REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXLII
PRIMERA PARTE

ENERO - FEBRERO - MARZO

1995

Relatoras:

Doctora: María del Pilar Espinosa Salazar
Doctora: María del Pilar Veloza Parra

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXLII

PRIMERA PARTE

ENERO - FEBRERO - MARZO
1995

IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED EN COLOMBIA

Por Biblioteca Jurídica Diké

SALA

PLENA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

ENERO - FEBRERO - MARZO

1995

Presidente
Dr. Diego Younes Moreno

Vicepresidente
Dr. Daniel Suárez Hernández

Secretaria General
Dra. Mercedes Tovar de Herrán
(hasta 12 de marzo)
Dra. Nubia González Cerón
(desde 13 de marzo)

SECCION PRIMERA

Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez
Presidente

Dr. Yesid Rojas Serrano
Dr. Miguel González Rodríguez
Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz

Dra. Katerine Karakalpakis Calderón
Secretaria

SECCION SEGUNDA

Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora
Presidente

Dra. Clara Florero de Castro
Dr. Alvaro Lecompte Luna
Dra. Dolly Pedraza de Arenas
Dr. Joaquín Barreto Ruiz
Dr. Diego Younes Moreno

Dra. Myriam Cecilia Viracachá Sandoval
Secretaria (encargada)

SECCION TERCERA

Dr. Carlos Betancur Jaramillo
Presidente

Dr. Daniel Suárez Hernández
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
Presidenta

Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez
Dr. Miguel Viana Patiño
(hasta 15 de marzo)
Dra. Denisse Duviau de Puerta
(desde 16 de marzo)

Dr. Octavio Galindo Carrillo
Secretario

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Roberto Suárez Franco
Presidente

Dr. Javier Henao Hidrón
Dr. Humberto Mora Osejo
Dra. Nubia González Cerón
(hasta 12 de marzo)
Dr. Luis Camilo Osorio Isaza
(desde 13 de marzo)

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 Rodríguez
5a. Dr. Edne Cohen Daza
6a. Dra. Inés Hurtado Cubides
7a. Dra. Margarita Olaya de Obando
8a. Dr. Jaime Ossa Arbeláez
9a. Dra. Luz Stella Pena de Mendez
10a. Dra. Alicia Rubiano Amézquita

RELATORAS

Dra. María del Pilar Espinosa Salazar
(licencia por maternidad desde el 18 de febrero hasta el 12 de mayo)
Dra. Claudia Angela Navarro Acevedo
(desde 7 de marzo - hasta 12 de mayo)
Dra. María del Pilar Veloza Parra (desde 6 de marzo)

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL. Procedimiento. NORMA CONSTITUCIONAL. NULIDAD PROCESAL. UNICA INSTANCIA TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS. COMPETENCIA FUNCIONAL CONCEJALES - Incompatibilidades. ASESORIA OTRO MUNICIPIO. CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIO

Estima la Sala que procesos como el de la referencia son de única instancia. Carecería de sentido que mientras el debido proceso frente a un congresista se satisface con un procedimiento breve y sumario, para un concejal esa garantía tendría que ser amplia y con mayores oportunidades de defensa y contradicción. Lo anterior no colide con el artículo 31 de la Carta que contempla la regla de la segunda instancia para los procesos en general, porque si la misma ley puede establecer excepciones por permisión de la misma Carta, con mayor razón puede hacerlo la Constitución. Y fue esta precisamente la que definió que tales asuntos deberán ser de rápida solución por estar comprometidos, en la gran mayoría de los casos, el buen nombre y el prestigio de las corporaciones de elección popular (Congreso y Concejos). Los tribunales administrativos conocerán, en única instancia, los procesos de desinvestidura de los Concejales, por las causales indicadas en la Ley 144 de 1994 para la desinvestidura de los congresistas. En vista de que al proceso de la referencia se le dio trámite de segunda instancia, lo así cumplido ante esta corporación está viciado de nulidad insaneable. La competencia por el factor funcional tiene alcance, y podrá decretarse de plano la nulidad de todo lo actuado.

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

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia Expediente No. AC-2220. Asuntos constitucionales. Actor Jairo Alvaro Alvarez Martelo

Procede la Sala a decidir el recurso de aplicación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 3 de octubre de 1994, dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico mediante la cual se dispuso

"1o.) DECLARASE La pérdida de la investidura de Concejal del Municipio de Sabanalarga por el período 1992-1994, del señor JUAN MANOTAS ROA.

2o.) Comuníquese esta decisión al señor Presidente del Concejo Municipal de Sabanalarga, al señor Alcalde y al señor Registrador del Estado Civil de la misma municipalidad.

3o) Compúlsense copias de este proceso a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION para que, si es el caso, se investigue penalmente la situación irregular a que se alude en este proveído".

En la demanda, presentada por el señor Jairo Alvaro Alvarez Martelo el 9 de septiembre de este mismo año, se narraron los siguientes hechos:

"2.1 Que el señor JUAN MANOTAS ROA, fué elegido Concejal del Municipio de Sabanalarga (Atlántico), para el período constitucional 1992-1994.

2.2 Que el señor JUAN MANOTAS ROA, quien es Concejal, a la vez contrata con el Municipio de Galapa, como ASESOR EN LA RENDICION DE CONCEPTOS DE CARACTER ADMINISTRATIVO EN EL CAMPO DE LA EDUCACION, como también en la PRESENTACION DE PROYECTOS, sobre este asunto que el municipio sometiera a su estudio.

Contrato realizado con la Alcaldía de Galapa, alcaldesa señora NIDIA AHUMADA CARPINTERO; la duración de este contrato será de once (11) meses, a partir del primero de febrero de 1994.

2.3 Que, el señor JUAN MANOTAS ROA, quien es Concejal y a la vez contratante con el Municipio de Galapa, no ha presentado renuncia como Concejal, quien viene asistiendo normalmente a Sesiones Ordinarias del Honorable Concejo Municipal de Sabanalarga, encontrándose incurso en causa de INCOMPATIBILIDAD al tenor del Art. 291 de la Constitución Nacional, ordinal 1o. del Art. 45 de la Ley 136 de 1994 y del Art. 55 Inc. 2o. de la misma Ley.

2.4 EL señor JUAN MANOTAS ROA, contrató con el Municipio de Galapa, siendo Concejal paralelamente en el Municipio de Sabanalarga, como ASESOR JURIDICO EN ASUNTOS EXPUESTOS ANTERIORMENTE, con una asignación mensual de $350.000.oo; total once (11) meses por $4.200.000.oo"

En la misma demanda se pide la pérdida de la investidura del Concejal de Sabanalarga, electo para el período 1992-1994, "por haber aceptado contrato de prestación de servicios con el Estado Colombiano (Municipio de Galapa, Atlántico)".

El demandante adjuntó con su libelo la fotocopia del contrato de prestación de servicios suscrito entre la alcaldesa de Galapa y el señor Juan Manotas Roa, Concejal de Sabanalarga; además, acompaño tanto la certificación de la Registradora Municipal de Sabanalarga, sobre la declaratoria de elección como concejal de dicho municipio, la del secretario del Concejo del mismo municipio, sobre asistencia ordinaria a las sesiones.

Cumplido el trámite de rigor, con sujeción a la Ley 144 de 1994 (procedimiento para la desinvestidura de los congresistas), el *a-quo* decidió en la forma indicada atrás. Inconforme el Concejal demandado apeló y sustentó su recurso mediante escrito que obra a folios 73 y S.S. Allí insiste en que el mandato contenido en el ordinal 4 del art. 45 de la Ley 136 de 1994 le da la razón y justifica así la revocatoria del fallo apelado. Arguye que ese ordinal "habilita a los concejales para ser contratistas en otro municipio diferente al que fué elegido, porque sería inmoral, indigno e irregular, que es lo que ha querido interpretar el legislador, que los concejales en el municipio donde fueron elegidos sean contratistas del mismo..." Cita como refuerzo de su defensa el boletín jurídico de Min-Gobierno #58 de julio de 1993, que en lo pertinente (pág. 31) dice:

> "Si el Concejal presta sus servicios a otro municipio por medio de contrato, no incurre en una causal de incompatibilidad, es así como, este artículo, según el espíritu del legislador, establece: "Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, SALVO LAS EXCEPCIONES
>
> LEGALES..."

Tramitada la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello,

SE CONSIDERA:

Dada la novedad del asunto, la sala estima que debe precisar algunos aspectos procesales, que no aparecen explícitamente definidos en la ley. Así, lo relativo a las instancias en esta clase de proceso y su trámite; y la competencia de la Sala Plena de lo Contencioso para su conocimiento final.

En este orden de ideas, se observa:

LAS INSTANCIAS

Estima la Sala que procesos como el de la referencia son de única instancia. Con esta afirmación se comparte la opinión de la Procuraduría Décima Delegada, expuesta en su vista de fondo y en lo pertinente, en los siguientes términos:

> "La Ley 144 de 1994 "por la cual se establece el procedimiento de pérdida de investidura de los congresistas", no establece el procedimiento de las dos instancias para esta clase de procesos. El único recurso que, según la ley, procede contra el fallo definitivo que se dicte en este sentido, con efectos de cosa juzgada, a las voces del art. 15, es el recurso extraordinario especial de revisión interpuesto dentro de los cinco años siguientes a la ejecutoria de la sentencia (art. 17 de la Ley 136/94 (sic)."
>
> "Como se puede apreciar, la normatividad citada no consagra el recurso de apelación para las decisiones que sobre pérdida de investidura deben decretar los tribunales administrativos, en relación con los concejales."

Y se comparte la apreciación del ministerio público porque se estima ajustada a la interpretación del inciso final del art. 55 de la Ley 136 de 1994, el que a la letra dice:

> "Art. 55 PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL: Los concejales perderán su investidura por:
>
> 1----------
>
> 2----------
>
> 3----------
>
> 4----------
>
> **"La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la respectiva jurisdicción, siguiendo el procedimiento establecido para los congresistas, en lo que corresponde."**

Deducir de este texto que el procedimiento aplicable a la desinvestidura de un concejal es única instancia, como lo es el aplicable a la de un congresista, es una interpretación razonable y coincide con la voluntad del legislador, para el cual **carecería de sentido que mientras el debido proceso frente a un congresista se satisface con un procedimiento breve y sumario, para un concejal esa garantía tendría que ser amplia y con mayores oportunidades de defensa y contradicción.**

No debe olvidarse que fue el mismo constituyente quien impuso el término breve de veinte días para la definición de las acciones de desinvestidura de los congresistas; y que el legislador al desarrollar la normatividad constitucional fue consciente que el proceso para poderse evacuar en tan breve lapso no podía tener sino una sola instancia.

Lo anterior no colide con el art. 31 de la Carta que contempla la regla de la segunda instancia para los procesos en general, porque si la misma ley puede establecer excepciones por permisión de la misma Carta, con mayor razón puede hacerlo la constitución. Y fue esta precisamente la que definió que tales asuntos deberán ser de rápida solución por estar comprometidos, en la gran mayoría de los casos, el buen nombre y el prestigio de las corporaciones de elección popular (Congreso y Concejos).

Y aunque la Ley 136 no es explícita al indicar las instancias propias de los procesos relacionados con los concejales, implícitamente se debe entender que siguen la misma suerte de los congresistas, no sólo porque donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, sino porque , de un lado, la mencionada Ley 144 de 1994 regula sólo un proceso de única instancia; y de otro, porque el art. 55 de aquélla al hablar de que el proceso de desinvestidura de los concejales seguirá el procedimiento de la aludida Ley 144, inequívocamente quiso que fuera de única instancia.

El mandato legal "siguiendo el procedimiento establecido para los congresistas, en lo que corresponde" permita esa conclusión. Si así no fuera, habría hablado del conocimiento de los tribunales en primera instancia y regulado el procedimiento a seguir en la segunda.

No cabe hablar aquí de vacío y ningún sentido tendría hacer un procedimiento brevísimo ante el tribunal para luego cumplir un trámite de segunda instancia dispendioso ante esta corporación por la vía ordinaria.

Ni siquiera en este campo puede hablarse de la competencia residual del Concejo con apoyo en el nl. 16 del art. 128 del C.C.A., porque su texto inequívocamente se refiere a asuntos de única instancia de su conocimiento privativo; y como se explicó atrás, la desinvestidura de un concejal es del conocimiento de los tribunales administrativos.

En conclusión:

a) Los tribunales administrativos conocerán, en única instancia, los procesos de desinvestidura de los concejales, por las causales indicadas en la ley.

b) El trámite del proceso será el señalado en la Ley 144 de 1994 para la desinvestidura de los congresistas.

c) En vista de que al proceso de la referencia se le dio de segunda instancia, lo así cumplido ante esta corporación está viciado de nulidad insaneable. La competencia por el factor funcional tiene este alcance, y podrá decretarse de plano la nulidad de todo lo actuado.

Por lo expuesto, el Concejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

RESUELVE:

Anúlase todo lo actuado en segunda instancia, a partir del auto de octubre 31 de 1994 (a fls 88).

En consecuencia, declárase ejecutoriada la sentencia de 3 de octubre de 1994 dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

Cópiese, notifiquese y devuélvase. Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del día 13 de diciembre de 1994.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Ausente; *Carlos Betancur Jaramillo, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreo Ruiz, Clara Forero de Castro, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva, Miren de la Lombana de Magyaroff, 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 Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno.*

Mercedes Tovar de Herrán, ausente; *Secretaria General*

ACTIVIDAD DE CONSTRUCCION. ENAJENACION DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA- Vigilancia y Control. **CONCEJO MUNICIPAL. COMPETENCIA. CONFLICTO DE COMPETENCIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. ALCALDES**

La Superintendencia de Sociedades no podía, a su talante, darle aplicación al Decreto 405 de 18 de febrero de 1994, artículo 1o. Señalando la COMPETENCIA EN LOS ALCALDES para asumir tales tareas, con olvido de lo preceptuado en el art. 313. núm. 7o. La anterior verdad jurídica lleva a la Sala a concluir que la competencia para conocer de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, corresponde a los concejos municipales a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, y, por tal motivo, las Circulares Externas Nos. 100-006 de 18 de marzo de 1994 y 100-08 de 21 de abril del mismo año de la Superintendencia de Sociedades, no podían asignarla a los Alcaldes.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Santa Fe de Bogotá, D.C., enero veinticuatro de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejo Ponente: *Doctor Julio Cesar Uribe Acosta*

Referencia Expediente número C-264. Acción de definición de competencias administrativas entre la Alcaldía de Medellín y la Superintendencia de Sociedades. Actor: Dr. Luis Alfredo Ramos Botero - Alcalde de Medellín

- I -

El Dr. LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO, Alcalde de Medellín, actuando en nombre del citado municipio, en ejercicio de la "ACCION DE DEFINICION DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS", prevista en el artículo 88 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 18 del Decreto

2304 de 1989, solicita que por la Corporación se defina el conflicto de competencias surgido entre el despacho a su cargo y la Superintendencia de Sociedades.

Por las razones que se recogen en el escrito que obra al folio 1 del cuaderno principal.

- II -

RAZONES INVOCADAS POR LAS PARTES EN CONFLICTO

POSICION DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. La perspectiva jurídica de la Superintendencia de Sociedades se recoge en las Circulares Externas Nos. 100-006 de marzo 18 de 1994 y la No. 100-08 de 21 de abril del mismo año, en las cuales y en lo pertinente, se lee:

CIRCULAR NUMERO 100-006

"En ejercicio de las facultades de inspección y vigilancia otorgadas a esta Superintendencia por el Decreto 497 de 1987 y de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1o., del artículo 3o. del Decreto 2610 de 1979, este Despacho se permite señalar el día 29 de julio de 1994, como fecha límite para que las personas naturales y jurídicas dedicadas a la enajenación de inmuebles destinados a vivienda con registro vigente al 31 de diciembre de 1993, presenten en los formularios diseñados para el efecto los estados financieros (balance general y estado de ganancias y pérdidas), correspondientes al ejercicio de 1993, elaborados de conformidad con las normas legales vigentes:

"El no envío oportuno de los estados financieros dará lugar a la imposición de sanciones pecuniarias en razón de un (1000/M/CTE.) por cada día de retardo. (Parágrafo 1o. artículo 3o. del Decreto Ley 2610 de 1979).

"La presentación de dichos estados financieros, de conformidad con el Decreto 405 del 18 de febrero de 1994 expedido por el Gobierno Nacional, se hará ante las Alcaldías de los Distritos y Municipios del país, dentro de su respectiva jurisdicción, de acuerdo al lugar de ubicación de los inmuebles que conforman el programa a desarrollar.

"Quienes hubiesen solicitado durante 1993, la cancelación del registro ante la Alcaldía respectiva deberán invocar ante el Distrito o el Municipio correspondiente dicha causal, a fin de que se proceda por el ente Municipal a la cancelación del expediente que será trasladado por la Superintendencia de Sociedades, en virtud de lo ordenado por el artículo 1o. del mencionado Decreto 405 de 1994.". (Fl. 6).

CIRCULAR N° 100-08

"ALCALDES DISTRITALES Y MUNICIPALES DEL PAIS

"Ref: Traslado de funciones de inspección y vigilancia sobre personas naturales y jurídicas dedicadas a la actividad de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

"Como es de su conocimiento el Gobierno Nacional mediante Decreto número 405 expedido el 18 de febrero de 1994, reglamentó el Decreto-Ley 078 de enero 15 de 1987 y derogó el Decreto 1555 de agosto 3 de 1988.

"De conformidad con lo ordenado en la norma anteriormente anunciada, a partir de la fecha en que se realice la entrega efectiva de los expedientes relacionados con las personas naturales o jurídicas dedicadas a la actividad de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, los Distritos y Municipios ejercerán las funciones establecidas en el Decreto-Ley 078 de 1987 que mediante Decreto 1555 de 1988 fueron trasladadas a la Superintendencia de Sociedades.

"El próximo 18 de mayo, a más tardar, la competencia para el trámite de peticiones y asuntos relacionados con la inspección y vigilancia de las personas antes mencionadas, será exclusiva de los Alcaldes Distritales y Municipales.

"En el proceso de entrega, esta Entidad ha solicitado la colaboración de los señores Gobernadores de los Departamentos, a fin de que, por su conducto, se convoque a los Alcaldes del país para realizar las diligencias de entregas ordenadas por la norma antes referida.

"No obstante, teniendo en cuenta la fecha antes indicada, y con el fin de proceder en forma rápida a la entrega, informamos a todos los Alcaldes Distritales y Municipales que los expedientes respectivos están a su total disposición en las oficinas de la Superintendencia de Sociedades en Santafé de Bogotá, (Areas territoriales Departamentos de Cundinamarca, Amazonas, Boyacá, Caquetá, Casanare, Guaviare, Guainía, Huila, Meta, Vaupés y Vichada); Barranquilla, (Areas territoriales Departamentos del Atlántico, Cesar, Guajira y Magdalena); Bucaramanga (Areas territoriales Departamento de Santander); Cali (Areas territoriales Departamentos del Valle del Cauca, Cauca, Nariño y Putumayo); Cartagena (Areas territoriales Departamentales de Bolívar, Córdoba, Sucre y San Andrés y Providencia); Cúcuta (Areas territoriales Departamentales de Norte de Santander y Arauca); Manizales (Areas territoriales Departamentos de Caldas, Quindio y Risaralda); Medellín (Areas territoriales Departamentos de Antioquía y Chocó).

"Les comunicamos, además, que la coordinación de todo el proceso de entrega se ha delegado en la doctora PIEDAD PEREZ DE ESCOBAR, Jefe de la División de Asuntos Especiales, quien suministrará toda la información que requieran a este respecto a través de las líneas telefónicas números 222-34-20 y 222-05-66 extensión 412 de la ciudad de Santafé de Bogotá.".(fls 7 - 8).

POSICION DE LA ALCALDIA DE MEDELLIN

Las razones expuestas por el Sr. Alcalde de Medellín se recogen dentro del siguiente marco:

"El despacho a mi cargo considera que la interpretación del Decreto 405 de 1994 dada por la Superintendencia de Sociedades no se ajusta a la realidad ya que con ella, sin disposición legal que lo autorice, se está radicando en cabeza de los entes municipales el control y vigilancia de las personas dedicadas a la actividad de inmuebles de que trata la Ley 66 de 1968.

"La precitada interpretación no sólo va en contravía de la nuestra sino que además, no armoniza con la previsión consagrada en el artículo 187 de la Ley 136 de 1994.

"Teniendo en cuenta lo anterior, anexamos resolución emitida por este ente municipal respecto a la declaración de incompetencia para asumir dichas funciones; copia de las circulares externas de la Superintendencia de Sociedades Nros. 100-006 y 100-08 de 1994 con el fin de que se defina este conflicto de competencias con base en el artículo 88 del Decreto 01 de 1984 subrogado por el artículo 18 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989."(Fl. 1).

- III -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) El artículo primero (1o.) del Decreto No. 0078 de 15 de enero de 1987, dispuso:

"Asignar al Distrito Especial de Bogotá y a todos los municipios del país beneficiarios de la cesión del Impuesto al Valor Agregado de que trata la Ley 12 de 1986, las funciones de intervención que actualmente ejerce el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Superintendencia Bancaria, relacionadas con el otorgamiento de permisos **para desarrollar las actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda y con el otorgamiento de permisos para el desarrollo de los planes y programas de vivienda realizados por el sistema de autoconstrucción y de LAS ACTIVIDADES**

DE ENAJENACION DE LAS SOLUCIONES DE VIVIENDA RESULTANTES DE LOS MISMOS, en los términos de la Ley 66 de 1968, el Decreto Ley 2610 de 1979 y sus disposiciones reglamentarias". (Subrayas de la Sala).

A su turno, el artículo segundo (2o.) del mismo Decreto fijó las funciones que tanto el Distrito Especial de Bogotá como Municipios deben cumplir en desarrollo del mismo, entre las cuales se cuentas las de llevar el registro de las personas naturales o jurídicas que se dediquen a las actividades contempladas en la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979; otorgar los permisos correspondientes para anunciar y/o desarrollar las actividades de enajenación de inmuebles a que se refiere el artículo 2o. De la Ley 66 de 1968; otorgar los permisos para desarrollar planes y programas de autoconstrucción, así como para anunciar y enajenar las unidades de vivienda resultantes de los mismos; controlar el otorgamiento de crédito para la adquisición de lotes o vivienda, o para la construcción de las mismas, etc., etc.

Finalmente, el Decreto No. 0497 de 17 de marzo de 1987, en sus artículos primero (1o.) y segundo (2o.), dispuso:

"Artículo 1o. Distribuir entre los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico, las funciones de inspección vigilancia sobre las personas naturales y jurídicas, que desarrollen las actividades a que se refiere la Ley 66 de 1968 y los Decretos 219 de 1969, 2610 de 1979 y 1742 de 1981.".

"Artículo 2o. El Ministerio de Desarrollo Económico ejercerá las funciones de inspección y vigilancia de que trata el artículo anterior **a través de la Superintendencia de Sociedades**, sobre todas las personas a que se refiere el mismo, con excepción de las sociedades fiduciarias que adelanten actividades reguladas por la Ley 66 de 1968, cuya vigencia integral se conserva en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Superintendencia Bancaria.".

B) En desarrollo de la anterior normatividad el Sr. Presidente de la República dictó el Decreto No. 405 de 18 de febrero de 1994, en cuyo artículo primero (1o.) se dispone:

"Artículo 1o. A partir de la fecha en que se realice la entrega efectiva a que se refiere el parágrafo de este artículo, los distritos y municipios ejercerán las funciones establecidas en el Decreto-Ley 78 de 1987, que mediante Decreto 1556 de 1988 fueron trasladadas a la Superintendencia de Sociedades.

"Parágrafo. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia del presente Decreto, la Superintendencia de Sociedades adoptará las medidas tendientes a hacer efectiva la entrega real y material de los respectivos expedientes, así como de las peticiones en curso (Subrayas de Sala).

