIO IN PEJUS	1004
REGISTRO NACIONAL DE ELEGIBLES	981
RENUNCIA FORZADA-Inexistencia	1029
RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA-Autonomía	975
RESPONSABILIDAD OBJETIVA	957
RESPONSABILIDAD PENAL-Inexistencia	975
REVOCATORIA DIRECTA	845
REVOCATORIA DIRECTA-Improcedencia	845

S

SANCION DISCIPLINARIA	910
SANCION DISCIPLINARIA-Dosimetría	975
SENTENCIA CONDENATORIA (Aclaración de Voto)	885
SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION	958
SERVIDOR PUBLICO-Prerrogativas	1008
SITUADO FISCAL	958
SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO	975
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA MUNICIPAL-Reforma	918
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Orden Nacional	918
SUPREMACIA CONSTITUCIONAL	840
SUSPENSION EN EL CARGO DE EMPLEADO PUBLICO-Solicitud	1025
SUSPENSION PROVISIONAL	805 809 894 1021
SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia (Salvamento de Voto)	899
SUSPENSION PROVISIONAL-Impugnación	918
SUSPENSION PROVISIONAL EN PREVENCION-Improcedencia	809
SUSTITUCION DE PENSION DE INVALIDEZ-Beneficiarios	940
SUSTITUCION PENSIONAL VITALICIA-Beneficiarios	907

	Página
T	
TERCERO	933
TRABAJADOR OFICIAL	819
	917
	991
TURNOS	901
U	
UNIDAD DE EMPRESA-Definición	1069
V	
VACANCIA DEFINITIVA	981
VIA GUBERNATIVA	925
VIA GUBERNATIVA-Agotamiento	998

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