Como se puede apreciar, en la norma transcrita no se definió si correspondía al jefe del ejecutivo municipal, esto es, al Alcalde o al Concejo Municipal el ejercicio de la vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles, pero es lo cierto que para ese entonces estaba vigente la Constitución Nacional de 1991, que en su artículo 313, numeral 7o., dispone:

"Artículo 313. Corresponde a los concejos:

"...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".

La normatividad constitucional transcrita explica bien el alcance de la Ley 136 de 1994, que en concordancia con ella preceptúa:

"Artículo 187. VIGILANCIA Y CONTROL DE LAS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y ENAJENACION DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA. Los concejos municipales ejercerán la vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, dentro de los límites señalados al respecto por las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

"PARAGRAFO TRANSITORIO. El ejercicio de las funciones y control de que trata este artículo se llevará a cabo por parte de los municipios después de transcurridos seis (6) meses a partir de la vigencia de esta ley, término dentro del cual la Superintendencia de Sociedades trasladará a los municipios los documentos relativos a tales funciones e impartirá la capacitación que las autoridades de éstos requieran para el cabal cumplimiento de las mismas". (Subrayas de Sala).

Así las cosas, se impone concluir que la Superintendencia de Sociedades no podía, a su talante, darle aplicación al Decreto 405 de 18 de febrero de 1994, artículo 1o., señalando la COMPETENCIA EN LOS ALCALDES para asumir tales tareas, con olvido de lo preceptuado en el art. 313 Núm. 7o.

La anterior verdad jurídica lleva a la Sala a concluir que la competencia para conocer de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados

a vivienda, corresponde a los concejos municipales a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, y, por tal motivo, las Circulares Externas Nos. 100-006 de 18 de marzo de 1994 y 100-08 de 21 de abril del mismo año de la Superintendencia de Sociedades no podían asignarla a los Alcaldes.

En mérito de los expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, define el conflicto de Competencias Administrativas surgido entre la Alcaldía de Medellín y la Superintendencia de Sociedades, en el sentido de declarar QUE LA COMPETENCIA PARA EJERCER LAS FUNCIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL DE LAS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y ENAJENACION DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA, corresponde a los CONCEJOS MUNICIPALES, en el caso en comento, al de MEDELLIN, y no la tienen, por consiguiente, dichas dependencias, por las razones que se dejaron expuestas en los considerandos de este proveído.

Cópiese, notifíquese y comuníquese al Señor Superintendente de Sociedades y al Sr. ALCALDE DE MEDELLIN.

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

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria.

CONFLICTO DE COMPETENCIA NEGATIVO TRIBUNALES. ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO. ACTO ADMINISTRATIVO. GENERAL. COMPETENCIA. CONSEJO DE ESTADO. PERJUICIOS MORALES. PERJUICIOS MATERIALES. INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES.

Resulta claro para la Sala, que en la demanda solicita la nulidad de un acto administrativo y pago de los perjuicios morales y materiales. Lo anterior es motivo suficiente para descartar un posible conflicto de competencia territorial para el conocimiento de este proceso. El acto administrativo demandado se refiere a una situación general, abstracta, que no trata un caso individual o determinado, por lo cual la pretensión de nulidad no es posible acumularse pretensiones de orden económico en este caso indemnización de perjuicios materiales y morales - ya que éstas deben esgrimirse a tráves de acciones posteriores que los interesados podrán interponer ante la justicia laboral ordinaria, siempre y cuando se obtenga la nulidad de las resoluciones demandadas. El artículo 128, numeral tercero del C.C.A., establece que el Consejo de Estado conocerá privativamente y en única instancia de los procesos de restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía en los cuales se controviertan actos administrativos del orden nacional.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: *Doctora Miren de la Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. C - 269. Actor: Roque J. Gómez Mancilla. Conflicto de Competencia.

Procede la Sala a resolver el conflicto de competencia negativa surgido entre los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y Atlántico, en lo que hace refe-

rencia al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el actor de la referencia.

El señor ROQUE JULIO GOMEZ MANCILLA mediante apoderado debidamente constituído entablo, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y contra la Nación Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral del acto administrativo, conformado por los siguientes documentos:

Resolución No. 0002 del 6 de enero de 1993, expedida por la Directora del Trabajo del Atlántico. Por medio de la cual se autorizó el depósito de 567 trabajadores de AVIANCA.

Resolución No. 0011 del 25 de marzo de 1993, expediente por la misma funcionaria. Mediante la cual resolvió un recurso de reposición contra la anterior.

Resolución No. 002689 del 11 de junio de 1993, proferida por el Director General del Trabajo *ad-hoc*. por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación propuesto contra la resolución inicial, en Santa Fe de Bogotá.

Como consecuencia de lo anterior. Se solicita condenar a la demandada y pagar al actor, "como consecuencia del daño sufrido y a título de resarcimiento de perjuicios, "los descriminados en el acápite "PETICIONES (LO QUE SE DEMANDA)". Del libelo demandatario que obra a folios 25 y 26.

Mediante auto fechado el 14 de julio de 1994, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub - Sección B resolvió remitir las presentes diligencias al Tribunal Administrativo del Atlántico, por competencia argumentando lo siguiente:

"Como el litigio que dio lugar a los actos acusados se originió en la ciudad de Barranquilla, en donde se profirieron los actos adminiastrativos demandados", de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 9o. del art. 132 del C.C.A., es necesario remitir las diligencia, por motivos de competencia. El Tribunal Administrativo de Atlántico. (Fls. 54 y 55).

Mediante auto el 28 de septiembre de 1994, el Tribunal Administrativo del Atlántico resolvió declararse incompetente para conocer del proceso y remitir el expediente al H. Consejo de Estado. A fin de que en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Se decide el conflicto de competencia que se plantea en esta providencia.

Las razones esgrimidas son las siguientes:

"En el presente evento nos encontramos frente a la competencia a prevención de que trata el artículo 18 del C. de P.C. Por cuanto dos de los tres actos acusados fueron expedidos en la ciudad de Barranquilla:

Las Resoluciones números 0002 y 00011 de 6 de enero y 25 de marzo de 1993, respectivamente dictada por la Directora Regional del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico y. La tercera, la Resolución número 002689 del 11 de junio de 1993." Por la cual se resuelve el un recurso de apelación, "mediante la cual se confirma la resolución citada inicialmente. Con este último acto quedó agotada la vía gubernativa, habiendo sido proferida por el Director General del Trabajo *ad-hoc* en la ciudad de Santa Fe de Bogotá. En tal virtud son competentes, a prevención, los Tribunales Administrativos del Atlántico y de Cundinamarca." (Fl. 64).

Considera el Tribunal que teniendo en cuenta que la demanda fue dirigida al Tribunal de Cundinamarca, queda clara la voluntad del actor adelantar en la capital del país el proceso. Además, como el domocilio profesional del apoderado es en Santa Fe de Bogotá, resulta mas fácil para éste atender los intereses de su representado. (Fls. 61 a 65).

Mediante Auto fechado el 2 de diciembre de 1994, el Despacho corrió traslado a las partes para que representaran sus alegatos las cuales guardaron silencio al respecto.

CONSIDERACIONES

Resulta claro, para la sala, que en la demanda presentada, se solicita la nulidad de un acto administrativo expedido por el ministerio de trabajo y seguridad social, conformado por las tres Resoluciones especificadas en el libelo.

Igualmente, como consecuencia de la nulidad, se solicita condenar a la Nación Ministerio de Trabajo y Seguridad Social al reconocimiento y pago de los perjuicios morales y materiales señaladas en la demanda.

Lo anterior, es motivo suficiente para descartar un posible conflicto de competencia territorial para el conocimiento de este proceso.

Ahora bien, como se puede observar el acto administrativo demandado se refiere a una situación general, abstracta que no trata un caso individual o determinado. Por lo cual la pretención de nulidad no es posible acumularse posteriomente

de orden económico, - en este caso indemnización de perjuicios materiales y morales ya que éstas deben esgrimirse a través de acciones posteriores que los interesados podrán interponer ante la justicia laboral ordinaria, siempre y cuando se obtenga la nulidad de las resoluciones demandadas.

El artículo 128, numeral tercero del C.C.A., establece que el Consejo de Estado conocerá privativamente y en única instancia de los procesos de restablecimiento del derecho que carezca de cuantía en los cuales se controviertan actos administrativos del orden nacional.

Por su parte, de acuerdo a la repartición de negocios y teniendo en cuenta las especialidades de cada sección, que contiene el Acuerdo 39 de 1990 expedido por esta Corporación este negocio se le asignará a la sección segunda.

En conclusión como la acción ejercitada carece de cuantía y se trata de un acto de carácter nacional, de origen laboral, debe, entonces, de acuerdo a lo expuesto, remitirse el expediente a la Sección Segunda del Consejo de Estado.

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

RESUELVE

Remíte por competencia a la Sección Segunda de esta Corporación.

Comuníquese esta decisión a los Tribunales Administrativos del Atlántico y Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Este proveído fue leído, discutido y aprobado por la Sala del día veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaría General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica. **INSUBSISTENCIA. DESVIACION DE PODER. POTESTAD DISCIPLINARIA. CARRERA ADMINISTRATIVA** - Desvinculación

El fondo de la sentencia invocada no analiza la misma situación jurídica que la contenida en la sentencia. El recurso extraordinario no tiene vocación de prosperidad por cuanto no hay discrepancia entre la jurisprudencia invocada y la sentencia impugnada. La primera trata de un acto administrativo en el cual no se tuvo en cuenta una motivación oculta, es decir que aunque no se plasmó en la providencia que lo destituyó, de las pruebas allegadas se dedujo que había conexión evidente entre los resultados de la investigación ordenada y el despido del empleado. Entre tanto, en la sentencia acusada se observa que no hubo investigación o por lo menos desde el punto de vista probatorio se dedujo la falta de evidencia de que la misma se hubiera adelantado y tan sólo se observa que un funcionario que dejó de concurrir al trabajo es declarado insubsistente por la Administración, situación que, como se ve claramente es completamente diferente a la plasmada en la jurisprudencia invocada como infrigida.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Santa Fe de Bogotá. D.C., veintiséis (26) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejera Ponente: *Doctora Miren de la Lombana de Magyaroff*

Referencia: Expediente No. S-235. Actor: Dagoberto Garzón Pérez. Recurso Extraordinario de Súplica

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de suplica interpuesto mediante apoderado por el señor Dagoberto Garzón Pérez, contra la sentencia del 23 de agosto de 1991, dictada por la Sección Segunda de esta Corporación con el fin de que sea infirmado o se le deje sin valor o efectos y, en su lugar, se confirme la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de febrero de 1982.

ANTECEDENTES

El ahora recurrente relata que fue separado del servicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento como Ayudante de Oficina 5155, grado 07. de la Sección de Secretaría.

Correspondencia y Archivo de la División de Documentación de la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué.

La Administración, afirma, se fundamentó en el hecho imputado, más no comprobado, de participar en la cesación de actividades que afectó al Ministerio en 1979, según constancia que obra en su hoja vida.

La anterior decisión fue demandada ante la Jurisdicción para solicitar la nulidad del acto, el reintegro al cargo y el reconocimiento y pago de los derechos laborales dejados de devengar.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 19 de febrero de 1982, accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la Administración no obró con base en facultades discrecionales otorgadas por la ley, sino en la participación del empleado en una suspensión de actividades ocurrida en 1979 en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En consecuencia, se le aplicó la máxima sanción disciplinaria sin seguirse el trámite establecido al efecto por la ley.

La Sección Segunda de la Corporación, al conocer de la apelación, revocó la providencia del tribunal y, en su lugar, denegó las peticiones de la demanda.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

La parte suplicante considera que con la sentencia de la Sección Segunda se contrarió la siguiente jurisprudencia:

1. Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 22 de abril de 1981 (Exp. 10739, Actor: Oscar Londoño Pineda y otros).

2. Sentencia de la Sala Plena de octubre 7 de 1982 (Exp. No. 10888, Actor Pedro Julio Mercado, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo).

3. Sentencia del 10 de septiembre de 1985 (Actor: Rafael Antonio Castillo Caicedo, Consejero Ponente: Dr. Eduardo Suescún).

La contrariedad recae, según el recurrente, en tres aspectos:

a) Siempre que se separe del servicio a un empleado, bien por destitución o bien por declaratoria de insubsistencia por razón de una acusación de cometer una falta contra el buen servicio administrativo, debe adelantarse el procedimiento correspondiente para sancionar.

b) Debe observarse la garantía constitucional del debido proceso dándosele al funcionario afectado con la acusación, la oportunidad de ser oído en descargos y de presentar las pruebas los dos visitadores administrativos recomendaron la destitución del actor por considerarlo incurso en falta grave.

Es clara, entonces, la relación entre la recomendación de destitución y el acto de insubsistencia que se expidió sin observar el procedimiento correspondiente para sancionar.

Se violó así el debido proceso, concluyó la Corporación, porque no se dio la oportunidad al demandante de responder por los cargos.

En contraposición con lo anterior, la sentencia suplicada sienta las siguientes premisas, a juicio del recurrente:

a) El buen servicio exige la separación del servicio de un empleado acusado de participar en una cesación de actividades, aunque la Administración no adelante un proceso disciplinario, o cualquier otra actuación, con citación del inculpado para comprobar la comisión de la falta imputada.

b) El buen servicio es razón que justifica el desconocimiento del derecho de defensa y el debido proceso.

c) El buen servicio es razón que justifica, también, el desconocimiento de la presunción de inocencia, que se destruye comprobando la falta cometida por el empleado, previo trámite del correspondiente proceso para imponer sanciones.

d) La declaratoria de insubsistencia no es una sanción aunque la Administración la utilice para separar a un empleado a quien se le sindica de la comisión de una falta disciplinaria.

Concluye el recurrente diciendo que so pretexto de garantizar el buen servicio no se puede anular el art. 26 de la C.N.

CONSIDERACIONES

Del recuento anterior se deduce que la parte recurrente dirige sus cargos contra la providencia dictada el 23 de agosto de 1991 por la Sección Segunda de esta Corporación por ser contraria a la Jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado sentada en las siguientes providencias:

A) Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha 22 de abril de 1981.

B) Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 7 de octubre de 1982.

C) Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha 10 de diciembre de 1985.

LA SENTENCIA ACUSADA

Mediante la Sentencia del 23 de agosto de 1991, la Sección Segunda de la Corporación sobre el expediente reconstruído, revocó la sentencia del 19 de febrero de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se pronunció en forma favorable a las peticiones de la demanda presentada por un empleado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público contra el acto mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento.

La sentencia de la Sección Segunda hace un recuento de la actuación procesal:

Establece, primeramente, que la razón aducida por el Tribunal para acceder a las súplicas del actor fue una constancia, que aparecía en la hoja de vida del empleado, según la cual la desvinculación del empleo obedecía a su participación en la cesación de actividades que hubo en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por lo cual, el Tribunal dedujo que la Administración no obró en ejercicio de facultades discrecionales sino en razón de la participación del empleado en la mencionada cesación de actividades y en tal situación el acto es en verdad de destitución por su participación en la mencionada cesación, aplicándosele la máxima sanción disciplinaria sin seguirse el procedimiento establecido por la ley para los procesos disciplinarios.

Transcribe el concepto del Ministerio Público que, en síntesis, solicita la revocación de la providencia de primera instancia porque, desde el punto de vista

probatorio, la constancia sobre la fundamentación del acto, en la cual el *a-quo* basó su decisión, no aparece en el informativo. Pero, continúa, de aceptarse la alusión hecha por el *a-quo* sobre la existencia de dicha constancia, la Sala comparte la apreciación del Ministerio Público que estimó que, de ser cierta la participación en la cesación de actividades del actor, empleado público de libre nombramiento y remoción no amparado por fuero alguno que le ofreciera estabilidad en su cargo, la declaratoria de insubsistencia estaría ajustada a derecho porque tal participación no favorece el servicio público y más si se tiene en cuenta que la huelga está prohibida en los servicios públicos.

La sentencia transcribe, igualmente, la argumentación de la parte actora en el alegato de conclusión en cuanto a la afirmación de que no hubo propiamente un paro sino una asamblea permanente de brazos caídos para presionar la solución del conflicto por parte de algunos empleados.

Al respecto, manifiesta la Sección Segunda, que aún aceptando la sutil diferencia, considera claro que el servicio exige la actividad y la diligencia en los empleados para que desempeñen sus funciones con solicitud, eficiencia e imparcialidad, conforme lo ordena el art. 6o. del Decreto 2400 de 1986 y, finalmente, se encaucen sus reclamaciones laborales por las vías legales sin recurrir a medios vedados por el ordenamiento jurídico.

Toma en cuenta la constancia en la cual el Tribunal fundó su decisión que transcribe en los siguientes términos:

> *"Que el señor **DAGOBERTO GARZON PEREZ** C.C. No. 14.216.562 trabajó en esta Administración por el término de seis años, observando buena conducta, eficiencia y responsabilidad, hasta el 28 de agosto de 1979.- Que a partir del 29 de agosto se declaró en cese (sic) de actividades y su nombramiento fue declarado insubsistente mediante Resolución Ministerial No. 10034 de diciembre 21 de 1979".*

De la anterior transcripción infiere la ausencia de relación de causalidad entre la cesación de actividades y la declaratoria de insubsistencia para tomarse ésta como una sanción.

Adicionalmente, estima que es elemental que la suspensión de actividades no puede contribuir al buen servicio y por lo mismo si un empleado se niega a trabajar lo indicado es que sea retirado de la actividad oficial justamente, recalca la Sección, por razones de buen servicio.

Explica que las actividades se suspendieron el 29 de agosto de 1979 y sólo a más de tres meses, el 21 de diciembre del mismo año, se declaró insubsistente al actor; no puede pretender un empleado público, anota la Sección, que se le reserve un puesto durante el tiempo que por su propia decisión deje de cumplir sus funciones.

Ahora, aclara la sentencia, si hubiera relación entre la suspensión de actividades y la declaración de insubsistencia no puede pensarse que si un empleado se coloca en una situación evidentemente ilegal tal circunstancia lo coloca en situación de estabilidad en el servicio o a cubierto de la facultad discrecional de la Administración, tratándose de un funcionario de libre nombramiento y remoción.

Precisa que la declaración de insubsistencia no constituye de suyo una sanción un mecanismo de movimiento de personal por razones del buen servicio y corresponde al funcionario desvinculado demostrar que no fueron esas las razones de la desvinculación sino factores de otra naturaleza. La prueba, recalca la providencia, debe ser plena y no la simple afirmación del interesado.

Transcribe la providencia de la misma Sección del 23 de octubre de 1989, por la cual resolvió un caso de idénticas características, en apoyo de la decisión adoptada.

LA JURISPRUDENCIA CONTRARIADA

En relación con la primera de las sentencias invocadas, de fecha 22 de abril de 1981, la Sala debe precisar que según el informe presentado por la Relatoría de esta Corporación, no aparece publicada en los Anales, se buscó en el archivo con resultados negativos. En razón a que tampoco fue arrimada por el recurrente no hay forma de establecer comparación alguna con la providencia que se acusa, por lo cual, por este aspecto no prospera el cargo propuesto en su contra.

Precisado lo anterior, se produce a realizar la comparación de la sentencia acusada con las restantes providencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que fueron invocadas por el recurrente y figuran en el informativo.

Sentencia del 7 de octubre de 1982 (Exp. No. 10888. Actor Pedro julio Mercado. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo).

Dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, resolvió un recurso de apelación instaurado contra una providencia del Tribunal Administrativo de Bolívar, en atención a que el asunto fue llevado por la Sección Segunda de la Corporación por su importancia.

El proyecto inicial de sentencia, que confirmaba la caducidad de la acción declarada por el *a-quo*, no tuvo el respaldo de la mayoría, por lo que fue conocido un segundo proyecto que decidió de fondo el negocio y recibió el voto mayoritario.

Aspectos tratados en la sentencia:

CADUCIDAD DE LA ACCION: En relación con la oportunidad para instaurar la acción de cuando se produce el silencio administrativo por parte de la Administración, la Sala definió que la acción podía interponerse en cualquier tiempo, con base en las siguientes consideraciones:

1. Contrario a lo afirmado por el Tribunal *a-quo* la Sala Plena estimó que la caducidad no operó en el asunto en estudio porque no puede contarse el término de caducidad de cuatro meses a partir del mes siguiente de la presunta fecha de notificación, pues para la Sala significaría dejar de ser una garantía para el administrado para convertirse en premio para la Administración morosa o negligente.

El silencio, precisa la Sala, permite al interesado acudir en cualquier tiempo a la Jurisdicción, una vez vencido el término que tiene la Administración para resolver.

2. Sólo si la Administración perdiera la competencia para resolver, vencido el mes, podría pensarse que la caducidad se produciría en la forma indicada, pero el mismo Decreto 2733 de 1959 proclama que la competencia para resolver no se pierde y, por el contrario, se conserva aún existiendo acción ante la Jurisdicción hasta antes de producirse sentencia definitiva.

3. El derecho de petición no impone a los funcionarios una abstención sino una conducta positiva que es la contrapartida de la posibilidad de formular comedidas peticiones y obtener respuesta. La Administración debe cumplir su deber so pena de incurrir en sanciones disciplinarias.

La Administración no se libera de responder, por el mero transcurso del tiempo y un estatuto que sí lo estableciera sería inconstitucional.

4. El silencio es una de las salidas para que el administrado que no reciba respuesta oportuna de la Administración pueda acudir a la vía jurisdiccional con fines de restablecimiento.

Se evita así que la Administración maneje a su capricho el derecho de acción porque si el silencio no constituyera una forma de agotamiento de la vía adminis-

trativa no podría hacer valer sus derechos a nivel jurisdiccional ya que el agotamiento es condición previa para acudir a la jurisdicción.

El silencio es una garantía para el administrado no sólo porque le permite dar por cumplido el agotamiento de la vía gubernativa sino porque constituye una forma de sanción para la Administración morosa.

EL FONDO DEL ASUNTO: El caso resuelto por la Sala tenía como presupuestos de hecho, debidamente comprobados, los siguientes:

- Mediante Resolución un empleado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Administración de Aduanas de Cartagena) fue suspendido del ejercicio de su cargo, sin derecho a remuneración y por un término de doce meses.

- El empleado en cuestión estaba inscrito en carrera administrativa y devengaba el sueldo correspondiente al cargo.

- Contra la Resolución sancionatoria el efecto interpuso los recursos de reposición y de apelación, que la Administración no resolvió.

Explica la Sala que el acto cuestionado se expidió en vigencia del estado de sitio declarado para todo el territorio nacional por el Decreto 2131 del 7 de octubre de 1976, con base en el cual se expidió el Decreto 2132 de la misma fecha por el cual se permitió la suspensión de los empleados de carrera que participaran en huelgas o reuniones tumultuarias o que entrabaran o impidieran la prestación del servicio o incitaran a participar en tales hechos, sin llenar los requisitos legales para tal suspensión y por un término no inferior de seis meses, ni mayor de doce (art. 2o.).

El mismo decreto suspendió las normas sobre garantías y demás efectos de dichas carreras (art. 3o.).

La Sala precisa que aunque el Decreto 2132 produjo el efecto de suspender las leyes sobre carrera administrativa no puede producir el efecto de suspender las garantías establecidas en la C.N. (art. 26) de la época, por las cuales se impone el juzgamiento con imputación de un hecho definido como falta y con audiencia del presunto responsable que puede presentar pruebas y alegaciones de descargo.

El acto debe tener, además, motivación suficiente con imputación de la falta cometida, enmarcada en el estatuto previo que la haya establecido y con señalamiento de los recursos posibles, garantías mínimas que operan en el campo de las sanciones o meramente administrativas.

De no hacerse en la forma indicada se estaría suspendiendo la norma constitucional mediante decreto.

Por considerarlo ajustado a la más seria doctrina constitucional, manifiesta compartir el pensamiento que sobre el particular ha expuesto la Sección Segunda, cuya sentencia del 6 de junio de 1981 transcribe en sus apartes pertinentes y que hace suyos para decidir el caso, en cuanto que mediante la legislación de excepción lo suspendido son las prerrogativas legales y reglamentarias con las que la carrera protege a sus escalafonados pero no los derechos y garantías sociales inherentes a la persona humana como el derecho de defensa establecido en el art. 26 de la C.N.

Con base en las anteriores consideraciones anuló el acto acusado y ordenó restablecer el derecho, condenando a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público a pagar los sueldos, etc., dejados de devengar durante el período de suspensión y consideró que durante dicho período no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio por parte del empleado.

Se observa, en primer término que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se ocupó del asunto por considerar de primordial importancia el aspecto de la caducidad de la acción y por ello gran parte de la providencia discurre sobre el aspecto en mención que no está debatido en el recurso extraordinario de súplica y por lo mismo por dicho aspecto no prospera.

De otra parte, observa la Sala, el fondo de la sentencia invocada el 7 de octubre de 1982 no analiza la misma situación jurídica que la contenida en la Sentencia impugnada mediante recurso extraordinario de súplica porque, mientras en la primera se trata de una suspensión en el cargo de un funcionario de carrera, lo que implica el estudio de la motivación del correspondiente acto administrativo, como en efecto se hace, para llegar a la conclusión expuesta con base en las pruebas allegadas, en la providencia atacada se examina la declaratoria de insubsistencia de un empleado que no pertenecía a la carrera administrativa.

Así las cosas, por este aspecto no prospera el recurso de súplica extraordinaria.

Sentencia del 10 de septiembre de 1985:

Mediante la cual se resolvió un recurso extraordinario de súplica contra la sentencia del 18 de octubre de 1983 por la cual, la Sección segunda de la Corporación, se inhibió para un pronunciamiento de fondo por estimar que la demanda que dio origen al proceso era inepta.

La Sala estimó que el recurso era procedente y que el pronunciamiento debía ser de mérito por cuanto la demanda no podía considerarse como inepta en atención a que la jurisprudencia que se invocó como contrariada, efectivamente, sentaba la tesis de que el acto de insubsistencia es de conocimiento de la Jurisdicción porque en relación con dicho acto no hay vía administrativa; para el fallo recurrido en cambio era preciso demandar lo resuelto en la vía gubernativa so pena de ineptitud de la demanda.

En estas condiciones infirmó la sentencia de la Sección Segunda que era inhibitoria.

Al examinar en sede la instancia la sentencia del Tribunal,la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidió confirmarla, con base en los siguientes argumentos:

La conclusión a la que llegó el Tribunal sobre la motivación oculta del acto de insubsistencia resulta válida porque el Ministerio de Justicia adelantó una investigación administrativa por una fuga de procesos ocurrida el 18 de septiembre de 1978 (mes y veinte días antes de proferir el acto cuestionado), investigación que terminó el 22 de septiembre de 1978 con un informe en el cual los investigadores recomendaron la destitución del actor por incurrir en falta grave.

La vinculación entre la recomendación de destitución y el subsiguiente acto de insubsistencia aparece clara y, se deduce, se produjo sin seguir el procedimiento para sancionar, con violación de la garantía constitucional del debido proceso porque no se dio al demandante la oportunidad de responder los cargos que se le imputaban.

En esta, como en la anterior sentencia, la Sala analiza el problema en sede de instancia por cuanto consideró violada la jurisprudencia vigente en cuanto a un aspecto procesal.

En efecto, mientras la Sección consideró que no era procedente el análisis del problema de fondo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo encontró que procedía dicho estudio por cuanto la demanda no podía considerarse como inepta.

Desde este punto de vista, el recurso extraordinario no tiene vocación de prosperidad por cuanto no hay discrepancia desde el punto de vista procesal entre la jurisprudencia invocada y la sentencia impugnada.

En relación con el aspecto de fondo, la Sala debe precisar que en la sentencia del 10 de septiembre de 1985, se trata de un acto administrativo en el cual no se

tuvo en cuenta una motivación oculta, es decir, que aunque no se plasmó en la providencia que lo destituyó, de las pruebas allegadas se dedujo que había conexión evidente entre los resultados de la investigación ordenada y el despido del empleado.

Entre tanto, en la sentencia acusada se observa que no hubo investigación o por lo menos desde el punto de vista probatorio se dedujo la falta de evidencia de que la misma se hubiera adelantado y tan solo se observa que un funcionario que dejó de concurrir al trabajo es declarado insubsistente por la Administración, situación que, como se ve claramente es completamente diferente a la plasmada en la jurisprudencia invocada como infringida.

Así las cosas, por este aspecto tampoco prosperan las razones de las súplicas extraordinaria.

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

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.

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

FALLA:

No prospera el Recurso Extraordinario de Súplica, por las razones expuestas en la parte motiva.

En firme esta providencia vuelva el expediente a su lugar de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reitera la sentencia de 24 de febrero de 1995, Expediente: S-328, Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández,* Actor: Capitalizadora Grancolombiana.

RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. SENTENCIA DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA. CONSEJO DE ESTADO. COMPETENCIA. CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA. ANALOGIA - Improcedencia

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no le señaló a la ley competencia para conocer del citado recurso extraordinario de revisión. En la materia que se estudia parece conveniente recordar que tanto en el artículo 186 del C.C.A., modificado por el Decreto 2304 de 1989, artículo 50, como en los artículos 25 y 26 del Código Civil (sic), se señala claramente que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil , es competente para conocer de los RECURSOS DE REVISION que no estén atribuídos a los tribunales superiores y que éstos son competentes para desatar los que se interpongan contra las sentencias dictadas por los jueces de circuito. Definición con igual o parecido alcance ha debido hacerse en la Ley 144 de 1994, pues la competencia no se fija por analogía, verdad jurídica que acepta el mismo recurrente en el escrito en que sustenta el recurso. La sala no hace suya la perpectiva jurídica que maneja el mandatario judicial del demandante cuando afirma que el Consejo de Estado sí tiene competencia para conocer del recurso con apoyo en la CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA, pues no siempre el juez que conoce del proceso y lo falla, es el competente para conocer del RECURSO DE REVISION. Ya se vió en antes cómo la ley es muy celosa en señalar el juez competente para conocer del citado medio de impugnación. La materia es tan delicada y sensible, a la luz de la ley y el derecho, que no es posible llegar a una definición del asunto utilizando los distintos medios que tradicionalmente se enseñan para que según el método utilizando se llegará a fijar la competencia en jueces distintos según la orientación certeza y seguridad jurídicas.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Santa Fe de Bogotá, D.C., Enero treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente -Rev. No. 101. Recurso Ordinario de Súplica. Actor: César Pérez García

Procede la Sala a resolver el recurso *ordinario de súplica*, interpuesto por el apoderado del Dr. César Pérez García, contra el auto calendado el día diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferido por el Consejero Conductor del proceso, en virtud del cual DISPUSO:

"1o.- INADMITASE el recurso extraordinario especial de revisión interpuesto por el ciudadano CESAR PEREZ GARCIA, contra la sentencia de 18 de enero de 1994, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

"2o. - DEVUELVANSE el poder y el memorial contentivo del recurso, sin necesidad de desglose, al actor.

"3o.- RECONOCESE al doctor César Castro Gárces como apoderado judicial del señor César Pérez García, al tenor del memorial poder visible al folio 1 de expediente". (fl. 43, C.1).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente de la providencia recurrida, en la cual se razona judicialmente dentro del siguiente universo:

"El señor CESAR PEREZ GARCIA, mediante escrito dirigido a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, presentado por conducto de apoderado el 28 de octubre de 1994 ante la Secretaría General de esta Corporación, interpuso el recurso extraordinario especial de revisión consagrado en el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, en contra de la sentencia de 18 de enero de 1994 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la cual se decretó la pérdida de investidura del señor CESAR PEREZ GARCIA.

"Pretende el recurrente "Que se revoque la sentencia emanada por (sic) el Honorable Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, proferida el 18 de enero de 1994, y mediante la cual decidió decretar la pérdida de investidura de congresista del doctor CESAR PEREZ GARCIA".

"Relaciona como normas jurídicas violadas los artículos 29 de la Constitución Nacional y 266 y siguientes de la Ley 05 de 1992 y en torno de las mismas

expresa el concepto de la violación, sobre el cual solicita la modificación del fallo impugnado en sentido de que la conducta del recurrente "no constituye un conflicto de interés conforme a la normatividad jurídica vigente y a la existente al momento de proferirse la sentencia acusada".

"Corresponde entonces a esta Sala Unitaria pronunciarse sobre la admisibilidad o no del recurso extraordinario especial de revisión y a ello se procede de acuerdo con las siguientes consideraciones:

"1. Fundamenta el recurrente el recurso aludido, en lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 144 de 1994 cuyo texto es del siguiente tenor:

"Artículo 17. Recurso Extraordinario Especial de Revisión, interpuesto dentro de los cinco (5) años siguientes a su ejecutoria las sentencias mediante las cuales haya sido levantada la investidura de un Parlamentario, por las causales establecidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, y por las siguientes:

"a.- Falta del debido proceso.

"b.- Violación del derecho de defensa.

"c.- No haberse agotado el procedimiento interno en la respectiva Corporación y proferido las declaraciones de ambas Cámaras conforme al trámite establecido en el Reglamento del Congreso contenido en la Ley 5a. del 17 de junio de 1992".

"2.- Del examen detenido tanto de la norma que se acaba de transcribir, como de las demás disposiciones de la Ley 144 de 1994, se concluye que si bien el legislador consagró el recurso extraordinario "especial" de revisión, no determinó en cambio, ante cuál autoridad judicial debía interponerse, tramitarse y decidirse, es decir, que se omitió en la mencionada ley atribuir la competencia respectiva. Tal omisión, como se verá, trae consecuencias procesales de la mayor trascendencia. En efecto:

"Característica inherente de la competencia es la de que ésta se atribuye y modifica por voluntad de la ley, sin que le sea legal o constitucionalmente posible al juzgador asumir, por sí y ante sí, sin respaldo en expresa disposición legal, el conocimiento de una determinada acción o recurso.

"En el caso que ahora se examina es evidente que para el conocimiento del Recurso Extraordinario Especial de Especial previsto en el artículo 17 de la Ley 144 de 1994 se reguló lo relacionado con el término para interponerlo, las sentencias susceptibles del mismo y las causales que permitan formularlo, pero sin determinar la autoridad que debía conocer de dicha impugnación.

"Así las cosas, ante la omisión referida, se considera que en los actuales momentos no puede la Sala Plena del Consejo de Estado entrar a conocer del recurso extraordinario especial de revisión dado que, de una parte, no existe disposición legal que así lo permita y, de otra, no puede la Corporación por voluntad propia asumir dicho conocimiento en razón de la naturaleza misma de la providencia cuestionada y de las características propias tanto de la impugnación, como del mismo recurso.

"Cabe señalar como la providencia, extraordinaria y especialmente recurrida, es una sentencia de única instancia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Para este Despacho, dentro de la estructura y finalidad misma de los medios de impugnación, en tratándose de un recurso que pretende modificar en su totalidad la sentencia dictada por la Sala Plena en su totalidad la sentencia dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, esta misma Sala carece de competencia para conocer de aquel y decidirlo, entre otras, por la absoluta razón de que el legislador en momento alguno le atribuyó esa "especial" competencia sobre el también extraordinario y "especial" recurso de revisión consagrado en el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, sin que sea valedero acudir a interpretaciones analógicas para atribuir esa competencia, dado que el mismo carácter exceptivo, especial y extraordinario del recurso comentado, impone así mismo un criterio interpretativo de excepción y restringido, sometido a las limitaciones que sobre el particular se deriven de los textos legales regulado de la figura procesal aludida.

"Precisamente por lo anterior, este Despacho considera que no hay lugar a la aplicación analógica de los dispuesto en el artículo 186 del C.C.A., norma que atribuye la competencia para conocer del recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 185 ibídem, a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de las sentencias dictadas **por las Secciones** del Consejo de Estado, pero con exclusión de los magistrados que intervinieron en su expedición. Por vía de hipótesis, cabe preguntarse ¿cómo podría aplicarse esa disposición frente a un recurso extraordinario "especial", contara sentencia no dictada por alguna de las "secciones" de la Corporación y frente al cual no podrían excluirse los magistrados que dictaron la providencia recurrida, por cuanto ello implicaría la exclusión total de los integrantes de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que suscribieron la providencia?

"Como bien puede entenderse, la omisión legislativa para asignar la competencia y determinar además la tramitación de recurso extraordinario especial de revisión tiene serias repercusiones de índole constitucional, legal y procesal, solo regulables mediante la expedición de las normas legales que organi-

cen tales materias. Entre tanto, no podrá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ni ninguna de sus Secciones, ni ninguna otra autoridad judicial, conocer de este tipo tan especial de recurso, sopena de contrariar la ley y el derecho, al pretender arrogarse competencia que no le ha sido asignada de manera expresa.

"En el anterior orden de ideas, la situación real frente a la cual se encuentran el hoy recurrente, no es otra distinta a la de que ni en la ley que consagró el recurso extraordinario especial de revisión, ni en norma anterior o posterior, se determinó la autoridad judicial ante la cual éste podía interponerse y tramitarse, de donde se concluye que en la actualidad la competencia para conocer del referido recurso no ha sido asignada y, consecuencialmente, no puede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado asumir el conocimiento del presente recurso, hasta tanto el legislador determine esa competencia.

"Refuerza la anterior conclusión, el criterio ya expresado en anteriores oportunidades, según el cual corresponde a la propia ley adscribir la competencia. En providencia de este Despacho fechadas el 2 de diciembre de 1991, expediente No. 7055, actor: Wiston Rubio Segura, y expediente No. 0036, actor: Ramón Solano Roldán, así como en la de 26 de febrero de 1992, del despacho del señor Concejero Jaime Abella Zárate, en lo pertinente se dijo:

"b) Efectivamente, la expresión genérica 'autoridad judicial' no es suficiente para que el interesado impetre ante cualquier entidad judicial la pretensión de cumplimiento de una ley o de un acto administrativo.

"c) Bien sabido es que en materia relacionada con las competencias, es la ley quien las define, las adscribe y las distribuye, normatividad que para la hipótesis del art. 87 de la Nueva Constitución, hasta el momento no se ha creado."

"Para esta Sala Unitaria la situación es similar a la de los casos referidos en cuanto que, tanto en aquellos como en el presente, no existe norma legal que asigne la competencia para conocer allí de la acción de cumplimiento, acá del recurso extraordinario especial de revisión, salvo en materia relacionada con el medio ambiente (Ley 99 de 1993, art. 77), lo que conduce a la misma conclusión, esto es, a la inadmisión del recurso". (fl. 37-43, C.I.).

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 44 y siguientes del cuaderno No. 1, obra el escrito en el cual el mandatario del demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica,

orientados a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta, en lo pertinente, dentro de la siguiente óptica:

"1.- La Constitución Nacional de 1991, establece en el artículo 237, las atribuciones del Consejo de Estado.

"En el numeral quinto prevé:

"Conocer sobre los casos de pérdida de la investigación de los Congresistas, de conformidad con esta constitución y la ley".

"A su turno el artículo 184 de la misma carta señala:

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

"En la primera de las normas transcritas, notamos como el legislador atribuyó al Honorable Consejo de Estado, la competencia para conocer de manera privativa los proceso que se adelanten en materia de pérdida de la investidura de los congresistas; esta disposición constitucional es clara y no deja lugar a dudas de que es el Consejo de Estado de acuerdo con la ley, a quien le corresponde conocer los eventos de pérdida de investidura de los congresistas. La norma constitucional no establece ninguna distinción, puesto que con carácter general le atribuye el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo la competencia para conocer todos los asuntos relativos a la pérdida de la investidura de los congresistas; y existe una regla básica de hermenéutica jurídica que enseña que donde la ley no distingue, no les es dable al intérprete hacerlo.

"Esta cláusula general de competencia en cabeza del Consejo de Estado, fue reiterada por la propia Constitución en el artículo 184 antes transcrito, por lo que es incuestionable, la facultad de esta corporación, para conocer y adelantar todos los asuntos referentes a la pérdida de la investidura de los congresistas.

"El auto del 10 de noviembre de 1994, objeto del presente recurso, parte de una premisa cierta, al consagrar que una característica de la competencia es que se atribuye o modifica por la ley, haciendo imposible tanto legal como constitucionalmente al juzgador asumir por si y ante si sin respaldo legal el conocimiento de una determinada acción o recurso.

"Aunque esta premisa es cierta, además de ser una de las bases fundamentales y primordiales del Estado de Derecho, en donde la competencia de las autoridades está plenamente determinada y consagrada en la ley, no es aplicable

al presente caso, porque claramente la Constitución Nacional en dos artículos atribuyen expresamente al Consejo de Estado, la competencia para conocer los casos de pérdida de la investidura de los Congresistas. Por lo tanto, no es cierto que el Consejo de Estado carezca de competencia para conocer del presente recurso porque el conocimiento de este hace parte integrante de la Cláusula general de Competencia que tiene, por estar consagrado dicho recurso en la misma ley que reglamentó el procedimiento de la pérdida de la investidura de los congresistas.

"2.- El desarrollo de las normas Constitucionales anteriormente mencionadas, el Congreso de la República, expidió la Ley 144 de 13 de julio de 1994, "por la cual establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas".

"El artículo primero de la precitada ley consagra:

"El Consejo de Estado en pleno, conocerá y sentenciará en única instancia los procesos relativos a la pérdida de la investidura de los congresistas a solicitud de la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o de cualquier ciudadano y por las causales establecidas en la constitución y en ley, en especial, la Ley 5. de 1992, en sus artículos 292 y 298.

"Parágrafo. Por Consejo de Estado en pleno se entiende la reunión donde tiene derecho a participar los miembros de las diferentes salas que lo componen, esto es, la de lo Contencioso Administrativo y la Consulta y Servicio Civil, conforme a lo establecido en el artículo 298 de la Ley 5. de 1992".

"De la lectura del artículo anterior, fácilmente se aprecia que el legislador estableció la competencia para conocer de los procesos relativos a la pérdida de la investidura de los Congresistas, al Consejo de Estado en pleno, por lo tanto, es a esta corporación a quien en virtud de la ley, le corresponde fallar y sentenciar este tipo de procesos.

"No entendemos como el auto impugnado, en forma censurable, sustenta su posición de inadmitir el recurso por falta de competencia señalando que el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, que consagra el recurso extraordinario especial de revisión, regula lo relacionado con el término para interponerlo, las sentencias susceptibles del mismo y las causales que permiten formularlo. **pero sin determinar la autoridad que debía conocer de dicha impugnación.** (el subrayado es nuestro).

"La interpretación que hace el Consejero Ponente de la normatividad que consagra la Ley 144 de 1994, es contraria a nuestro ordenamiento jurídico, por

cuanto está analizando y estudiando en forma aislada el contenido de su artículo, en vez de hacerlo en una forma armónica, conjunta e integral, para encontrar su verdadero sentido natural y obvio.

"En efecto, nuestro Código Civil consagra en el capítulo IV del Título Preliminar varias formas de interpretación de la ley, entre las que tenemos:

"A. Interpretación Sistémica: Prevista en el artículo 30, en donde se consagra que el contexto de la ley, servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

"B.- Interpretación Extensiva. A su turno el artículo 31, dice la norma que no favorable u odioso de una disposición no se tomará para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido.

"Por lo tanto, no se ajusta al orden jurídico colombiano, la forma de interpretación aislada que el Consejero Ponente le dio al texto del artículo 17, de la Ley 144 de 1994, por cuanto, ha debido estudiar y analizar, el contexto íntegro de la ley, según el método de interpretación sistemática que rige en nuestro ordenamiento, y de esta forma, concluir si efectivamente el Consejo de Estado según el análisis integral de la Ley 144 de 1994, posee o no competencia para decidir el recurso. El Honorable Consejero ponente se limitó a estudiar el contenido del artículo 17 que consagra el recurso extraordinario y especial de revisión, en forma individual y aislada, olvidándose del contexto general de la ley y de la correspondencia y armonía de su sentido, y lo que es mas grave aún, desconociendo las normas constitucionales.

"De otro lado, la Ley 144 del 13 de julio de 1994, por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas, reguló íntegramente la materia, por lo que ella contiene todo lo relacionado con el procedimiento de pérdida de investidura de los congresistas, inclusive la competencia para conocer el mismo, ya que como es bien sabido, la competencia para conocer el mismo, ya que como es bien sabido, la competencia es un elemento integrante del procedimiento, por lo tanto, el recurso extraordinario especial de revisión previsto en el artículo 17 de la referida ley, debe mirarse como parte del proceso de pérdida de investidura de los congresistas y no, como se hizo en el auto impugnado, en forma solitaria y aislada del marco conceptual de la ley.

"3.- En su auto del 10 de noviembre de 1994, el Consejo de Estado desconoce principios básicos de nuestro derecho constitucional y del sistema procesal colombiano, tales como:

"El principio de acceso a la Administración de Justicia previsto en el artículo 229 de la Constitución Nacional en los siguientes términos:

"Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia".

"Este principio constitucional, es desarrollo de normas que de tiempo atrás ha acogido nuestro legislador para garantizar este derecho de acceso a la administración de justicia. Es así como la Ley 153 de 1887, prohibe expresamente al juzgador que so pretexto de falta de norma jurídica aplicable profiera fallos inhibitorios.

"De la misma manera consagró en el artículo 48 de la precitada ley, que los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia.

"Para evitar este tipo de situaciones, nuestro sistema procesal ha previsto la cláusula general de competencia, que para el caso sub-judice, está consagrada constitucionalmente en el artículo 237, de la Carta, y en el artículo 97, numerales 2 y 4 del Código Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

"ART. 97. Subrogado. D.E. 2288/89, art. 7o. Integración y atribuciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

"...

"2.- Conocer de todos los procesos de competencia del Consejo de Estado que no estén asignados a las secciones.

"...

"4.- Resolver los recursos extraordinarios que sean de su competencia".

"En virtud de lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, no puede negarse a conocer o tramitar el Recurso Extraordinario Especial de Revisión previsto en el artículo 17 de la Ley 144, ya que por mandato expresado de la Constitución Nacional y del Código Contenciosos Administrativo, ella debe hacer uso de la cláusula general de competencia mencionada y asumir el conocimiento del Recurso extraordinario impetrado por el Doctor César Pérez García, de no hacerlo así estaría violando la constitución y las demás leyes que le atribuyen esa facultad, por denegación de justicia.

"El Recurso Especial de Revisión, hace parte integrante del procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas, y por lo tanto, la competencia para conocer del mismo es de esa corporación, tal como lo prevé el artículo

primero de la Ley 144 de 1994. Al no haberse realizado un estudio con la debida correspondencia y armonía del texto general de la ley, fue por lo que erróneamente se concluyó que el Consejo de Estado carecía de competencia para conocer el Recurso Extraordinario Especial de Revisión invocado.

"Por las consideraciones anteriormente expuestas considero que el recurso de súplica, de prosperar puesto que es menester amparar el derecho fundamental de mi presentada al acceso a la justicia, que ha sido vulnerado por el auto del 10 de noviembre de 1994, y en su reemplazo ordena que se admita el Recurso Extraordinario Especial de Revisión previsto en el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, invocado por el Doctor César Pérez García.

"SOLICITUD RECUSACION DE LOS MAGISTRADOS DE LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

"En virtud de lo señalado en el artículo 160 del Código Contencioso Administrativo, me permito recusar a todos los Consejeros que participaron en la aprobación de la sentencia de fecha 18 de enero de 1994, objeto de recurso impetrado, mediante la cual se decretó la pérdida de la investidura de Congresistas del doctor Cesar Pérez García.

"Invoco como causal de Recusación, la consagrada en el numeral segundo del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, que señala:

"Haber conocido el proceso en instancia anterior, el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes radicado en el numeral presente".

"Esta recusación se basa en los siguientes hechos:

"1.- Mediante sentencia proferida el día 18 de enero de 1994, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decretó la pérdida de la investidura del Congresista, Doctor César Pérez García.

"2.- Esta decisión fue tomada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con intervención de todos los consejeros que la contienen.

"3.- Por mandato expreso de la ley, todos aquellos consejeros que de una u otra forma participaron en la decisión, quedaron incursos en la causal de Recusación Invocada.

"Por lo tanto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo debe proceder a nombrar conjueces, tal y como lo prevé el artículo 99 del Código Contencioso Administrativo, para que sean estos quienes decidan el Recurso.

"Por último, cabe anotar, que por mandato expresa del artículo primero de la Ley 144 de 1994, la decisión que resuelva el Recurso debe ser tomada por el

Consejo de Estado en pleno, esto es por la sala plena de lo Contencioso Administrativo incluyendo a los honorable consejeros que conforman la sala de Consulta y Servicio Civil". (Fl. 44-54, C.I)

-III-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Como el recurrente plantea en su escrito dos asunto distintos, pero que tienen íntima conexión con la solución que se le de al problema de fondo, la Sala se ocupará, en primer lugar, de despachar la materia relacionada con el RECURSO DE SUPLICA, interpuesto contra el auto de diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

La Sala confirma la providencia recurrida, pues ella se ajusta, en todo su universo, a la ley y al derecho. No hace parte de ella la Sala de Consulta, en acatamiento a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-319 de julio 14 de 1994.

En el caso *sub-examine* no hay espacio para la duda que impida concluir que el legislador, al consagrar el RECURSO DE REVISION, contra las sentencias mediante las cuales se ha dispuesto la pérdida de investidura, no determinó el juez u órgano judicial competente para conocer del mismo. El artículo 17 de la Ley 144 de 13 de julio de 1994, se limitó a preceptuar:

"Artículo 17. Recurso extraordinario de revisión. Son susceptibles del Recurso Extraordinario Especial de Revisión, interpuesto dentro de los cinco (5) años siguientes a su ejecutoria las sentencias mediante las cuales haya sido levantada la investidura de un Parlamentario, por las causales establecidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, y por las siguientes:

"a) Falta del debido proceso.

"b) Violación del derecho de defensa

"c) No haberse agotado el procedimiento interno en la respectiva Corporación y proferido las declaraciones de ambas Cámaras conforme al trámite establecido en el Reglamento del Congreso contenido en la Ley 5a. del 17 de junio de 1992".

Dentro del anterior marco legal resulta claro que a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no le señaló la ley competencia para conocer del citado recurso extraordinario de revisión. En la materia que se estudia parece conveniente recordar que tanto en el artículo 186 del C.C. Adminis-

trativo, modificado por el Decreto 2304 de 1989, artículo 50, como en los artículos 25 y 26 del Código Civil, (Sic) se señala claramente que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, es competente para conocer de los RECURSOS DE REVISION que no estén atribuídos a los tribunales superiores y que éstos son competentes para desatar los que se interpongan contra las sentencias dictadas por los jueces de circuito. Definición con igual o parecido alcance ha debido hacerse en la Ley 144 de 1994, pues la competencia no se fija por analogía, verdad jurídica que acepta el mismo recurrente en el escrito en que sustenta el recurso.

La Sala no hace suya la perspectiva jurídica que maneja el judicial del demandante cuando afirma que el Consejo de Estado sí tiene competencia para conocer del recurso con apoyo en la CLAUSULA GENERAL DEL COMPETENCIA, pues no siempre el juez que conoce del proceso y lo falla, es el componente para conocer del RECURSO DE REVISION. Ya se vió en antes cómo la ley es muy celosa en señalar el juez competente para conocer del citado medio de impugnación. La materia es tan delicada y sensible, a la luz de la ley y el derecho, que no es posible llegar a una definición del asunto utilizando los distintos medios que tradicionalmente se enseñan para interpretar la ley. Si esto fuera factible, podría ocurrir que según el método utilizado se llegará a fijar la competencia en jueces distintos según la orientación jurídica del magistrado, lo que resultaría contrario la certeza y seguridad jurídicas.

Sobre la materia que se estudia, se recuerda que en providencia de tres (3) de noviembre de 1994, expediente No. REV. -099, Actor: BENIGNO ARTURO AFANADOR, Magistrado Ponente Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, se dijo:

> "La filosofía que ha informado a los recursos extraordinarios en materia contencioso administrativa ha sido la de que la competencia corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y que proceden contra las decisiones (autos y sentencias) de las Secciones de la referida Sala.
>
> "No se ha concebido que puedan cuestionarse a través de los recursos extraordinarios las decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo por cuanto ésta, desde el punto de vista del factor funcional que determina la competencia, no tiene superior jerárquico.
>
> "Admitiendo que el Juez competente para conocer del recurso extraordinario de revisión sea el Consejo de Estado, en razón de que el artículo 184 de la Carta Política le adscribió la competencia para conocer de los procesos de

pérdida de investidura de los congresistas, y, aceptando que aunque no existe procedimiento para su trámite sería aplicable el previsto en los artículos 185 y siguientes del C.C.A., se requeriría de una ley, que no ha sido expedida, que precisara quiénes integran ese Juez, pues el artículo 186 ibídem excluye a los Consejeros de la Sección que profirió la decisión.

Por las razones expuestas, el recurso no tiene vocación de prosperidad.

B) Como el apoderado de la parte actora, al final de su escrito, RECUSA A LOS MAGISTRADOS "...que participaron en la aprobación de la sentencia de 18 de enero de 1994, objeto del recurso impetrado...", la Sala la rechazará de PLANO, pues no siendo competente para conocer del recurso de revisión, mal podría embarcarse en su conocimiento y tramitación, sin manejar VIVENCIAS DE CONTRADICCION. La sola circunstancia de que la Corporación decidiera tramitar la recusación sería aceptación de la competencia para conocer y tramitar el recurso interpuesto.

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

RESUELVE:

1o) CONFIRMASE el auto calendado el diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferido por el Consejero Ponente, dentro del expediente del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

2o) Recházase de plano la recusación propuesta por el apoderado de la parte actora contra los magistrados que participaron en la aprobación de la sentencia de 18 de enero de 1994.

Cópiese y notifíquese

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

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.

INAPLICACION POR INCONSTITUCIONALIDAD. TRIBUNAL SUPREMO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINARIO - Improcedencia (Aclaración de Voto)

Estimo que el artículo 17 de la Ley 144 de 1994 en cuanto consagra el recurso extraordinario especial de revisión contra la sentencia en que se decretó la pérdida de investidura de los Congresistas es inconstitucionalidad y debe por ello inaplicarse, a la luz de lo preceptuado en el artículo 4o. de la Carta Política, por las siguientes razones: En primer lugar, al haber dispuesto el artículo 184 de la Carta Política que la pérdida de investidura de los Congresistas sea decretada "en un término no mayor a veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud", dicho término, por su carácter perentorio e improrrogable, y atendiendo el procedimiento especial señalado en la Ley 144 de 1944, hace imposible la interposición de dicho recurso extraordinario especial. En segundo lugar, siendo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la encargada de cumplir las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, según las previsiones de los artículos 236 y 237 de la Constitución Política y la interpretación que sobre éstos ha sentado esta corporación y la Corte Constitucional, sus decisiones no pueden ser susceptibles de recurso alguno por cuanto no existe organismo jurisdiccional alguno que pueda ser, dada esa calidad, su superior jerárquico desde el punto de vista funcional. Al analizar detenidamente la regulación en materia de recursos extraordinarios contemplada en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo fácilmente se advierte que ellos solamente proceden ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo contra las providencias de las Secciones de dicha Sala, con lo cual se le ha atribuído a aquélla, una competencia funcional, lo cual implica reconocerle, con carácter excepcional, la calidad de superior jerárquico desde el punto de vista funcional de las

Secciones. En cambio no se ha previsto la posibilidad de ejercitar dichos recursos extraordinarios contra las providencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por el carácter de ésta, como ya se anotó, de Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, denominación que descarta la posibilidad de existencia de un superior jerárquico funcional.

ACLARACIÓN DE VOTO DEL DOCTOR ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

Referencia: Expediente No. REV-101. Actor: César Pérez García

Aún cuando comparto la decisión de la Sala confirmatoria del auto suplicado, inadmisorio éste del recurso extraordinario especial de revisión interpuesto por el actor, sin embargo considero necesario precisar lo siguiente:

1o): Estimo que el artículo 17 de la Ley 144 de 1994 en cuanto consagra el recurso extraordinario especial de revisión contra las sentencias en que se decretó la pérdida de investidura de los Congresistas es inconstitucional y debe por ello inaplicarse, a la luz de lo preceptuado en el artículo 4o. de la Carta Política, por las siguientes razones:

En primer lugar, al haber dispuesto el artículo 184 de la Carta Política que la pérdida de investidura de los Congresistas sea decretada a partir de la fecha de la solicitud", y atendiendo el procedimiento especial señalado en la Ley 144 de 1944, hace imposible la interposición de dicho recurso extraordinario especial.

En segundo lugar, siendo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la encargada de cumplir las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, según las previsiones de los artículos 236 y 237 de la Constitución Política y la interpretación que sobre éstos ha sentado esta Corporación y la Corte Constitucional, sus decisiones no pueden ser susceptibles de recurso alguno por cuanto no existe organismo jurisdiccional alguno que pueda ser, dada esa calidad, su superior jerárquico desde el punto de vista funcional.

2o): Al analizar detenidamente la regulación en materia de recursos extraordinarios contemplados en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo fácilmente se advierte que ellos solamente proceden ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo contra las providencias de las Secciones de dicha Sala, con lo cual se le ha atribuido a aquélla, una competencia funcional, lo cual implica reconocerle, con carácter excepcional, la calidad de superior jerárquico desde el punto de vista funcional de las Secciones. En cambio no se ha previsto la posibilidad de ejercitar dichos recursos extraordinarios contra las providencias de la Sala Plena de lo Contenciosos Administrativo, por el carácter de ésta, como ya se ano-

tó, de Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, denominación que descarta la posibilidad de existencia de un superior jerárquico funcional.

Valga resaltar al efecto que en relación con el recurso extraordinario de revisión en materia procesal civil, con igual perspectiva jurídica, los artículos 25 y 26 del Código de Procedimiento Civil han atribuído competencia funcional a la Corte Suprema de Justicia y a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Fecha ut supra.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reitera la providencia de 3 de noviembre de 1994, Expediente: Rev. 099, Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez,* Actor: *Benigno Arturo Afanador.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia. **RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA** - Naturaleza de la Contradicción

La contradicción que da lugar a la prosperidad del recurso extraordinario de súplica es, como ya lo ha dicho en repetidas oportunidades, aquella que incide o en la cual se fundamenta el fallo. Por el contrario, las apreciaciones que no influyen en el mismo no son susceptibles de ser tomadas en cuenta para efectos del recurso. Las sentencias que hablan sobre caducidad de la acción, que por lo demás no tratan un aspecto semejante al de autos, no pueden ser contrariadas por la decisión de la sección que aunque consideró vencido el término de presentación de la demanda, no declaró caducada la acción y profirió decisión de fondo. Lo mismo debe predicarse de las sentencias que hablan de la diferencia entre caducidad y prescripción, aspecto que no fue objeto de estudio en el fallo suplicado y, por lo mismo, no incidió en la decisión. Así las cosas si el aspecto de la caducidad no fue determinante en la decisión que se adoptó, como tampoco lo fue estudio alguno sobre la diferencia entre caducidad y prescripción, que no realizó, es claro que no hay lugar a la prosperidad del recurso de súplica.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1o.) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejera Ponente: *Doctora Miren de la Lombana de Magyaroff*

Referencia: Expediente No. S-258. Actor: Hernán Pico Gil. Recurso Extraordinario de Súplica

Se decide el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado de la parte demandante (fls. 1-6 cdo. No. 1), contra la sentencia del 16 de septiembre de 1991. Proferida por la Sección Segunda de esta Corporación (fls. 708-716 cdo. No. 3)

ANTECEDENTES

1. Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, consagrada en el antiguo Código Contencioso Administrativo, el actor demandado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de los siguientes actos administrativos:

Resolución No. 606 del 13 de octubre de 1977. el oficio No. 369 delo 2 de febrero de 1978 y el Decreto 313 del 14 de marzo del mismo año, por los cuales, en su orden, el Alcalde Mayor de Bogotá, resolvió dar por terminado unilateralmente el contrato No. 0027 de 1975, suscripto entre el Distrito Especial de Bogotá, y el Dr. Hernán Pico Gil, el secretario de Salud del Distrito se abstuvo de considerar la petición de vacaciones del demandante, por el año de servicios comprendido entre 1977 y 1978, y el Alcalde Mayor de Bogotá, declaró la vacancia del cargo de médico Director-grado. Salud pública 22 - programa 41 - coordinación técnica (que venía desempeñado el doctor Pico Gil), por abandono del mismo.

A manera de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro del demandante y el pago de la totalidad de los sueldos, primas, prestaciones, bonificaciones etc., dejados de percibir por el demandante, entre el 8 de febrero de 1978 y la fecha de reintegro debiéndose, además, considerar que no existió solución de continuidad en su vinculación laboral.

Así mismo, solicitó declarar administrativamente responsable al Distrito Especial de Bogotá. de los perjuicios de todo orden material y moral-causados y que se causaren al doctor Hernán Pico, con ocasión de la expedición y ejecución de los actos administrativos demandados.

El Tribunal Administrativo concluye que la demanda era formalmente inepta, dada la indebida acumulación de dos acciones con características, términos de caducidad y fines específicos que las hacían diferentes y por tanto inacumulables.

El apoderado del actor apelo la anterior decisión aduciendo que la única acción incoada era la de plena jurisdicción.

LA SENTENCIA DE LA SECCION SEGUNDA

Sobre el expediente reconstruido por haber desaparecido en los hechos de 6 y 7 de noviembre de 1985, la Sección Segunda de esta Corporación revocó la sentencia inhibitoria y profirió fallo de mérito en segunda instancia por estimar con invocación de la jurisprudencia de la misma Sección, que en esta jurisdicción no puede hablarse de indebida acumulación de acciones sino de pretensiones.

Respecto de la terminación unilateral del Contrato No. 27 de 1975, que a su vez ocasione la finalización de la comisión de estudios del demandante en España, el *ad-quem* remitió a la cláusula octava de dicho convenio juzgando legal que en esta clase de contratos la administración pública se reserva la facultad de terminarlos unilateralmente y en éste ejercitó dicha facultad.

En relación con la alegada falta de notificación de la resolución, explicó que la misma no era necesaria pues no ponía fin a una actuación administrativa y, de otra parte, puntualizó, el actor fue oportunamente enterado de la decisión de dar por terminada su comisión de estudios.

Concluye que la resolución se dictó con base en una cláusula válida y la impugnación de dicho acto administrativo se hallaba caducada a la fecha de presentación de la demanda, el cargo del actor no podía prosperar.

En cuanto al Oficio 369 de 2 de febrero de 1978, mediante el cual la Secretaría de Salud del Distrito se abstuvo de considerar el otorgamiento de las vacaciones pedidas por el actor, estimó que al solicitarlas. el demandante pidió que le fueran otorgadas a partir del 1o. de diciembre de 1977, fecha en la que debe presentarse a laborar en Bogotá y como quiera que ellas no le fueron concedidas, en virtud de la terminación del contrato de comisión de estudios, todo conducía a pensar que era clara la intención de la administración de que el funcionario debía reintegrarse al cargo, como consecuencia de la terminación de la comisión de estudios.

En relación con la falta de notificación del Decreto 313 del 14 de marzo de 1978, la Sección consideró que el hecho no aparecía probado y, en cambio, la presentación de descargos ante la Personería Delegada para la vigilancia Administrativa, relacionada con el abandono del cargo y la impugnación del decreto de vacancia ante esta jurisdicción, presuponen que el actor estaba absolutamente enterado de la existencia de dicha providencia y por tal motivo, el reparo que se hace al acto carece de fundamento.

Similar razón se sostiene respecto de que el acto de declaratoria de vacancia no advirtió los recursos que contra el procedían. además de que dicha actividad no pone fin a una actuación administrativa y no requería por tanto, ninguna notificación personal, pues se trataba simplemente de una declaración que la administración hacia, sin perjuicio de que se sintiera lesionado. cuando se entera de ella o se demandara, como ocurrió en este caso.

Respecto de la afirmación, en el sentido de que para declarar la vacancia, no se adelante la correspondiente investigación administrativa, el que manifiesta que

la sección Segunda reiteradamente ha advertido que dicho requisito no es necesario y no tiene relación alguna con la validez del acto que, por abandono del cargo, expida la administración.

El actor desatendió la voluntad de la administración y permaneció en España, a pesar de la determinación de su contrato de comisión de estudios y de habérsele negado vacaciones. No es un hecho que desconozca el actor pues, al contrario, lo reitera en la demanda para destacar los perjuicios cuya indemnización reclama.

Son los propios hechos, dijo el *ad-quem*, los que en secuencia diáfana muestran como la conducta de la administración, justificada *ab initio*, en la terminación del contrato, fue sensata en las decisiones que le siguieron. Por consiguiente este cargo tampoco podía prosperar.

Con base en las anteriores razones, la Sección Segunda de esta Corporación, revocó la sentencia apelada y en su lugar, denegó las súplicas de la demanda.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

El apoderado del actor afirma que la sentencia objeto del recurso extraordinario fue proferida por la Sección Segunda, sin la aprobación de la Sala Plena, no obstante que en ella se acogió doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.

Las siguientes son las providencias contentivas de las jurisprudencias que el actor reputa contrariadas:

1. La sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 7 de septiembre de 1988, Exp. A-060, actor: Sociedad "La Angelita Ltda". Consejero Ponente: ***Dr. Carlos Betancur Jaramillo,*** en la que se pone de manifiesto que cuando la administración de cualquier manera, impide el normal ejercicio de los controles gubernativos, la ley abre la posibilidad de ocurrir ante la jurisdicción, sin más requisitos y, agrega que no obstante indicar en el acto los recursos procedentes, es menester que personalmente se le haga saber al administrador cuáles son y en qué oportunidad puede interponerlos. Este aspecto no cabe dentro del principio de que la ley se presume - de derecho - conocida por todos.

Si se entorpece el ejercicio de los citados controles, en razón de la falta o defectuosa notificación, la vía de la notificación por conducta concluyente permite que el admninistrado, a su opción, interponga los recursos gubernativos de ley, o acuda directamente a la jurisdicción administrativa.

A partir de la notificación del acto acusado, para efectos del cómputo del término de caducidad de la acción, la sentencia impugnada contrario la jurisprudencia de la corporación, contenida en las sentencias del 7 de marzo de 1988, expediente No. R-OIS, actor: Luis Bernardo Uribe. Consejero Ponente, Dr., Antonio José De Restrepo y del 21 de septiembre de 1988, exp. No. R083. de los: Luis Ramón Castañeda Contreras. Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez, en la que se habló de la diferencias existentes entre las figuras de la comunicación y de la notificación que procuran parecidos, pero no idénticos, fines y, por lo tanto, el sentido de la norma no puede ampliarse hasta el punto de tener como sinónimos comunicación y notificación, para aplicarla indistintamente en uno y otro caso.

Refiriéndose a la Resolución No. 606 del 13 de octubre de 1977, la sentencia suplicada afirma que "...el término de caducidad para acudir ante esta jurisdicción en demanda de la nulidad de dicho acto, empezó a contarse el día 30 de noviembre de 1977 y como la demanda se presento el día 14 de julio de 1978", para esa fecha, la acción ya había caducado art. 83 L. 167 de 1941.

2. Es evidente, dice el suplicante que la providencia de la Sección Segunda confundió los fenómenos de prescripción y caducidad y correlativamente contrarió la jurisprudencia mencionada sobre las diferencias sustanciales entre esas dos figuras de que trata **la sentencia de la Sala Plena, fechada el 11 de octubre de 1963, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Bonillo Gutiérrez,** pues es claro que la Resolución No. 606 del 13 de octubre de 1977, la expidió el Distrito Especial de Bogotá, no en virtud de la potestad unilateral, sino en virtud de sus derechos y obligaciones emanados del Contrato No. 0027 de 1975, por consiguiente, mal podría hablarse de caducidad de la acción en tratándose de la instaurada respecto de la prenombrada resolución, puesto que la acción contractual en los regímenes de la Ley 167 de 1941 y del Decreto 528 de 1964, no tenía caducidad.

3. Considera que también fueron contrariadas las jurisprudencias contenidas **en las sentencias del 6 de agosto de 1981, expediente No. 1486, Consejero Ponente: doctor Jorge Dangond Flórez y del 17 de febrero de 1977, exp. No. 1775, actor: I.C.S.S., Consejero Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango, ambas de la Sección Tercera de la Corporación.**

Cumpliendo lo dispuesto en el auto calendado el 4 de marzo de 1993 (fl. 11 cdo. ppl.). La Relatoria de la Corporación rindió su informe de rigor (fls. 14-16 cdo. ppl.).

CONSIDERACIONES

Oportunidad

El recurso extraordinario objeto de estudio fue presentado dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación de la sentencia impugnada, cumpliendo lo que para el efecto señala el art. 130 de la C.C.A.

Aspecto previo

Sea lo primero precisar que la Sala, como lo ha dicho en anteriores oportunidades, sólo puede ocuparse con ocasión del recurso extraordinario de súplica de los cargos planteados por violación de la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo por lo que no hará análisis alguno de la alegada contradicción de la sentencia suplicada con las sentencias de 6 de agosto de 1981, expediente 1486, Consejero Ponente: Dr. Jorge Dangond Flórez y del 17 de febrero de 1977, Consejero Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango, por razón de la fuente porque fueron dictados en Sala de Sección.

Los cargos planteados

Conforme a la reseña inicial, los cargos elevados por la parte recurrente se pueden sintetizar así:

La sentencia suplicada contradice la jurisprudencia invocada por cuando consideró innecesaria la notificación al Dr. Hernán Pico Gil de la Resolución 606 de 1977 y del Decreto 313 de 1978 y por la forma en la cual realizó el conteo del término para establecer la oportunidad de la demanda, confundiendo de paso las figuras de la caducidad y de la prescripción.

Como primera observación la Sala debe precisar que la contradicción que da lugar a la prosperidad del recurso extraordinario de súplica es, como ya lo ha dicho en repetidas oportunidades, aquella que incide o en la cual se fundamenta el fallo. Por el contrario, las apreciaciones que no influyen en el mismo no son susceptibles de ser tomadas en cuenta para efectos del recurso.

En el presente caso los referidos cargos planteados por la parte recurrente se relacionan con el aspecto de caducidad de la acción y la diferencia de dicha figura con la prescripción.

Al respecto se observa que la sentencia acusada, en su parte resolutiva revocó la providencia de primera instancia mediante la cual el *a-quo* se inhibió para cono-

cer el fondo del asunto porque consideró configurada la inepta demanda y, en su lugar, denegó las súplicas del libelo. La sentencia suplicada, en cambio, no es de contenido inhibitorio sino denegatorio de las súplicas de la demanda con fundamento en el análisis de los cargos planteados.

Así, la Sección Segunda analizó la finalización del contrato por parte de la administración, encontrándola conforme a derecho por ajustarse a lo previsto en una de sus cláusulas.

Consideró, igualmente, que el interesado fue enterado de tal decisión sin que fuera necesaria su notificación porque no se ponía término a una actuación administrativa de carácter nacional.

En relación con el oficio mediante el cual la Administración no concede las vacaciones la Sección puso de presente que no aparecía demostrada la falta de notificación.

Es claro, conforme a lo anterior, que las sentencias que hablan sobre caducidad de la acción, que por lo demás no tratan un aspecto semejante al de autos, no pueden ser contrariadas por la decisión de la sección que aunque consideró vencido el término de presentación de la demanda, no declaró caducada la acción y profirió decisión de fondo.

Lo mismo debe predicarse de las sentencias que hablan de la diferencia entre caducidad y prescripción, aspecto que no fue objeto de estudio en el Fallo suplicado y, por lo mismo, no incidió en la decisión.

Así las cosas si el aspecto de la caducidad no fue determinante en la decisión que se adoptó, como tampoco lo que fue estudio alguno sobre la diferencia entre caducidad y prescripción, que no se realizó, es claro que no hay lugar a la prosperidad del recurso de súplica.

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

FALLA:

No prospera el Recurso Extraordinario de Súplica, interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de esta Corporación, dentro del proceso de la referencia, el 16 de septiembre de 1991.

En firme esta providencia vuelva el expediente a su lugar de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha de treinta y uno (31) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Daniel Suárez Hernández, Vicepresidente; *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velázquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren de la Lombana de M., Delio Gómez Leyva, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño, Luis Arturo Lizcano Blanco*, Conjuez.

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Fundamento Constitucional. **PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL. PRINCIPIO DE IGUALDAD** (Salvamento de voto)

No desconoce el Consejero disidente que mediante sentencia C-104 del 11 de marzo de 1993 la Corte Constitucional declaró que el referido artículo 130 del Código Contencioso Administrativo se ajustaba a la Constitución y por tanto el recurso extraordinario de súplica era procedente pero tampoco ignora que posterioridad a tal pronunciamiento la misma Corte Constitucional ha venido, al estudiar el Principio de la autonomía e independencia de los jueces, consagrado constitucionalmente, reafirmando el criterio de que la jurisprudencia es apenas un elemento que puede ser utilizado por el juez en el proceso de aplicación de la ley pero que de ninguna manera la doctrina jurisprudencial puede reemplazar la valoración jurídica que realiza el juez con fundamento en la norma legal. Adicionalmente no debe perderse de vista que se trata de un recurso extraordinario perfectamente discriminatoria ya que a él sólo tienen acceso con posibilidades de éxito aquellas personas afectadas o interesadas en recurrir providencias que contengan alguna doctrina o interpretación que, realizada por una sección del Consejo de Estado, haya sido, a su turno objeto de tratamiento en sentido diverso, por la Sala Plena de la Corporación. Esto significa que, muchas de las normas legales que son de usual aplicación, por el Consejo de Estado, son interpretadas y aplicadas exclusivamente por las secciones y nunca, o casi nunca, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, forzoso es concluir que muchas providencias de las secciones no pueden ser objeto de este recurso, sencillamente porque no hay un precedente jurisprudencial análogo, elaborado por dicha Sala Plena, que pueda servir de punto de referencia. Así, éste recurso puede considerarse violatorio del principio de la igualdad ya que no todos los interesados tienen posibilidad de acudir a él en igualdad de circunstancias.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Referencia: Expediente No. S-258 Actor: Hernán Pico Gil.

Consejera Ponente: *Dra. Miren de la Lombana de Magyaroff.*

De la manera más comedida y respetuosa procedo a consignar por escrito a continuación las razones que expuse en la Sala Plena y que me llevaron a disentir de la mayoría con respecto a la decisión adoptada en la sentencia de la cual discrepo:

Establece artículo 130 del Código Contencioso Administrativo que "contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las Secciones, cuando, sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la de la Corporación" procede el recurso extraordinario de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Sabido es que el origen de esta disposición, que introdujo al Código Contencioso Administrativo la reforma consagrada en el Decreto 2304 de 1989, fue el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, cuya vigencia había sido controvertida. Sabido es también que la finalidad perseguida con dicho recurso desde su iniciación en 1976 fue la de lograr la unificación de la jurisprudencia o, por lo menos, evitar la producción de sentencias dispersas y hasta posiblemente contradictorias que pudieran dictar las Secciones en que se dividió la Sala de lo Contencioso Administrativo, lo cual condujo a la Corporación a adoptar como patrón jurisprudencial, para los efectos de este recurso, la producida por la Sala en pleno y no por la de cada una de las Secciones.

Pues bien, esta concepción de la función judicial alrededor de la jurisprudencia sufrió un considerable cambio al ser expedida la nueva Constitución Política en la que en forma deliberada, por haber sido objeto este punto de debate doctrinario, se consagró la preeminencia de la ley y el carácter auxiliar de la jurisprudencia en la actividad judicial, en los siguientes términos:

"Artículo 230.

"Los jueces en sus providencias, solo estén sometidos al imperio de la ley.

"La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".

Esta norma constitucional implica para el Consejo de Estado, que cada una de las Secciones entre las cuales están distribuidas las funciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con criterio de especialización y de repartición del volumen de trabajo, bien puede apartarse de la jurisprudencia de la Sala Plena, sin que esta posición constituya causal de recurso que pueda comportar la revocatoria de sus providencias, ya que sus decisiones, en principio están sujetas solamente a la LEY y en ella se fundamentarán las causales para atacar sus providencias en recursos extraordinarios.

Dentro del nuevo derrotero señalado por la Constitución, bien puede adoptar como criterio interpretativo la jurisprudencia de la Sala Plena, como criterio auxiliar más no obligatorio.

En consecuencia, el hecho de que cuando alguna Sección acoja sin aprobación de la Sala Plena doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación, ha dejado de ser motivo del recurso extraordinario de súplica consagrado en los dos primeros incisos del artículo 130 del Código Contencioso Administrativo. El fundamento de dicho recurso resulta incompatible con la nueva Carta Política.

En efecto, se estima que mientras en la legislación que regula el recurso extraordinario de súplica la jurisprudencia anterior de la Corporación tiene con respecto a las Secciones del Consejo de Estado un valor similar y aun superior al de la ley, en la misma Constitución solo la ley debe ser tenida en cuenta por el juzgador en la definición de los asuntos a su cargo y la jurisprudencia pasa a ser meramente un criterio auxiliar para su actividad judicial.

Es evidente entonces que la única causal existente para el recurso extraordinario de súplica, esto es, la de que una providencia de una Sección contraríe jurisprudencia anterior de la Corporación, ha dejado de existir por ser contraria a los nuevos postulados de primacía de la ley como guía de la actividad judicial, en el artículo 230 de la Constitución.

Es lógico concluir entonces, que si el recurso extraordinario de súplica carece de causales, está también vacío de objeto y por lo tanto no hay razón para concederlo.

No desconoce el Consejero disidente que mediante sentencia C-104 del 11 de marzo de 1993 la Corte Constitucional declaró que el referido artículo 130 del Código Contencioso Administrativo se ajustaba a la Constitución y por tanto el re-

curso extraordinario de súplica era procedente pero tampoco ignora que con posterioridad a tal pronunciamiento la misma Corte Constitucional ha venido, al estudiar el principio de la autonomía e independencia de los jueces, consagrado constitucionalmente, reafirmando el criterio de que la jurisprudencia es apenas un elemento que puede ser utilizado por el juez en el proceso de aplicación de la ley pero que de ninguna manera la doctrina jurisprudencial puede reemplazar la valoración jurídica que realiza el juez con fundamento en la norma legal.

Como muestra de ello basta con citar lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-486 de octubre 28 de 1993, con ponencia del Honorable Magistrado Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual se dijo:

"La independencia judicial

"17. Rechazada la tesis de los actores de limitar el vocablo "ley" que aparece en el primer inciso del artículo 230 de la C. P. al concepto de ley en sentido formal y establecido que su campo semántico no es otro que el de la totalidad del ordenamiento jurídico, resta precisar el propósito de la norma constitucional.

"18. La enfática prescripción del artículo 230 de la C.P.-"los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley"-, tiene el sentido de rodear a la actividad judicial de una plena garantía de independencia funcional frente a la intromisión de cualquier otro órgano público o privado. La factura reactiva de la garantía revela el indicado designio. La necesidad de la independencia judicial se deriva del sentido y alcance de la actividad sentenciadora de los jueces, la que se sujeta únicamente al ordenamiento jurídico estructurado a partir de la Constitución, sus principios y valores superiores y aplicado al caso concreto en términos de verdad y de justicia.

"La misión que la Constitución confía a los jueces de aplicar el derecho con miras a la vigencia de un **orden justo** (C. P., art. 2º), sólo es posible si ellos no son objeto de interferencias, presiones, instrucciones procedentes del ejecutivo, del legislativo, de los partidos, de las partes, en suma, si se asegura que la única voz que pueden escuchar y atender sea la voz del ordenamiento jurídico. **De ahí que la garantía se construya proclamando que la única fidelidad que liga el juez en su delicada tarea de investigar la verdad y decir el derecho es aquélla que lo vincula con el ordenamiento jurídico.** (Subrayado fuera del texto).

"Sin perjuicio de la existencia de instancias y recursos, el juez aplica el derecho de acuerdo con su propia conciencia y convencimiento, basado desde lue-

go en una determinada cultura científica y observando las reglas de la sana crítica. **No está atado el juez por los precedentes judiciales ni, en principio, por las órdenes de sus superiores. La aplicación preferente de la Constitución, de otra parte, debe llevarlo a inaplicar las normas jurídicas que sean incompatibles con aquélla.** (Subraya fuera del texto).

"La independencia de los jueces no tiene el significado de privilegio ni de abierta exoneración de responsabilidad. Esa independencia, lejos de ser una invitación a la arbitrariedad, es el medio que resguarda su autonomía e imparcialidad para poder proferir sentencias justas y conforme a derecho.

"19. El Estado de derecho no se concibe si la función judicial no se ejerce de manera independiente y si las normas que componen el ordenamiento dejan de vincular a los órganos que las ponen en vigencia. La aplicación judicial del ordenamiento es el momento en el que se prueba a sí mismo el Estado de derecho en cuanto que sus normas cobijan por igual a gobernantes y gobernados. El juez, órgano autónomo e imparcial, debe apelar únicamente al ordenamiento -desligado de toda injerencia de los demás poderes- para definir la causa si lo que se quiere es que el Estado de derecho adquiera en verdad el sentido de garantía y de objetividad que lo justifican históricamente.

"20. La garantía funcional aquí tratada es complementada en la Constitución con otra de tipo orgánico que se instituye a través de la asunción de las tareas administrativas y disciplinarias de la rama judicial por un órgano perteneciente a ésta -Consejo Superior de la Judicatura-, la organización de la carrera judicial, la forma de designación de los jueces, las normas sobre impedimentos e inhabilidades, así como de otras previsiones de naturaleza semejante que en su conjunto aseguran la independencia y autonomía de los jueces frente a las restantes ramas del poder público.

"21. Como garantía institucional de la independencia judicial el principio de sometimiento del juez al imperio de la ley consagrado en los artículos 228 y 230 de la C.P., incorpora una regla de aplicación del derecho y tiene, por tanto, como destinatario de la misma a la autoridad judicial.

"No obstante esa garantía de igual manera entraña una seguridad para las personas que pueden contar con la independencia de los jueces y la previsibilidad cierta de que sus providencias sólo se dictarán a la luz del ordenamiento jurídico. En caso contrario, las personas pueden, en los términos de la ley, re-

currir esas providencias y a través de los jueces competentes ejercer un control sobre las mismas".

Así mismo es pertinente traer a colación lo expresado en similar sentido por el Honorable Magistrado Carlos Gaviria Díaz en salvamento de voto a la providencia anteriormente citada:

"1. Me parece claro que el artículo 230 de la Carta Política hace alusión a las fuentes formales del derecho con el objeto de fijarlas de modo taxativo y de conferirles rango constitucional. Cuando dice, entonces, que "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la **ley**" (subrayo) se refiere a la norma jurídica que surge del proceso legislativo, acepción esta que no comprende la costumbre, norma resultante del proceso consuetudinario, sino que precisamente la excluye.

"En el inciso segundo, el mismo artículo se refiere a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, para atribuirles la función de "criterios auxiliares de la actividad judicial", no de fenómenos capaces de generar normas válidas. Desde luego, habría podido reconocerles esa capacidad generadora, pero justamente se abstuvo de hacerlo, proclamando el carácter eminentemente legislativo de nuestro ordenamiento. Tal decisión de la voluntad constituyente puede enjuiciarse como plausible o censurable, según las preferencias, pero no es descabellada ni carente de consistencia lógica". (Subrayado fuera del texto).

Bajo las anteriores circunstancias estimo que un recurso extraordinario contra providencias judiciales que se fundamenta en la única causal de que la providencia recurrida viola o contradice precedentes jurisprudenciales estructurados por la Corporación, es contrario al texto constitucional tal como ha sido explícitamente reconocido por la propia Corte Constitucional.

Adicionalmente no debe perderse de vista que se trata de un recurso extraordinario perfectamente discriminatorio ya que a él sólo tienen acceso con posibilidades de éxito aquellas personas afectadas o interesadas en recurrir providencias que contengan alguna doctrina o interpretación que, realizada por una sección del Consejo de Estado, haya sido, a su turno objeto de tratamiento en sentido diverso, por la Sala Plena de la Corporación. Esto significa que, como muchas de las normas legales que son de usual aplicación por el Consejo de Estado, son interpretadas y aplicadas exclusivamente por las secciones y nunca, o casi nunca, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, forzoso es con-

cluir que muchas providencias de las secciones no pueden ser objeto de este recurso, sencillamente porque no hay precedente jurisprudencial análogo, elaborado por dicha Sala Plena, que pueda servir de punto de referencia. Así, este recurso puede considerarse violatorio del principio de la igualdad ya que no todos los interesados tienen la posibilidad de acudir a él en igualdad de circunstancias.

Actor: Hernán Pico Gil.

Atentamente, *Guillermo Chahín Lizcano*

Fecha: ut-supra

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. INDEMNIZACION A FORFAIT. PRESTACIONES SOCIALES - Compatibilidad. **DESCUENTO** - Improcedencia. **FALLA DEL SERVICIO. RELACION LABORAL** - Efectos. **(Rectificación jurisprudencial)**

La Sala estima en este momento que es menester rectificar la jurisprudencia anterior y acoger como nueva doctrina de la Corporación la que sostiene la sentencia suplicada, pues es incuestionable que las prestaciones sociales reconocidas a la cónyuge supérstite y demás causahabientes tienen como fuente la relación jurídico laboral del causante con la Administración Pública, en tanto que la indemnización reconocida en el proceso en cuestión se apoya en la falla del servicio. De suyo, la relación laboral engendra una serie de derechos autónomos, independiente de que el funcionario o sus causahabientes, herederos o beneficiarios, según el caso, puedan invocar una indemnización plena y ordinaria de perjuicios en caso de lesión invalidante o de muerte; máxime cuando este resarcimiento pecuniario nada tiene que ver con esa prestación de servicios subordinados. Las prestaciones sociales que le fueron reconocidas a la demandante y a sus hijos, tienen su causa en la ley (Decreto 2063 de 1984), por virtud del vínculo laboral que existió entre la Administración Pública y su esposo y padre, respectivamente, como Agente de la Policía Nacional; y es importante dejar sentado que debían reconocerse, de conformidad con el artículo 120 de ese ordenamiento, aún en el supuesto de que el causante hubiese fallecido de muerte natural. O sea, que a través de ese reconocimiento no se le está otorgando ninguna indemnización a esas personas, sino simplemente pagándoles unas prestaciones sociales a las que tienen vocación por razón del nexo laboral de su causante. En cambio, la indemnización de perjuicios que se les reconoció separadamente en el proceso citado, tiene su origen y fundamento en la falla de servicio que produjo la muerte del Agente. O sea, que en el primer supuesto la obligación deviene de la ley y

se sustenta en la relación laboral del causante; en el segundo, nace la responsabilidad que le compete a la Administración Pública en la muerte de aquel, por una falla del servicio. En ese orden de ideas, no es dable el descuento impetrado por la entidad recurrente.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo- Santa Fe de Bogotá, D.C., febrero siete (7) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia Expediente No. S-247. **RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**, contra la sentencia de 13 de septiembre de 1991 de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Actor: Mélida Inés Domínguez de Medina y otros.

La apoderada de la Nación -Policía Nacional-, con invocación equivocada de los dispuesto en el artículo 2o. de la Ley 11 de 1975, interpuso Recurso Extraordinario de Súplica contra la sentencia de 13 de septiembre de 1991, proferida por la Sección Tercera del Concejo de Estado, por acoger doctrina contraria a la Jurisprudencia de esta Corporación, con el objeto de que se infirme dicha sentencia **"en cuanto al hecho de no haber ordenado deducir del monto de la indemnización total lo reconocido por prestaciones sociales y en consecuencia se emita pronunciamiento de instancia que reemplace a aquélla"** (fl. 329).

Alega la recurrente que en el fallo se desconoció la jurisprudencia de esta Sala en relación con la indemnización especial "**a forfait**" o predeterminada por la administración, contenida en las sentencias de 13 diciembre de 1983 y 27 de marzo de 1990, recaídas, en su orden, en los procesos Nos. 10807, actora: Martha Lucía Arango Vda. de Díaz, Consejero Ponente Dr. Enrique Low Murtra y S-021, actora: Esther Bodmer Vda. de Garavito, Consejero Ponente Dr. Guillermo Chahín Lizcano, en la primera de las cuales, luego de precisarse que cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio sino que ha sido causado por fallas del servicio, el funcionario, o el militar en su caso que lo sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud y que **"Para evitar enriquecimiento sin causa las prestaciones percibidas por esos hechos deberán descontarse de la indemnización total" (fl. 329).**, se dispone:

"C) de la suma de los valores que resulten por la liquidación de los perjuicios materiales y morales será necesario restar lo que hayan recibido por concepto de prestaciones laborales. El saldo neto así determinado se-

rá la suma a pagar por concepto de indemnizaciones de perjuicios materiales y morales" (fl. 328).

En la sentencia últimamente mencionada, asevera la impugnadora que igualmente se decidió, que:

"6.- De la suma de los valores que resulten por la liquidación de perjuicios materiales, en los términos que se detallan en los numerales 2) a 4) precedentes, será necesario restar lo que hayan recibido tanto la cónyuge superstite como los hijos legítimos del Capitán de Fragata Jorge Enrique Garavito Martínez a título de compensación por muerte y la suma que exceda de la liquidación por concepto de cesantía SENCILLA". (Fl. 328).

ANTECEDENTES:

La señora Mélida Inés Domínguez de Medina y Otros, en demanda presentada el 12 de mayo de 1988 solicitaron al Tribunal Administrativo de Santander declarar que la Nación Ministerio de Defensa -Policía Nacional-, es administrativamente responsable de los daños y perjuicios que les causó la muerte de su esposo y padre, Agente de la Policía Nacional, señor Pedro Jesús Medina Suárez y, como consecuencia, que se ordene a la entidad demandada pagarle la cantidad de un mil gramos de oro puro convertidos en moneda nacional, a título de compensación por el daño moral subjetivo y la indemnización por lucro cesante y daño emergente, en la cuantía que se demuestre en el proceso, o que resulte de la liquidación posterior a la sentencia, o de la aplicación del artículo 107 del Código Penal.

Mediante sentencia de 4 de junio de 1990, el Tribunal denegó las súplicas de la demanda, en virtud de que consideró que no se había demostrado la falla del servicio por parte del Estado, puesto que no quedaron plenamente establecidos los elementos estructurales de la responsabilidad contractual estatal frente al particular, ya que si bien, se demostró que al Agente Medina Suárez, quien ingresó a Urgencias de la Clínica de la Policía en Bucaramanga, con síntomas de dolor abdominal agudo, desespero y deseos de vomitar, se le suministró sulfato de cobre, sustancia que le produjo intoxicación a la cual se atribuye su deceso, lo cierto es que no se encontró debidamente demostrado "con medios suficientes de convicción", la relación de causalidad entre el hecho referido y el daño o perjuicio causado.

LA SENTENCIA SUPLICADA:

La Sección Tercera del Consejo de Estado en el fallo impugnado revocó la decisión del *a-quo* en virtud de que estimó que la falta del servicio se probó suficientemente, acotando sobre el particular que:

"El agente llegó en busca de asistencia médica a la clínica señalada por la organización del servicio para ese efecto. Y pese a haber ingresado con intensos dolores abdominales, ictérico, febril y con otros síntomas alarmantes, el médico disponible y llamado para el efecto, el doctor Ciro Castellanos Duran no solamente se negó a acudir a la clínica, pese a las varias llamadas que se le hicieron, con disculpas impropias de quien desempeña una profesión como la medicina, sino que descargó su rabia contra el enfermero que angustiosamente lo requería, tratándolo soezmente. Y si a lo anterior se suma que ante tal ausencia se le habían asignado esas responsabilidades, para las horas nocturnas, a un lego, se pone de presente todavía más dicha falla. Falla que también se descubre con el tratamiento inadecuado que el enfermero Bernal B. le dio al paciente al suministrarle sulfato de cobre como emético, sin saber el estado de salud que presentaba e ignorando las consecuencias que podría producirle dicha droga" (fls. 313-314).

Luego agrega que "aunque se ignore la dosis que le suministró (los dos médicos declarantes hablan de que el sulfato de cobre sólo es tóxico en cantidad exagerada) el acervo probatorio permite inferir que no fue una dosis inocua, dados los síntomas alarmantes que manifestó el paciente después de su ingestión y su desenlace final" (fl. 314) y concluye aseverando que la "la parte demandante para poner en evidencia la falla del servicio probó no sólo la conducta negligente y antiética del médico obligado a la atención del paciente y la torpeza del enfermero que lo trató, a falta de alguien idóneo que lo hiciera, sino que también demostró el suministro de una droga probablemente tóxica como es el sulfato de cobre. El mismo doctor Castellanos en su declaración afirma que dadas las condiciones del paciente el suministro del sulfato de cobre no era la conducta adecuada (a.f. 148)".

"Aquí se pregunta la Sala: debió probar esa misma parte que la dosis fue excesiva y que por eso y sólo por eso falleció el agente Medina?. La Sala estima que no. La actora al probar el suministro de la droga, por alguien que no tenía los conocimientos médicos suficientes para prever sus consecuencias en una persona que llegó a la clínica con la sintomatología anotada atrás, satisfizo su carga probatoria. Incumbíale entonces a la parte demandada demostrar que la dosis suministrada fue tan pequeña que en ninguna forma pudo desencadenar el síndrome hepatorrenal que figura como causa de la muerte del agente. Lo hizo? No, la defensa de la entidad fue débil, quizás convencida como estaba que el caso era en cierta forma indefensable por el trato inhumano que había recibido el paciente en una de sus clínicas". (Folio 315).

También condenó a la Nación a cancelar a los demandantes los perjuicios morales en concreto y los materiales, de cuyo monto advirtió no debe descontarse el

valor de las prestaciones sociales que le fueron reconocidas a los demandantes mediante Resolución No. 7563 de 1986, porque éstas tienen su causa en la ley (Decreto 2063 de 1964), debido al vínculo jurídico que ligaba al agente fallecido con la entidad y, de ninguna, manera en la falla del servicio a que se hizo referencia.

Para resolver se CONSIDERA:

Como lo ha dicho esta Sala, para que el recurso establecido por la Ley 11 de 1975 sea procedente, se requiere que existía contrariedad entre un fallo proferido por determinada Sección del Concejo y la Jurisprudencia de la Corporación, pues la finalidad del recurso es unificar la jurisprudencia y evitar decisiones diferentes frente a casos similares, o en otras palabras, el objetivo último del recurso de súplica consiste en la garantía de que sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no es posible acoger doctrina contraria a la jurisprudencia del Concejo de Estado.

Así lo dispuso el artículo 2o. De la ley mencionada:

"Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en lo que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia.

En el escrito en el que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contraria. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto o del fallo".

Si no obstante esta prohibición, algunas de las secciones procediera a dictar auto interlocutorio o una sentencia en la que se varíe la jurisprudencia anterior del Concejo, las partes o el Ministerio Público pueden interponer el aludido recurso, medio extraordinario de impugnación a través del cual se constaba si en la providencia recurrida se varía la jurisprudencia que cita en su escrito el recurrente.

En el *sub-lite*, como se indicó, se señala como jurisprudencia contrariada la contenida en el fallo fechado el 13 de diciembre de 1983, en el cual la Sala Plena además de declarar responsable a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa- por la muerte por fallas del servicio del Capitán Piloto Guillermo Enrique Díaz Muñoz y de condenarla a pagar a su cónyuge supérstite y a su hija la indemnización correspondiente, puntualizó: "No obstante, cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio sino que han sido causadas por fallas del servicio, el funcionario, o el militar en su caso que las

sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud. Para evitar enriquecimiento sin causa las prestaciones percibidas por esos hechos deberán descontarse de la indemnización total"(fl. 339).

De igual modo se estima que la sentencia impugnada desconoció la misma tesis jurisprudencial que se expuso también en el fallo de la Sala Plena calendado el 27 de marzo de 1990, en el cual, tras declarar la responsabilidad de la Nación por el deceso del Capitán de Fragata Jorge Enrique Garavito Martínez por suministrarle una sustancia tóxica en lugar de una mezcla de glucosa para una curva de glicemia, se dispuso descontar de los valores que resultaran de la liquidación de los perjuicios materiales, lo que la cónyuge supérstite y los hijos legítimos del causante hubieren recibido a título de compensación por muerte y la suma que exceda de la liquidación por concepto de cesantía sencilla.

En la sentencia recurrida se expresó:

"Siguiendo la reiterada jurisprudencia de la Corporación, en casos como éste el Agente o sus damnificados tienen derecho a la indemnización total y no sólo a la especial "**a forfait**" o predeterminada por las leyes laborales que rigen a la institución".

Y más adelante:

"En este orden de ideas, las prestaciones reconocidas a la señora Mélida Inés Domínguez de Medina, cónyuge supérstite, y a sus hijos, mediante la Resolución No. 7653 de 17 de diciembre de 1986 (a fl. 196 y 197) no podrán descontarse de la indemnización que aquí se reconocerá, porque aquéllas tienen su causa en la Ley (Decreto 2063 de 1984) en virtud del vínculo jurídico que ligaba al agente fallecido con la entidad obligada a su pago y de ninguna manera en la falla del servicio que se dejó analizado atrás" (fl. 321).

De la revisión de la Resolución No. 7653 visible a folios 196-197, se desprende que a la señora Mélida Inés Domínguez de Medina en su condición de cónyuge supérstite y de la representante de sus hijos Edisson Javier, Nancy Milena y Nidia Johana Medina Domínguez, se le reconoció la suma de un millón seiscientos setenta y un mil cuarenta y dos pesos con 12 centavos ($1.671.042,12)M/te., por concepto de indemnización por la muerte de su cónyuge y padre, señor Pedro Jesús Medina Suárez y por auxilio de cesantía. Esa suma según el fallo materia de impugnación, no debe descontarse del monto de los perjuicios morales y materiales que les ocasionó el deceso de su cónyuge y padre, pues en virtud de los dispuesto en él, deben cancelársele a dichas personas.

La sentencia suplicada acogió, entonces, una jurisprudencia contraria a la que contienen las providencias traídas a colación por la entidad recurrente, en cuanto no dispuso el descuento de las sumas percibidas por los demandantes por concepto de prestaciones sociales.

Empero, aunque contradice una jurisprudencia anterior, se ajusta a la ley, y por tanto, la Sala estima en este momento que es menester rectificar la jurisprudencia anterior y acoger como nueva doctrina de la Corporación la que sostiene la sentencia suplicada, pues es incuestionable que las prestaciones sociales reconocidas a la cónyuge supérstite y demás causahabientes tienen como fuente la relación jurídico laboral del causante con la Administración Pública, en tanto que la indemnización reconocida en el proceso en cuestión se apoya en la falla del servicio.

De suyo, la relación laboral engendra una serie de derechos autónomos, independientemente de que el funcionario o sus causahabientes, herederos o beneficiarios, según el caso, puedan invocar una indemnización plena y ordinaria de perjuicios en caso de lesión invalidante o de muerte; máxime cuanto este resarcimiento pecuniario nada tiene que ver con esa prestación de servicios subordinados.

Por consiguiente, no existe justificación de ninguna clase para ordenar el descuento del valor de las prestaciones sociales reconocidas a la cónyuge supérstite y demás causahabientes del monto de la misma, pues son obligaciones jurídicas con una fuente distinta, enfrente de las cuales no cabe la compensación que se daría al disponer ese descuento.

La Sala estima conveniente, además, ahondar brevemente en esta distinción, para lo cual son procedentes los siguientes razonamientos:

Las prestaciones sociales que le fueron reconocidas a la demandante y a sus hijos, tienen su causa en la ley (Decreto 2063 de 1984), por virtud del vínculo laboral que existió entre la Administración Pública y su esposo y padre, respectivamente, como Agente de la Policía Nacional; y es importante dejar sentado que debían reconocerse, de conformidad con el artículo 120 de ese ordenamiento, aún en el supuesto de que el causante hubiese fallecido de muerte natural. O sea, que a través de ese reconocimiento no se le está otorgando ninguna indemnización a esas personas, sino simplemente pagándoles unas prestaciones sociales a las que tienen vocación por razón del nexo laboral de su causante.

En cambio, la indemnización de perjuicios que se les reconoció separadamente en el proceso citado, tiene su origen y fundamento en la falla del servicio que produjo la muerte del Agente Pedro Luis Medina Suárez.

O sea, que en el primer supuesto la obligación deviene de la ley y se sustenta en la relación laboral del causante; en el segundo, nace de la responsabilidad que le compete a la Administración Pública en la muerte de aquél, por una falla del servicio. En ese orden de ideas, no es dable el descuento impetrado por la entidad recurrente).

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

FALLA:

No se infirma la sentencia proferida el trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991) por la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el proceso instaurado por la señora MELIDA INES DOMINGUEZ DE MEDINA Y OTROS, contra LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 31 de enero de 1995.

Diego Younes Moreno, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz*, Salva voto *Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la L. De Magyaroff*, Salva voto; *Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva*, Ausente, Salva voto, *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velázquez*, Salva voto, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*, Salva voto; *Consuelo Sarria Olcos, Miguel Viana Patiño*.

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General;

NOTA DE RELATORIA: Se rectifica la jurisprudencia contenida en las sentencias del 13 de diciembre de 1983, Exp. 10807, Ponente: *Dr. Enrique Low Murtra*, Actora: *Martha Lucía Arango* y de 27 de marzo de 1990, exp. S-021, Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano*, Actora: *Esther Bodmer VDA. De Garavito*.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. Procedimiento. **INFIRMACION DE LA SENTENCIA** - Inexistencia. **SENTENCIA DE INSTANCIA** (Salvamento de voto).

La sentencia reconoce expresamente que "la sentencia suplicada acogió entonces, una jurisprudencia contraria a la que contienen las providencias traídas a colación por la entidad recurrente, en cuanto no dispuso el descuento de las sumas recibidas por los demandantes por concepto de prestaciones sociales". No obstante lo anterior, fundamentándose en que la sentencia suplicada "se ajusta a la ley", la Sala decide rectificar la jurisprudencia anterior y "acoger una nueva doctrina de la Corporación la que sostiene la sentencia suplicada" y termina no infirmando la sentencia controvertida. Para el suscrito Consejero en el caso de autos debía necesariamente procederse a infirmar la sentencia suplicada por cuanto se reconoce la configuración del supuesto que prevé, el artículo 130 del C.C.A. como objeto del recurso extraordinario de súplica, esto es, que "se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación". Como consecuencia de la infirmación de la sentencia, que equivale a hacerla desaparecer jurídicamente, debía procederse, a su vez, a dictar una nueva sentencia de instancia para reemplazar la infirmada.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ a la sentencia de fecha 7 de febrero de 1995.

Referencia: Expediente No. S-247. Actor: Mélida Inés Domínguez de Medina. Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Las razones de mi desacuerdo con el fallo aprobado por la mayoría en el presente proceso son las siguientes:

1.- La sentencia reconoce expresamente que "la sentencia suplicada acogió, entonces, una jurisprudencia contraria a la que contienen las providencias traídas a colación por la entidad recurrente, en cuanto no dispuso el descuento de las sumas recibidas por los demandantes por concepto de prestaciones sociales".

2.- No obstante lo anterior, fundamentándose en que la sentencia suplicada "se ajusta a la ley", la Sala decide rectificar la jurisprudencia anterior y "acoger como nueva doctrina de la Corporación la que sostiene la sentencia suplicada" y termina no infirmando la sentencia controvertida.

3.- Para el suscrito Consejero en el caso de autos debía necesariamente procederse a infirmar la sentencia suplicada por cuanto se reconoce la configuración del supuesto que prevé el artículo 130 del C.C.A., como objeto del recurso extraordinario de súplica, esto es, que "se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación".

4.- Como consecuencia de la infirmación de la sentencia, que equivale a hacerla desaparecer jurídicamente, debía procederse, a su vez, a dictar una nueva sentencia de instancia para reemplazar la infirmada), para lo cual debía acometerse el análisis del recurso de apelación y demás elementos propios de la segunda instancia a fin de dictar el nuevo fallo, que sería el acto que, en caso necesario, permitiría rectificar la jurisprudencia si así lo considerara la mayoría de la Sala.

5.- Lo anterior sería lo más concordante con el éxito del recurso de súplica, en la medida en que si bien él no garantiza que al recurrente finalmente se le dé la razón en cuanto al fondo del asunto, su éxito se traduce en que la contradicción jurisprudencial abre la puerta para un nuevo estudio de la litis, con la participación de los miembros de la Sala Contencioso Administrativa que no intervinieron en la sentencia infirmada.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez,

Santafé de Bogotá, D.C., diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento de voto adhieren los doctores *Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Miguel González Rodríguez y Yesid Rojas Serrano.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. JURISPRUDENCIA - Rectificación. **INFIRMACION DE LA SENTENCIA** (Salvamento de voto).

Como lo reconoce la sentencia, en la providencia recurrida se acogió doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación. En lugar de infirmar la sentencia suplicada, por operar el presupuesto previsto en el artículo 130 del C.C.A., se optó por rectificar la jurisprudencia de la Corporación, acogiendo como nueva doctrina la del fallo suplicado. Lo aconsejable hubiera sido, infirmar la sentencia, y en acápite especial acoger como nueva doctrina la del fallo suplicado - que desde luego comparto - , pero no enervar las consecuencias del recurso con el procedimiento adoptado.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR DELIO GOMEZ LEYVA, *Consejo de Estado* - Santa Fe de Bogotá, primero (1o.) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela G.*

Referencia Expediente No. S - 247. Actor: Melida Inés Domínguez de Medina.

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria, mi desacuerdo lo sustento en las razones siguientes:

1) Como lo reconoce la sentencia, en la providencia recurrida se acogió doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.

2) En lugar de infirmar la sentencia suplicada, por operar el presupuesto previsto en el artículo 130 del C.C.A., se optó por rectificar la jurisprudencia de la Corporación, acogiendo como nueva doctrina la del fallo suplicado.

3) Lo aconsejable hubiera sido, infirmar la sentencia, y en acápite especial acoger como nueva doctrina la del fallo suplicado -que desde luego comparto-, pero no enervar las consecuencias del recurso con el procedimiento adoptado.

Respetuosamente,

Delio Gómez Leyva

INDEMNIZACION. PAGO. INDEMNIZACION A FORFAIT. PRESTACIONES SOCIALES. DESCUENTO. ENRIQUECIMIENTO ILICITO (Salvamento de voto).

De la indemnización no se deben descontar las prestaciones sociales recibidas por el perjudicado, sin hacer ninguna distinción, toda vez que dentro de esas prestaciones pueden estar incluidas indemnizaciones originales en los mismos hechos causantes del daño que se indemniza, las cuales si deben descontarse, para evitar un enriquecimiento ilícito por implicar doble indemnización por los mismos hechos. Pero, lo anterior, no puede generalizarse, pues es posible que dentro de las prestaciones reconocidas esté incluida una indemnización por los mismos hechos que originan el daño que luego se ordena indemnizar y en este caso si es procedente su descuento.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS, *Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo -*

Referencia Radicación S - 247. Actor: Mélida Inés Domínguez de Medina y otros. Providencia aprobada en el sesión de 31 de enero de 1995, Consejero Ponente *Dr. Carlos Orjuela Góngora.*

Con el debido respeto por la tesis mayoritaria, considero pertinente hacer algunas precisiones en relación con la denominada indemnización a forfait y la viabilidad de descontarla de la indemnización de perjuicios, que en razón de un daño antijurídico se llegare a reconocer.

La Sala Plena de la Corporación ha sostenido al precisar el monto de algunas indemnizaciones, que se debe ordenar el descuento de las prestaciones recibidas por los mismos hechos que originaron el daño. Así, en la providencia invocada por la recurrente, proferida el 27 de marzo de 1990, con Ponencia del Doctor Gui-

llermo Chahín Lizcano, se dispuso descontar del valor de la liquidación de los perjuicios materiales, lo que la interesada hubiera recibido por compensación por muerte y lo que excediera de la cesantía sencilla, es decir, que ordenó descontar aquellas sumas, diferentes a las prestaciones de carácter laboral a que tenía derecho la cónyuge supérstite.

Es decir, que no se aceptó la tesis de acumular la indemnización integral con las sumas que se habían recibido como consecuencia directa y exclusiva de la muerte, ya que éstas tenían por objeto indemnizar el perjuicio, toda vez que habían sido reconocidas de conformidad con las normas que regulan la "**muerte en misión de servicio**" y no "la muerte simplemente en actividad". Dichas prestaciones eran la forma como el Estado había indemnizado a los familiares de un servidor que había muerto en misión de servicio, aplicando así la indemnización a *forfait*, que debía descontarse de la indemnización total, tal como lo dijo la Plenaria.

A su vez, dicha providencia de la Sala Plena aceptó la acumulación y no ordenó descontar, el valor que se había reconocido por concepto de pensión mensual de beneficiarios, por considerar que se trataba de un pago originado en un derecho de carácter laboral, el cual no era consecuencia de los mismos hechos que habían originado la indemnización.

A mi juicio, dicha jurisprudencia no ha debido modificarse como lo plantea la providencia a la cual salvé mi voto, en el sentido de afirmar de una manera genérica, que (de la indemnización no se deben descontar las prestaciones sociales recibidas por el perjudicado, sin hacer ninguna distinción, toda vez que dentro de esas prestaciones pueden estar incluidas indemnizaciones originadas en los mismos hechos causantes del daño que se indemniza, las cuales sí deben descontarse, para evitar un enriquecimiento ilícito por implicar doble indemnización por los mismos hechos.

En el caso de autos, a la cónyuge supérstite del agente de Policía fallecido, se le reconocieron prestaciones por "muerte simplemente en actividad", como consta a folios 196 y 197 del expediente, lo que indica que solamente se reconocieron las que tenía como causa la vinculación laboral de su fallecido esposo, ajenas a la causa del perjuicio indemnizado y, por lo tanto, de conformidad con lo que ha dicho la jurisprudencia, no debían descontarse.

Pero, lo anterior, no puede generalizarse, pues es imposible que dentro de las prestaciones reconocidas esté incluida una indemnización por los mismos hechos que originan el daño que luego se ordena indemnizar y en este caso sí es procedente su descuento).

En síntesis, del valor de la indemnización, no deben descontarse las prestaciones exclusivamente originadas en la vinculación laboral, pero sí deben descontarse las previstas en la ley como indemnización a *forfait*, cuando se originan en los mismos hechos que originaron la indemnización reconocida.

Consuelo Sarria Olcos

CONTRATO ADMINISTRATIVO. CADUCIDAD DEL CONTRATO. Cláusula. **PLAZO. PRORROGA DEL CONTRATO** - Perfeccionamiento.

La caducidad como cláusula connatural del contrato administrativo, que por disposición legal se entiende pactada aún cuando no se consigne expresamente (art. 53 Decreto 150 de 1976) al pertenecer al contrato dura por el mismo término de éste, es decir hasta el final del último instancia del plazo o término pactado.

CONTRATO DE OBRA - Mayor Cantidad de Obra. **INCUMPLIMIENTO DEL CONTRACTO**. Inexistencia. **ANTICIPO. CONTRATO ADMINISTRATIVO** - Anticipo.

Las circunstancias de que la Administración haya hecho uso de las atribuciones acordadas en el contrato para pagar voluntariamente el anticipo y ajustar las cantidades de obras requeridas no puede alegarse incumplmiento porque, precisamente ajustándose a él como a las modalidades inherentes a la obra contratada efectúo los cambios necesarios para su realización.

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento. **SUBROGACION. CONTRATO ADMINISTRATIVO** - Liquidación

Si bien es cierto que en algunos casos la caducidad implica la terminación del contrato, en el evento que se discute, el contrato no se terminó, sino que siguió su curso en virtud de la subrogación, que en el mismo y con relación a los derechos y obligaciones de ACOPLAR LTDA., realizó Seguros Universal, por lo que su liquidación sólo era procedente cuando terminara de manera definitiva por cumplimiento del objeto u otra causa el contrato entre el FONDO VIAL NACIONAL y el garante Seguros Universal.

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - Inexistencia. **CADUCIDAD DEL CONTRATO**

No se produjeron por parte de la Administración perjuicios al contratista (daño emergente y lucro cesante a términos de la demanda) pues si alguna pérdida material tuvo la actora por razón del contrato ella se produjo como consecuencia de no haber analizado al momento de obligarse con el contrato inicial, cuantas podrían ser las variaciones que se presentaran en la ejecución del contrato, modificaciones que por estar pactadas en el convenio podía ordenar unilateralmente la Administración; tampoco previó las circunstancias adversas climáticas (invierno) que a su juicio le impedieran cumplir oportunamente el contrato. Circunstancias que en ningún momento fueron constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, pues de haberse dado lo supuestos que para su configuración se exigen, era aplicable la cláusula vigésima del contrato, hecho no alegado por el recurrente en su favor. No demostradas las circunstancias eximentes de responsabilidad a efecto de que la Administración no declarará la caducidad del contrato es dable concluir que hubo por lo menos negligencia por parte del contratista, y que ésta fue la que le irrogó la consecuencia negativa pecuniaria en razón de su conducta omisiva sin que en esta oportunidad pueda alegarla en su favor. *"Nemo auditor propiam turpitudinem alegans".*

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Su viabilidad en el campo contractual exige de quien la pide un estricto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, o por lo menos su allanamiento a cumplir frente al incumplimiento de las obligaciones de la contraparte. Como se vió en el *sub-lite*, los supuestos incumplimientos por parte de la Administración no se configuraron pues las variaciones de obra objeto del contrato estaban facultadas en el convenio mismo y además éste no contemplaba como obligatorio el pago del anticipo.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Santa Fe de Bogotá, D.C., Febrero ocho (8) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.* Referencia Expediente R-067. Actor: Sociedad de Ingenieros Contratistas Planificadores Arquitectos - Acoplar Ltda Vs Fondo Vial Nacional. Fallo.

Agotada la tramitación procesal de ley, previa reconstrucción del expediente, sin que se observe causal de nulidad procede la Sala Plena a dictar sentencia en sustitución del fallo del 8 de Agosto de 1985 de la Sección Tercera que fuera anulado por esta Corporación el 22 de Marzo de 1991.

ANTECEDENTES

1) El 11 de Septiembre de 1977 la actora y el FONDO VIAL NACIONAL suscribieron el contrato 419-1977 que tenía como objeto la rectificación, reconstrucción y pavimentación de una variante de 3.6 kilómetros que da acceso al puente sobre el Río Metica en la ciudad de Puerto López.

El contrato, según reza su cláusula primera (Fl. 94 cdno. No. 4) previó la remuneración a precios unitarios según los términos que se señalan en el convenio, y su cuantía, para efectos fiscales se determinó en $92.759.646.59.

La cláusula segunda relaciona los documentos del contrato entre ellos: "Las condiciones generales de contratación del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y los actos o convenios que se celebraran durante su vigencia.

La cláusula tercera, indica el plazo del contrato así: "El contratista se obliga a iniciar la ejecución de las obras dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de la legislación del contrato y a determinarlas y entregarlas dentro de los veinticuatro (24) meses, siguientes contados a partir de la fecha de legalización del mismo".

La cláusula décima, señaló la forma de pago mensual (10 primeros días de cada mes) aplicando los precios unitarios del contrato a la cantidad de obra ejecutada durante el mes anterior, aceptada por el FONDO NACIONAL, y de acuerdo con la fórmula adoptada en el mismo documento.

La cláusula décima segunda, contempla como potestativo del contratante, el pago del anticipo del 20% del valor del contrato teniendo en cuenta las apropiaciones presupuestadas.

La cláusula décima quinta, establece los motivos o circunstancias que facultan al FONDO VIAL NACIONAL para declarar administrativamente la caducidad del negocio.

2) Mediante Contrato No. 501 de Octubre 10 de 1979, se adicionó el anterior para ampliar su plazo de ejecución al 22 de Julio de 1980, ampliar las finanzas y elaborar nuevo programa de trabajo.

3) El 22 de Julio de 1980, se firmó el Contrato No. 320 de 1980, adicional No. 2 al principal 419-77 con las mismas finalidades del anterior: ampliar el plazo hasta el 22 de Agosto de 1980, ampliar las finanzas y elaborar nuevo programa de trabajo e inversiones.

4) Mediante la Resolución 8155 del 22 de Agosto de 1980 el FONDO VIAL NACIONAL declaró la caducidad del contrato 419-77 y sus adicionales (Fl. 22 cdno. No. 2) considerando que el contratista no conservó el ritmo de construcción requerido a la actividad programada, y por lo tanto no cumplió con las metas propuestas, según se señala en: las actas de evaluación del 29 de Junio de 1979, el oficio 299 de Julio 30 de 1979 del interventor de la obra, dirigido al contratista; el oficio FC 02888 del 14 de Septiembre de 1979 del Especialista Sectorial del Banco Internacional de Desarrollo, que con relación al uso del préstamo 455 S/F.C. según oficio FC y una vez efectuada visita de inspección a la obra señalada el incumplimiento del programa de trabajo; el oficio del 12 de Febrero de 1980, suscrito por el contratista aceptando el incumplimiento; la Resolución Ministerial 5348 del 4 de Junio de 1980 que impone al contratista una multa de $231.900 por incumplimiento parcial; la Resolución 7341 de Julio 30 de 1980 que la confirma; el memorando C.C. 1637 del 21 de Agosto de 1980; la comunicación de la Asociación de Ganaderos de Puerto López de fecha Julio 8 de 1980 dirigida al Ministerio de Obras Públicas dando cuenta de sobre irregularidades y demoras en la ejecución de la obra y de los perjuicios causados; el oficio de Mayo 20 de 1980 del Interventor de la Obra y el oficio 418 de 1980 dirigido por Asesorías y Pavimentos Ltda a la Dirección de Construcciones e incumplimiento en la ejecución del contrato y de la situación crítica del sector K. 21- Pachaquiaro-Puerto López, por paralización de la obra.

5) Contra la Resolución 8155 de Agosto 22 de 1980 la contratista ACOPLAR Ltda, interpuso recurso de reposición que fue desatado por la Resolución 9969 de Octubre 10 de 1980 (Fls. 33 a 43 cdno. NO. 2) que la confirmó en su integridad.

LA DEMANDA

Agotada la vía gubernativa acudió por conducto de apoderado ante la Corporación la sociedad ACOPLAR LTDA, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), para que previas las observaciones del proceso ordinario se declara la nulidad de las Resoluciones: R. 8155 del 22 de Agosto de 1980, expedida la caducidad administrativa del contrato 419-77 y sus adicionales y se dispuso hacer

efectiva la multa impuesta por la Resolución 5348 de 1980, y la R. 9969 del 10 de Octubre de 1980, mediante la cual se confirma la Resolución 8155 de Agosto 10 del mismo año. A título de restablecimiento del derecho vulnerado con la expedición de los actos administrativos acusados pide se condene el FONDO VIAL NACIONAL a indemnizar a la actora, los perjuicios de todo orden (daño emergente y lucro cesante), actualizados a la fecha de la sentencia que hayan sido producidos por los actos administrativos que se declaren nulos, en la cuantía que se establezca durante el proceso, o en su defecto, mediante fijación previo el trámite incidental previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Pide igualmente a la Corporación que se liquide el contrato 419-77 y adicionales fijando los valores que el referido FONDO VIAL NACIONAL resulte deberle a la sociedad ACOPLAR LTDA, en razón de que a la fecha de presentación de la demanda aquel no ha cumplido tal obligación, ordenando el pago de las sumas adecuadas mas intereses moratorios comerciales desde la fecha en que debió pagar las obras ejecutadas hasta la fecha en que realice el pago.

Por último pide se condene en costas a la demandada.

Acusa a la declaración administrativa de caducidad de basarse en supuestos incumplimientos por parte de la contratista cuando realmente el incumplimiento es de la contratante que no cumplió los programas de trabajo y los porcentajes de adelanto de obra que son desproporcionados si se tiene en cuenta el término transcurrido.

Alega que se declaró la caducidad de un contrato cuyo término de ejecución expiró el 22 de Julio de 1980, toda vez que la adición No. 320 de 1980, no nació a la vida jurídica, pues no pasa de ser un simple proyecto de prórroga, que tenía como fin único, la cesión de los derechos del contratista a la sociedad VICON LTDA.

Al recurrir la Resolución 8155 de 1980, declaratoria de la caducidad, demostró que según los valores de las tres últimas facturas, o actas de obras realizadas, de los tres últimos meses los promedios fueron superiores a los estimados por las partes. Entonces, cualquier demora en la ejecución de las obras sólo era imputable a la contratante que incumplió desde un principio con sus obligaciones como la del pago del anticipo.

EL FONDO VIAL NACIONAL desconoció que el contratista desde el mes de Julio de 1978 propuso la confección de un acta de modificación de cantidades de obra que solo fue aceptada en Noviembre del mismo año.

Aduce incumplimiento del contrato del hecho de que el valor de las obras ejecutadas según constaba en el acta No. 17 era superior al que se había comprometido la contratista. Invoca como señal de su incumplimiento la contratista la Circular C.L. 05635 del 8 de Febrero de 1980 del Director General de Construcción que "recuerda" que a Noviembre de 1979 la inversión programada era del 52.8% y la ejecutada del 50.43%

No es cierto como se afirma en la Resolución de caducidad, que hubo deficiencia en el equipo necesario para la evaluación de la obra, toda vez que a partir del acta de evaluación del contrato, suscrita en julio 29 de 1979, la firma contratista mantuvo en las zonas de la obra equipo y maquinaria suficientes, hasta encontrarse cuatro (4) palas explotando y un promedio de veinticinco (25) volquetas transportando, más el indispensable para la compactación.

Punto neurálgico, a todo lo largo del período contractural, lo constituyó las sucesivas determinaciones de la entidad contratante, en el sentido de modificar las cantidades de obra relacionadas con la capa esfáltica. Así hubo momentos en que se redujo la casi totalidad del volumen contratado, lo que motivó la propuesta del contratista mediante comunicación del 29 de noviembre de 1979, 18 de enero de 1980, 12 de febrero de 1980 y 20 de febrero del mismo año. En estas comunicaciones se destaca como el volumen del mismo año. En estas comunicaciones se destaca como el volumen de concreto esfáltico que se había contratado había sufrido una reducción o mengua del orden del 90%, lo que de suyo está demostrando el incumplimiento por parte del Fondo Vial Nacional.

Conforme a acta de octubre 14 de 1979, se dispuso por el Fondo Vial que el volumen del concreto esfáltico, tan solo se limitará a un escaso 26.3% de lo convenido.

Esas protuberantes reducciones en las cantidades de obra, variables a voluntad de la entidad contratante en forma sistemática, le impidieron el desplazamiento y montaje de la planta de asfalto, pues su costo es de bastante magnitud y además para conseguir la planta de las características utilizadas en la obra, era indispensable conocer, a ciencia cierta, la magnitud o proporción de ésta.

Antes de aceptar el incumplimiento, en carta de 12 de febrero de 1980, se sugiere una vez más a la entidad contratante, que sea indispensable la celebración de un contrato adicional en el que se dé cabida a la totalidad de las obras necesarias, para las que han ido surgiendo y que constituyen lo que se denomina "obras nuevas".

En cuanto a las explanaciones y al acarreo de materiales excavados, la interventoría modificó el diseño original de la ejecución de terraplenes, con base en préstamo lateral o terraplenes acarreados con distancias variables y en general apreciables. En diciembre de 1979, la cantidad fue incrementada en 300.000 m3. Km (58.8% de aumento sobre lo contratado) en Enero de 1980, se copó totalmente este item, trayendo como consecuencia que de allí en adelante no se pudiera facturar, ni siquiera un solo metro cúbico por kilómetro, hasta el punto de que se le adeude a la contratista, por este concepto una suma apreciable.

Otras actividades de cargue a distancia mayores de 3.000 metros, excavaciones con pala en préstamos y extendida de materiales de desecho, se hallaban próximas al agotamiento de la cantidad aprobada, por lo que faltando la fuente para los terraplenes o pedraplenes, se carecía en absoluto del apoyo principal para los referidos acarreos, impidiéndose así su ejecución.

Respecto a las llamadas excabaciones en seco y bajo agua que forma parte del *item* obras de arte, se agotó totalmente desde febrero de 1980 y por consiguiente, de ahí en adelante no fue posible facturar los nuevos volúmenes que se produjeron, lo que constituye también una suma apreciable.

Se cambiaron sustancialmente las cantidades de obra y se obliga a efectuar nuevas obras, hasta el punto que durante el desarrollo del contrato, se presentaron diez y siete (17) actividades nuevas que no se habia contemplado en el pliego de condiciones. En cuanto hace a las explanaciones se pasó del 22.3 % al 49.1 %, lo que de suyo esta significado un cambio sustancial en dicho *item*, pues representa un incremento del 120%.

Por considerarlo de interés, consigna un cuadro comparativo, a tres columnas, en donde señala la cantidad contratada; el aumento o disminución que sufrió el respectivo *item*; y el porcentaje de aumento o disminución.

Resalta que las cifras allí señaladas corresponden a lo establecido en el acta de modificación de cantidades de obra probada en diciembre de 1979. Y dice que si se establece la comparación con lo que según la interventoria, era necesario realizar para ejecutar la obra en su totalidad, se encuentra variación aún más alarmante.

Señala que con posterioridad a la Resolución No. 9969 del 10 de octubre de 1980, en la que ni aceptó la Administración reponer la resolución declaratoria de caducidad, el FONDO VIAL NACIONAL celebra con la compañía de Seguros Universal S.A; un supuesto convenio de subrigación, fechado el 15 de diciembre de 1980, para que la Compañía aseguradora ocupara el lugar y los derechos que

habían correspondido a ACOLPAR LTDA. convenio que califica de entuerto jurídico, pues en el mismo auto se autoriza a la compañia Seguros Universal S.A., para que subcontrate la obra faltante con la sociedad Inexpa Ltda., quien en últimas parece ser la que está desarrollando las obras objeto del contrato.

Concluye que los actos administrativos demandados han ocacionado y ocacionaran innumerables perjuicios, de toda orden de la sociedad.

Citó como disposición violadas los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional; 1546, 1602 y 1609 del Código Civil; 871 del Código de Comercio y el 191 del Decreto 150 de 1976.

EL CONCEPTO FISCAL

La fiscal segunda de la corporación solicitó no acceder a las súplicas de la demanda al considerar que contrariamente a lo expuesto por la actora, la caducidad del contrato fue declarada dentro de la vigencia del término contractual pactado entre el FONDO VIAL NACIONAL y la sociedad ACOPLAR LTDA, porque no hay duda que el contrato adicional 3020 -80 cuyo objeto fue: a) El de ampliar el plazo; b) Ampliar las fianzas y c) elaborar un nuevo programa de trabajo, se perfeccionó de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 7a. en concordancia con lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 150 de 1976 entonces vigente, toda vez que según da cuenta el oficio 11435 de agosto 20 de 1980 dirigido al Auditor General, al Ministerio de Obras Públicas, el contratista allegó las pólizas Nos. 063- 7405 y 073 - 7404 de la Compañía de Seguros Universal S.A y éstas fueron aprobadas por el Ministerio en tal fecha. Pólizas que amparaban el contrato principal 419 - 77 y los adicionales 501 - 70 y 320- 80.

No son ciertas las razones esgrimidas por la actora para justificar su incumplimiento porque:

1) No era recibo el cargo de tardanza de la administración al pagar el anticipo, porque la cláusula décima del contrato no señala tal pago anticipado como obligatorio, pues no estableció término para el efecto, ni condicionó la ejecución de las obras que estaban a cargo de la contratista, a su entrega. Cláusula que conoció con anterioridad el contratista y que aceptó como tal.

2) No hubo incumplimiento por parte de la contratante al variar las cantidades de obra, cambiar el diseño de la estructura base y pavimentos porque la cláusula sexta del contrato prevé que : "las cantidades de obra consignadas en esta cláusula son aproximadas y se pueden aumentar o disminuir o suprimir durante el desarrollo del contrato a voluntad del FONDO VIAL NACIONAL".

Estima que lo que si está probado abundantemente en el proceso, es el incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones para con el FONDO VIAL NACIONAL, el que se evidencia tanto de las comunicaciones remitidas por el interventor de la obra, haciendo referencia en forma reiterada del lento avance de los trabajos, la falta de dotación de equipos suficientes y adecuados y a la mora en aprender determinadas obras; como de la comunicación enviada en septiembre de 1979 por el Especialista Sectorial del Banco Interamericano de Desarrollo (entidad que financió el proyecto) al Ministerio de Obras Públicas, en el que da cuenta de la visita del 29 de agosto del mismo año y de la gran preocupación que causa el ritmo lento de los trabajos, siendo de esperar el incumplimiento en el plazo.

Incumplimiento que también se deriva de lo consignado en el "acta de evaluación del contrato No. 419 - 77 de fecha junio 29 de 1979, suscrita por el Jefe de la División de Interventorias, el Jefe de la Sección Supertécnica, dos representantes de asesoras y pavimentos y dos representantes de ACOPLAR LTDA, en la que se consigna que el ritmo de construcción de la obra no corresponde a la actividad programada, trayendo como consecuencia un retraso en el cumplimiento del contrato, advirtiendo que el 30 de julio y el 30 de septiembre el Ministerio y la interventoría comprobarían la realización de las metas señaladas y en caso de incumplimiento se anuncia la aplicación de las sanciones previstas en la cláusulas vigésima tercera del contrato. Así como en la propia Resolución 5348 de 1980 que finalmente impuso la multa de $ 231.000 por el incumplimiento parcial de las obligaciones, y la que la confirma, que hacen el recuento de sucesivo incumplimiento por parte del contratista.

Finalmente, señala como la solicitud de subrogación del contrato presentado por la actora, demuestra que afrontaba problemas económicos que le impedía el cabal cumplimiento de las obligaciones del contrato.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el mismo orden planteado analiza la Sala los cargos que contra el acto administrativo acusado impetró la actora en la demanda.

1. - Declaratoria inoportuna de la caducidad administrativa

La hace consistir la actora en el hecho de haberse declarado la caducidad cuando ya el término del contrato adicional 320-80 no pasó de ser un simple proyecto que no se perfeccionó por no haberse cumplido la totalidad de las formalidades exigidas en la ley.

Este aspecto fue analizado detalladamente por la Corporación en la sentencia del 22 de marzo de 1991, anulatoria del fallo dictado el 8 de agosto de 1985 en este juicio por la Sección Tercera, providencia en la que al avocar el cargo de violación de los artículos 39 y 45 del Decreto 150 de 1976 y 59 de la Ley 4a. de 1913, dijo la sala plena :

"El artículo 45 del Decreto 150/76, norma indicada como violada por falta de aplicación, se refiere a las formalidades que debían cumplir los contratos adicionales con el criterio de ser mas sencillas o expediente que las exigidas (por el art. 39) para el perfeccionamiento inicial de los contratos. Después de establecer pautas para los adicionales que impliquen cambio del valor inicial, de lo cual no se trataba en este caso, expresa que "las relacionadas con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantía."

"Con relación al aspecto de las garantías, que es el punto central de la controversia, la diferencia de este norma con el artículo 39 del mismo estatuto, en el cual se apoyó la Sección Tercera, estriba en que éste, al regular los requisitos para el perfeccionamiento de los contratos (se entiende el inicial) establece que "... los contratos que celebre la Nación se entienden perfeccionados ... con la aprobación de las fianzas que es constituyan conforme al presente estatuto..."

"La diferencia es obvia y obedece a la realidad de los negocios: al celebrarse por primera vez al contrato se le exige al contratista la constitución de garantía, lo cual debe quedar hecho antes en debida forma y por ello el estatuto condiciona el perfeccionamiento del contrato a "la aprobación de las fianzas" o sea, a la verificación previa y conformidad expresa de la Administración. Mientras que tratándose de simples adiciones del plazo, el estatuto habla de "prorroga de garantías", deben progarse por el nuevo plazo convenido.

"y, concretamente en el caso de garantía mediante seguros, se precisó considerar que obviamente no son iguales para la contratación inicial como para su prórroga o renovación. Un elemental conocimiento de la regulación del contrato de seguro indica que el principio de unidad del mismo- redunda en que los anexos necesariamente se refieren a la póliza a que acceden.

"De tal suerte que cuando un acto administrativo como la Resolución 8155 (página 18 de la sentencia) que declaró la caducidad y ordenó hacer efectiva la garantía del cumplimiento del contrato principal 419 de 1977 y sus adicionales 501- 79 y 320- 80, mencionó como tales garantías las pólizas Nos. 063/7338 de octubre 14/77 y 063/7405 de 1979 y el anexo" No. 4813 de julio 29 de 1980, de Seguros Universal S.A.", esta última identificación como ane-

xo" de por si indicaba que se trataba del mismo contrato de seguros (póliza 063/7338) que en su oportunidad debió ser aprobada cuando se celebró el contrato 419 en el año de 1977 y que el citado anexo" estaba vinculado necesariamente a la modificación del plazo concertada mediante el contrato 320-80.

"Por razón del objeto del contrato adicional 320-80 de prórroga del plazo del contrato por un mes, no era aplicable la exigencia del artículo 39 del Decreto 150/76 relativa a la "aprobación de fianzas, sino el de la prórroga" de las garantías" que consagra el artículo 45 como formalidad de los contratos adicionales y era evidente que esto se cumplió con la presentación del anexo a la póliza..."

"...Por otra parte, cuando el art. 39 establece los requisitos necesarios para el perfeccionamiento de los contratos y se inicia diciendo que "...salvo disposición en contrario...."se refiere a disposiciones legales, mas no ha las simplemente contractuales, las cuales, por los demás, no puede establecer condiciones para el perfeccionamiento o validez, destinar a las de la ley y menos aún con un valor tal, que su incumplimiento genere nulidad del contrato..."

Se concluye así que no asiste razón a la actora sobre la terminación del contrato antes del 22 de agosto de 1980.

Igualmente precisó la sentencia, el alcance del contenido del artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal, en cuando orden que "todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención legal, se entenderá que terminan a la media noche del último día del plazo", regla que se aplica a cualquiera plazos o términos prescritos en las leyes o en los actos de las autoridades nacionales, sin que se requiera mayor esfuerzo para precisar que si el último día del plazo concedido era el 22 de Agosto de 1980, vencía a la media de este último día y cualquier momento anterior a éste era válido para que la administración ejerciera la facultad de declarar la caducidad. En parte alguna la ley ha señalado un lapso de horas o de día previos para ejercer tal prerrogativa, al contrario, ella dura tanto como dure el contrato.

La caducidad como cláusula connatural del contrato administrativo, que por disposición legal se entiende pactada aún cuando no se consigne expresamente (art. 53 Decreto 150 de 1976) al pertenecer al contrato dura por el mismo término de éste, es decir hasta el final del último instante del plazo o término pactado.

En consecuencia no existe la menor duda de que la caducidad en el caso *sub-lite* fue declarada oportunamente por la administración y con fundamento en la

atribución contenida en los artículos 49,50,51 y 52 del Decreto 150 de 1976, entonces vigentes. Y por lo tanto no se vulneraron los artículos 26 y 30 de la constitución Nacional, pues la imposibilidad sobreviniente que alega el demandante para continuar contratos con la administración no nace de los actos acusados, como quiera que ellos fueron simple consecuencia de la negligencia observada por el contratista en el cumplimiento del convenio, y si algún perjuicio derivó para propiedad privada, también éste tuvo su génesis en la propia negligencia de la actora, antes mencionada.

2) **Violación del artículo 1602 del Código Civil**

Este cargo como el anterior se fundamenta en el incumplimiento por parte del FONDO VIAL NACIONAL de los términos del contrato, el que hace derivar en la demanda de las siguientes circunstancias:

a) Demora en el pago del anticipo

b) El contratista presentó desde el mes de julio de 1978 la confección de un acta de modificación de las cantidades de obra, que tan sólo fue aceptada en noviembre.

c) Las sucesivas determinaciones de la entidad concretante, en el sentido de modificar las cantidades de obra relacionada con la capa asfáltica, pues hubo momentos en que se redujo la casi totalidad del volumen contratado, lo que motivó la protesta del contratista mediante comunicación de noviembre 29 de 1979 y Enero 18 de 1980 en donde se destaca cómo el volumen de concreto asfáltico que se había contratado sufrió reducción o mengua del orden del 90%, y el que finalmente conforme al acta de octubre 14 de 1979 se dispuso que se limitaría al 26% de lo convenido.

d) La modificación por parte de la interventoría del diseño original de ejecución de terraplenes, cantidad que fue aumentada en diciembre de 1979 en 300.000 M3 que equivale al 58.8% de lo inicialmente contratado, copado así el item trayendo como consecuencia, que de ahí en adelante no se pudiera facturar.

Respecto a las llamadas excavaciones en seco o bajo agua, se agotó desde febrero 1980, siendo imposible su facturación de ahí en adelante.

Cambio sustancial de la cantidad de obra contratada según lo explica en el cuadro que señala la variación positiva o negativa frente a lo inicialmente contratado.

e) La no liquidación del contrato luego de declarada su caducidad.

A juicio de la sala estos cargos tampoco están llamados o prosperar porque:

Las variaciones o modificaciones del contrato. Tal como se infiere del parágrafo de la cláusula cuarta y cláusula sexta del contrato, se prevén los cambios de especificaciones del objeto del contrato, la variación de las cantidades de obra acordadas así como imprevistas que implican la necesidad de modificación del convenio en su valor o plazo. Y la cláusula vigésima cuarta, atendiendo a lo dispuesto en el Decreto 150 de 1976, al tratar de las obras complementarías expresó: En caso de que a juicio del FONDO VIAL NACIONAL sea necesario ejecutar obras complementarías no previstas en el contrato y que por su naturaleza forma parte de la obra contratada, el contratista estará obligada a ejecutar dichas obras a los precios unitarios del contrato, siempre y cuando que las obras complementarías en sus ítems mayores no sobrepasen el porcentaje que establece las disposiciones que reglamentan las materia."

Entonces, acordadas las cláusulas que permitían la variación de las cantidades de obra aumentándolas, disminuyéndolas o suspendiéndolas no puede el contratista alegar tales circunstancias para endilgar incumplimiento al contrátente y así amparado con el principio de la *exceptio nom adimpleti contractus* justificar su propio incumplimiento.

No desconoce la Sala el hecho de que las modificaciones en las unidades de obra, como las obras adicionales no previstas que sean indispensables para la ejecución de la obra contratada pueden implicar un retraso en el término de ejecución del contrato, pero precisamente se anota que en el *sub-lite* hubo 2 contratos adicionales 501/79 y 320/80 que básicamente tuvieran como objeto la prórroga del plazo y consecuencialmente la ampliación de las garantías.

Tampoco puede alegarse que hubo incumplimiento del contrato por parte de la administración al no cancelar oportunamente el anticipo porque realmente la cláusula décima segunda del contrato faculta pero no obliga a la contratante a cancelar tal anticipo. De tal suerte que dadas las modalidades precontractuales y el contrato mismo, si el contratista accedió a celebrarlo en las condiciones allí previstas (en este caso sin obligación de anticipo) no puede alegar incumplimiento del contrato por la circunstancia de que con posterioridad a tal fecha la administración accede a anticiparle un porcentaje del valor de la obra y supuestamente se demore al tramitir la cuenta de cobro, en razón de la apropiación presupuestal requerida. Anticipo de que todas maneras se concedió mediante la Resolución 11121 del 2 de Noviembre de 1977 por la suma de $18.551.929.32 comenzando así la ejecución del contrato en Marzo de 1978.

Entonces de la circunstancia de que la Administración haya hecho uso de las atribuciones acordadas en el contrato para pegar voluntariamente el anticipo y ajustar las cantidades de obras requeridas no puede alegarse incumplimiento porque, precisamente ajustándose a él como a las modalidades inherentes a la obra contratada efectuó los cambios necesarios para su realización.

No prospera el cargo de violación del artículo 1602 del Código Civil.

3) Violación de los artículos 1546, 1603 y 1609 del Código Civil

Al formular el cargo, el libelista alega que estos artículos al igual que el 1602, constituyen normas angulares y soporte de las obligaciones bilaterales. El primero de ellos enseña que la condicción resolutoria o la de cumplimiento constituye un privilegio del contratante cumplido o del que se allana a cumplir, que no requiere ser consignada en forma expresa en el negocio o acto contractual, sino que antes bien se encuentra implícita, insita o tácita en todos los contratos de esta categoría; la segunda, preceptúa que los contratos deben ejecutarse de buena fe y "por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresan, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella" y la última que consagra la excepción de contrato no cumplido.

Como se analizó al evacuar el cargo anterior, la actora hace derivar la falta de cumplimiento por parte de la administración, de las circunstancias de haber variado las cantidades y especificaciones de las unidades de obra contratadas adicionales solicitadas por ella. Expone que no sobra recordar que el contrato administrativo no tiene la característica de un reglamento disctado por la administración de tal suerte que ésta pudiera modificarlo o terminarlo a su antojo, sin sujeción a las normas civiles que rigen cualquier contrato.

A juicio de la Corporación tampoco prospera el cargo que con base en los artículos 1546, 1603 y 1609 del Código Civil, formula la actora por las siguientes razones:

1) Para la época en que se celebró el contrato, estaba vigente el Decreto 150 de 1976, contentivo del Estatuto para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, norma que por ser de naturaleza especial y posterior a las normas de contrato del Código Civil se aplicaban de preferencia. Los artículos 47,48,49 a 53, de dicho estatuto señalaban las cláusulas obligatorias que deban contener tales contratos, y entre ellas el artículo 49 literal d) señalaba como causal especifica de la caducidad: "el incumplimiento por parte del contratis-

ta de sus obligaciones, si a juicio de la entidad contratante se hace inconveniente la continuación del contrato".

2) Dicha caducidad quedó consignada como cláusula vigésima quinta del contrato así:

"El FONDO VIAL podrá declarar la caducidad administrativa de este contrato, por medio de Resolución debidamente motivada en los siguientes casos:

a) Por disolución de la sociedad contratista o por muerte de uno o más de los socios, cuya participación sea necesaria para la ejecución del contrato.

b) Por incapacidad financiera del CONTRATISTA que se presume cuando se le declara en quiebra judicialmente o se le abre concurso de acreedores; cuando el CONTRATISTA ofrezca concordato preventivo, se retrase en el pago de salarios y prestaciones sociales o sea embargo judicialmente.

c) **Por mala organización de los trabajos, si éstos a juicio del FONDO VIAL operaren en perjuicio de la ejecución del contrato.**

d) **Por incapacidad del CONTRATISTA de cumplir planos, especificaciones programadas y plazos o por cualquier otro incumplimiento notable de sus obligaciones contractuales por causas implicables a él.**

e) Si los trabajos se suspenden sin causa justificada no se considera como causa justificada el retraso por parte del FONDO VIAL hasta por el término de dos (2) meses, para el pago de las cuentas o Actas al CONTRATISTA.

f) Si la calidad de los trabajos realizados no fueren aceptables a juicio de la Dirección General de Construcción de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

g) **El incumplimiento por parte del CONTRATISTA de cualquiera de sus obligaciones, si a juicio del FONDO VIAL se hace inconveniente la continuación del contrato".** (Subraya la Sala).

3) Tales disposiciones se consideraron expresamente como condiciones del contrato (Cláusula Segunda Numeral 1).

4) El incumplimiento de las obligaciones del contratista como su capacidad de cumplir plazos, especificaciones y programas, se evidencia de los siguientes hechos probados en el proceso así:

- El oficio 184 de 1978 remitido al contratista, en el cual a su vez da cuenta del oficio DC 46276 de la Dirección General de Carreteras del Ministerio de

Obras Públicas en el que se hace referencia el escaso rendimiento de los trabajos y la urgente necesidad de recuperar el retraso presentado (Fl. 119 cdno. 4).

- El oficio 299 de Julio de 1979 mediante el cual se formulan consideraciones al acta de evaluación y se indica, que de la obra que debió ejecutarse a tal fecha, sólo se ha cumplido el 75%; que aunque el equipo ofrecido en el programa se encuentra en la obra, existe descompensación entre el volumen transportado y la capacidad de compactación, con existencia de tramos de la obra que presentan fallas de este tipo. Que en razón de que programa para el mes de Agosto contempla la construcción de obras de arte y base granular, a tal fecha ya debían estar localizadas en la obra las tuberías y que a la misma fecha ya debería estar al frente de los trabajos el Ingeniero Director Residente (Fl. 120-121).

- El oficio 411 de 1980, que señala a la contratista el lento avance de la obra, debido a que el equipo que está trabajando en la carretera es mínimo, el personal de drenaje igualmente mínimo, el trabajo de rellenos casi nulo, falta de equipo de trituración y, la conminación para un programa real inmediato de trabajo que permita abrigar esperanzas de que la obra va a sufrir una transformación importante. (Fl. 122-123 cdno. No. 4).

El oficio 418 de 1980 de Junio 17 de 1980 dirigido al Director General de carreteras es el que se indica que el contratista en la reunión efectuada en el despacho del Secretario General se comprometió a tener instalada el 15 de Junio la planta de asfalto y trituración, sin que hasta tal fecha haya cumplido y que ni siquiera había adelantado en el sitio ninguna clase de aislamiento para tal fin y que además:

> "En los últimos 15 días se ha venido retirando el equipo y el ritmo de trabajo ha disminuido hasta tal punto que la obra se encuentra totalmente paralizada.
>
> "El retiro del equipo ha creado una situación difícil para el proyecto y en la actual época de invierno se presentaron interrupciones de tráfico hacia el resto del Llano que puedan ocasionar graves problemas de orden público."

Señala además, cómo la interventoría ha enviado al contratista en previsión de los posibles retrasos e incumplimientos, los oficios 2 y 72 de noviembre de 1978, 210 de enero 10 de 1979; 244 de enero 31 de 1979, 238 de febrero 20 de 1979; 251 de marzo 21 de 1979; 264 de mayo 4 de 1979; 278 de junio 8 de 1979; 290 de julio 16 de 1979, 209 de julio 30 de 1979 y el oficio sin número de diciembre 7 de 1979. Y en el año de 1980, en relación con el lento avance de las obras, retrasos en programas de construcción, deficiencias en los equipos, etc, los oficios 357, 388, 406 y 411 sin que fuera posible observar progreso alguno.

El memorando C-E 155 a del 8 de agosto de 1980, en el que el supervisor de la obra, señala que hecha la inspección a la obra ésta estaba paralizada (Fl. 129 No. 4).

La respuesta dada por la contratista a los reclamos de la administración sobre la no oportuna localización de la planta de asfalto, que expone la presentación de situaciones que se escaparon a su control y por ello los resultados fueron fallidos. No obstante no alegó ni probó las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito en su favor que le hubieran permitido conforme a la vigésima cláusula del contrato exonerarse de responsabilidad.

Igualmente los informes mensuales de obra Nos. 27 a 32 señalan el reiterado retiro del equipo de la obra y la suspensión de los trabajos.

Adicionalmente en la diligencia de inspección judicial que obra a folios 71 a 104 del cuaderno No. 2, admite el contratista la subcontratación sin autorización del FONDO VIAL NACIONAL, para la ejecución de las obras objeto del negocio jurídico con SICO LTDA Y PAZ ASOCIADOS y Hernando Pineda.

Estos hechos aunados al concepto del delegado del BID que visitó la obra el 9 de agosto de 1978, sobre las retraso de los trabajos permiten concluir que el contratista si se colocó en las circunstancias previstas tanto en el contrato como en el Decreto 150 de 1976 que ameritaban, a juicio de la contratante no sólo la declaratoria de caducidad, sino la imposición de la sanción pecuniaria, prevista en la cláusula vigésima tercera, que por los mismos hechos le fuera impuesta mediante la Resolución 5348 de julio 4 de 1980, en razón al memorando CE 000078 de mayo 7 de 1980.

En consecuencia no prospera el cargo de violación de las normas del Código Civil invocadas por el actor.

4) Violación del artículo 1551 del Código Civil

Dispone este artículo: "El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, puede ser expreso o tácito ..." término que el actor considera extinguido desde el 22 de julio de 1980, día en que la contratante perdió la prerrogativa, superioridad o ventaja para poder darlo por terminado y declarar incumplido

el contrato, y en consecuencia no podía la administración, sin violar dicha norma declarar la caducidad.

Cargo que no prospera, porque como se analizó en el punto No. 1 y como lo expresó la sentencia del 22 de marzo de 1991, el término se prorrogó en virtud del contrato adicional 320 de 1980, hasta el 22 de agosto del mismo período plazo que vencía a las 12 de la noche del mismo mes y año, por lo que estando vigente el contrato en tal fecha, la resolución de caducidad dictada en ese día por la administración, no violó el plazo establecido en el contarto y por ende el artículo 1551 del Código Civil.

5) Liquidación del contrato como efecto de la caducidad.

Observa la Sala que la cláusula décima sexta del contrato relativa a las garantías contempla en su parágrafo la subrogación del contrato por parte de la aseguradora así:

"PARAGRAFO.- ...En los certificados de seguro figurarán las siguientes cláusulas adicionales:

"Primera. - Se entenderá incumplido el contrato garantizado que vincula al CONTRATISTA con el FONDO VIAL cuando éste se encuentre ejecutoriada.

"Segunda.- La obligación de la aseguradora es alternativa, así: a) **terminar satisfactoriamente las obras objeto del contrato garantizado:** b)- pagar la suma asegurada.

En el primer evento la aseguradora podrá subrogarse en las obligaciones del CONTRATISTA para el FONDO VIAL en cualquier momento, cuando el programa de trabajo a inversiones del contrato garantizado sufra atraso o la interventoría manifieste cualquier incumplimiento no debido a fuerza mayor; en el segundo evento el paso se hará directamente al FONDO VIAL.

"TERCERA Se entienden incorporadas al presente contrato de seguro todas las estipulaciones del contrato garantizado e igualmente todos los documentos que lo determinan, regulan, complementan y adicionan...."(Subraya la sala).

Declarada la caducidad del contrato celebrado con ACOPLAR LTDA, garantizado por la Compañía de Seguros Universal, éste al serle notificadas las Resoluciones Nos. 8155 del 22 de agosto de 1980 y la 9969 del 10 de octubre de 1980, mediante oficio 605597 del 24 de noviembre de 1980, dirigió al Ministro de Obras

Públicas, manifestó con base en la cláusula contractual transcrita, y haciendo uso de la alternativa, subrogase en todos los derechos y obligaciones emanadas del contrato 419 de 1977 y adicionales, con el fin de terminar a satisfacción del FONDO VIAL NACIONAL las obras del contrato garantizado subcontratado para el efecto las obras faltantes con INEXPA LTDA.

Subrogación que llevó a cabo mediante el convenio de subrogación de diciembre 15 de 1980, (Fl. 36 a 37 cdno. No. 3) cuya cláusula primera y segunda expresan:

"CLAUSULA PRIMERA: La Compañía de Seguros Universal S.A., en su calidad de garante de la Sociedad ACOPLAR LTDA, en el cumplimiento de los contratos principal No. 419-77; 501-79 y 320-80 adicionales, celebrados entre el FONDO VIAL NACIONAL y la Sociedad Acoplar Ltda, y según las pólizas de seguros números: 063/7338 de octubre 14 de 1977, 7320/7405 de noviembre 18 de 1977; anexos 3775 de noviembre 19 de 1979; 4907 de diciembre 3 de 1979 y el 4813 de julio 29 de 1980, CUM- 063/7404 de noviembre 18 de 1977 y anexos 3773 de noviembre 19 de 1980/7404 y anexo 4814 de julio 28-80 y 063/7405 anexo 4813 de julio 29/1979, 4908 de fecha diciembre 3 de 1979, y se subroga en todos los derechos y obligaciones que se hayan originado por causa del contrato principal y adicionales atrás referidos y se obliga **a terminar a satisfacción del FONDO VIAL NACIONAL las obras faltantes para la rectificación construcción y pavimentación del sector B - Pachaquiaro (K.57 + 000) Puerto López (K. 83 + 019) de la carretera Villavicencio- Puerto López y construcción de las variantes de 3.6 Kmts, que da acceso al puente sobre el río Metica en la ciudad de Puerto López, de conformidad con las cantidades de obras faltantes a la fecha del contrato y teniendo en cuenta el Acta de modificación de cantidades de obra suscrita en la fecha del presente convenio.**

"CLAUSULA SEGUNDA: La Aseguradora Subrogataria subcontratará las obras faltantes con la Sociedad Ingeniería Explaneación y Pavimentos Ltda "Inexpa Ltda", o con la sociedad o persona inscrita en el ministerio de obras Públicas y Transporte previa aprobación del FONDO VIAL a petición de la Aseguradora - Subrogatoria....." (Subraya la sala).

El Código Civil en sus artículos 1666, 1667 y 1670 regula lo concerniente a la subrogación y enseñan que:

"Artículo 1666. - La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga".

"Artículo 1667. - Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley o en virtud de una convención del acreedor".

"Artículo 1670.- La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda.

"Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos relativamente a lo que se le resta debiendo, con preferencia al que solo ha pagado una parte del crédito. "

Es decir que subrogado el asegurador en los derechos y obligaciones inherentes al contrato cuya ejecución aseguró y comprometiéndose al cumplimiento del objeto pactado, no puede en realidad asimilarse los términos de caducidad del contrato con el de" terminación del contrato"

Si bien es cierto que en algunos caso la caducidad implica la terminación del contrato, en el evento que se discute, el contrato no se terminó, sino que siguió su curso en virtud de la subrogación, que en el mismo y con relación a los derechos y obligaciones de ACOPLAR LTDA, realizó Seguros Universal, por lo que su liquidación sólo era procedente cuando terminara de manera definitiva por cumplimiento del objeto u otra causa el contrato entre el FONDO VIAL NACIONAL y el garante Seguros Universal.

Si el contratista ACOPLAR LTDA, pacto en la cláusula décima sexta del contrato 419 de 1977 la subrogación de derechos y obligaciones en favor del garante y en beneficio de la contratante y éste se cumplió, no podía reclamar del Ministerio de Obras Públicas la liquidación del contrato. En primer lugar porque éste no había concluido y en segundo lugar porque frente al contratante, en virtud de las normas del Código Civil antes transcritas, que tratan de la subrogación, sólo tenía acción para efectos de la liquidación del contrato la garante, quien en virtud del mismo se subrogó en los derechos y obligaciones inherentes a los contratos 419 de 1977, 501 de 1979 y 320 de 1980. Sin perjuicio de que el contratista ACOPLAR LTDA reclama ante la subrogante "Seguros Universal" las sumas que en virtud de la parte ejecutada de la obra resulten a su favor después de liquidar el contrato una vez se produjera su terminación de acuerdo con su cláusula vigésima octava que indica:

"Una vez terminado este contrato por cualquier motivo, deberá liquidarse de acuerdo con las normas establecidas por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, para la fecha en que se efectúa dicha diligencia."

Distinto hubiera sido el caso si en el contrato no hubiera existido el pacto de subrogación, o si existiendo, la aseguradora no se hubiera subrogado en los derechos y obligaciones del contrato evento en el cual sí era imperativo que se procediera a la liquidación. Pero dándose la subrogación no puede entenderse que hubo terminación del contrato.

No prospera en consecuencia los cargos de violación por parte de los actos acusados de las normas superiores contenidas en los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 1546, 1551, 1602, 1603, y 1609 del Código Civil indicadas por la actora y por lo tanto no se accede a estimar la petición principal de la demanda referida a la nulidad de las Resoluciones Nos. 8155 del 22 de agosto de 1980 ni de la Resolución 9969 del 10 de Octubre que la confirma.

No puede así mismo accederse a las pretensiones subsidiariamente formuladas en primer lugar porque la pretensión indemnizatoria se condiciona a la prosperidad de la primera, referida a la nulidad de los actos administrativos que declararon la caducidad del contrato que no prosperó. Y en segundo lugar ellas resultan improcedentes porque:

a) No se produjeron por parte de la administración perjuicios al contratista (daño emergente y lucro cesante a términos de la demanda) pues si alguna pérdida material tuvo la actora por razón del contrato ella se produjo como consecuencia de no haber analizado al momento de obligarse con el contrato inicial, cuantas podrían ser las variaciones que se presentaran en la ejecución del contrato, modificación que por estar pactada en el convenio podía ordenar unilateralmente la Administración; tampoco previó las circunstancias adversas climáticas (invierno) que a su juicio le impidieron cumplir oportunamente el contrato. Circunstancias que en ningún caso fueron constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, pues de haberse dado los supuestos que para su configuración se exigen, era aplicable la cláusula vigésima del contrato, hecho no alegado por el recurrente en su favor.

No demostradas las circunstancias eximientes de responsabilidad a efecto de que la Administración no declarará la caducidad del contrato es dable concluir que hubo por lo menos negligencia por parte del contratista, y que ésta fue la que le

irrogó la consecuencia negativa pecuniaria en razón de su conducta omisiva sin que en esta oportunidad pueda alegarla en su favor. "*Nemo auditor propiam turpitudinem alegans*".

Tampoco del artículo 1609 del Código Civil alegado, con base en el supuesto incumplimiento del contrato por parte de de la Administración puede pretender derivar un beneficio el actor, porque si el incumplimiento fue de parte y parte, se produce un efecto enervante y no nace la obligación indemnizatoria para ninguno de los contratantes, porque su viabilidad en el campo contractual exige de quien la pide un estricto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, o por lo menos su allanamiento a cumplir, frente al incumplimiento de las obligaciones de la contraparte. Como se vio en el sub-lite, los supuestos incumplimientos por parte de la administración no se configuraron pues las variables de obra objeto del contrato estaban facultadas en el convenio mismo y además éste no contempla como obligatorio el pago del anticipo.

Es imposible así mismo acceder en esta oportunidad a la liquidación del contrato a causa de la caducidad declarada no se presentó concomitantemente su terminación, sino que éste continuo con la garante como antes se anoto y sólo a su Administración, tal liquidación, pero no así de la jurisdicción, menos aún cuando no se ha probado la terminación del contrato, y aún cuando ésta es de suponerse a la fecha de este fallo, no se hace mención ni se encuentra probado dentro del proceso que haya terminado el contrato objeto de subrogación y que éste no haya sido liquidado por los contratantes. Tampoco se ha alegado ni probado que haya existido omisión o negativa por parte de la Administración, ante la petición del interesado en este sentido, o que las sumas liquidadas no corresponden a las reales; únicos eventos en los cuales sería posible, un pronunciamiento de la jurisdicción en tal sentido.

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

FALLA

1.- DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

2.- RECONOCESE al doctor José Maximino Gómez González como apoderado de la sociedad actora conforme con los términos del poder que obra a Folio del cuaderno No. 1.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha Febrero 7 de 1995.

Diego Younes Moreno, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza, Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de M., Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leiva, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela,* ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Miguel Viana Patiño, Amado Gutiérrez Velásquez;* ausente; *Jaime Ahumada Díaz, Conjuez,* ausente.

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. PRUEBA INDICIARIA. INDICIO CONTIGENTE. INSUBSISTENCIA. DESVIACION DE PODER. CARRERA ADMINISTRATIVA-Suspensión Excepción. **ESTADO DE SITIO. DOCUMENTO PUBLICO**

Se trata de funcionario de libre nombramiento y remoción y no existía para el Ministerio de Salud una situación anormal como la que justificó para el Ministerio de Haciénda la posibilidad excepcional de decretar suspensión de los funcionarios. Tampoco puede afirmarse que se le negó proceso disciplinario porque no está demostrado que la Administración hubiera alegado motivo alguno para iniciarlo. En consecuencia subsistía la presunción de legalidad del acto de insubsistencia, pues no se logró demostrar que lo motivaron causas distintas al buen servicio: la alegada prueba indiciaria no logró ese objetivo de la conclusión de la falta de fuerza probatoria del indicio contingente no está contradicha por jurisprudencia alguna de esta Sala Plena, o por lo menos, el actor no la ha identificado.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santa Fe de Bogotá D.C., febrero ocho (8) de mil noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zarate.*

Referencia Expediente No. S-318. Recurso Extraordinario de Súplica.

Procede la Sala Plena a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por Luis Alberto Díaz Polanía, contra la sentencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación el 25 de mayo de 1993.

ANTECEDENTES

Luis Alberto Díaz Polanía, quien trabajaba en el Ministerio de Salud, fue declarado insubsistente mediante el Decreto 3168 de octubre 7 de 1986.

El trabajador adujo que la insubsistencia se decretó sin previo procedimiento disciplinario, con desviación de poder, por cuanto no obedeció a razones del buen servicio sino a presiones de índole política por parte de su superior. El Tribunal declaró la nulidad del Decreto de insubsistencia del actor no por violación de las normas sobre régimen disciplinario por tratarse de un funcionario de libre nombramiento y remoción, ni por estimar que obedeció a una sanción, ni por no haberse dejado constancia en la hoja de vida del actor, sino por considerar probada la desviación de poder y haberse producido por motivos diferentes al buen servicio.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Por vía de consulta la Sección Segunda revocó la sentencia y denegó las súplicas de la demanda.

En primer término consideró la Sección que no hubo violación del derecho de defensa y del debido proceso por tratarse de un acto discrecional que no requiere de procedimiento previo, ni motivación alguna y otros aspectos alegados que tampoco aceptó el Tribunal.

Pero en cambio, no compartió la Sala el criterio del Tribunal, al dar como probado que los motivos que indujeron al funcionario nominar a declarar la insubsistencia, fueran diferentes al ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción.

Consignó previamente un domunentado estudio sobre la prueba indiciaria con cita de autores como el profesor Devis Echandía para resaltar los requisitos requeridos para que el indicio adquiera valor de plena prueba. Con base en el estudio del acervo probatorio, concluyendo la Sección que:

> "... la solicitud de insubsistencia del actor elevada por el señor Andrés Mariño a la Vice-Ministra de Salud, cuya relación de causalidad con el hecho investigado no está demostrada en el sub-lite, constituye un indicio contingente que por sí solo carece de todo valor probatorio, habida cuenta de que dicha funcionaria carecía de la facultad de nombramiento y remoción del demandante, y tampoco se demostró que hubiese intervenido en al expedición del acto im-

pugnado. Y es que, vale la pena repetirlo, para que un indicio tenga eficacia probatoria, debe aparecer clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador y el indicado, porque, si esa relación de causalidad aparece vaga e incierta, existirá un indicio contingente, pero de tan escaso valor probatorio, que el juez no podrá considerarse convencido de la realidad del hecho indicado, y, en consecuencia, tendrá que declararlo no probado.

Hubiera sido necesario, en el caso *sub-judice*, para quebrar la presunción de legalidad del acto, no sólo acreditar la solicitud de insubsistencia por parte del señor Mariño, sino, ante todo, que ésto se hizo por razones distintas al buen servicio.

No habiéndose, pues demostrado el nexo causal entre la tan citada solicitud de insubsistencia y el acto acusado, es claro para la Sala concluír que éste permanece incólume en su presunción de legalidad, debiéndose, en tal virtud, revocar la sentencia consultada y en su lugar denegar las pretensiones de la demanda".

EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

Citó como fundamento del recurso las siguientes sentencias de Sala Plena del Concejo de Estado:

1. SALA PLENA de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Septiembre 10 de 1985, Consejero Ponente: Dr. Eduardo Suescún Monroy.

2. SALA PLENA DE CONSEJO DE ESTADO, octubre 7 de 1982, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las dos sentencias citadas por el recurrente fueron traídas al expediente en fotocopia con informe de la Relatoría de la Corporación. Ambas son aptas para efectos de la confrontación jurisprudencial que impone el recurso extraordinario de súplica pues fueron proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, se procede a su análisis para determinar si se produjo cambio jurisprudencial que amerite la revocatoria solicitada.

1a. Sentencia de septiembre 10 de 1985 (Expediente No. 11064. Magistrado Ponente, Eduardo Suescún Monroy).

El recurso extraordinario de súplica se interpuso contra la sentencia de la Sección Segunda que revocó la de primera instancia (favorable a las peticiones del actor) y en su lugar, se declaró inhibido por encontrar inepta la demanda (no demandó la nulidad de la Resolución confirmatoria de la insubsistencia).

La Sala Plena encontró que tal decisión de la Sección Segunda contrarió la jurisprudencia sentada el 30 de junio de 1969 (Consejero Pedro Gómez Valderrama -Anales T CII, págs 573- 574) relativa a que "el acto de insubsistencia no es susceptible de recursos gubernativos en cuanto dicho acto al ser expedido en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción no le pone fin a ninguna actuación administrativa y genera, por sí mismo, la competencia del Contencioso Administrativo".

Hallada esta contradicción prosperó el recurso extraordinario, infirmó el proveído recurrido y entró a producir fallo de instancia, en cuyos apartes encuentra sustento el recurrente en esta oportunidad para el recurso que se atiende.

El asunto tratado fue, en síntesis, el siguiente: en investigación administrativa se señalo al actor y a otros compañeros de guardia de la Penitenciaría Central de la Picota, responsables de una fuga de presos y se recomendó por los dos investigadores la destitución. Como el proceso administrativo disciplinario no se adelantó sino que se decretó la destitución, la Sala encontró contrario a la garantía constitucional del debido proceso, por no haberle dado oportunidad de responder los cargos que se hacían.

La Sala encontró válida la conclusión probatoria a que llegó el Tribunal sobre la motivación oculta del acto de insubsistencia con base en que el Ministro de Justicia adelantó previamente una investigación que culminó"... con un informe en el cual, los dos investigadores administrativos, recomendaron la destitución del actor al considerarlo incurso en falta grave". De allí concluyó la Sala:

> "En estas circunstancias la vinculación entre esta recomendación de destitución y el acto subsiguiente de insubsistencia aparece clara y pone de presente que este último se expidió con pretermisión del procedimiento correspondiente para sancionar".

OBSERVA LA SALA.

En cuanto a la primera parte de la sentencia del 10 de septiembre de 1985 no viene al caso porque se refiere al aspecto procesal del agotamiento de la vía gubernativa, tema que no se ha tratado en esta oportunidad.

En cuanto al fallo de instancia que el actor considera contentivo de jurisprudencia contraída, se encuentra una gran diferencia con el asunto planteado en esta ocasión. En efecto, en el fallo de 1985 la Sala encontró demostrada la motivación oculta del fallo en el informe de dos funcionarios investigadores que recomendaron la destitución, o sea, que la **prueba estuvo** conformada primordialmente por la documentación oficial producida por los citados investigadores. Concretamente por el " informe de los funcionarios que acometieron las primeras pesquisas...", es decir, hubo un documento público que por sí sólo hace fe, además de su otorgamiento y fecha, "...de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza" (art. 264 C.P.C.) y dirigido a la autoridad nominadora competente.

En tanto que en el caso del señor Díaz Polanía "...la solicitud de insubsistencia del actor elevada por el señor Andrés Mariño a la Vice-Ministra de Salud, cuya relación de causalidad con el hecho investigado **no está demostrada en el sublite,** constituye un indicio contingente que por sí sólo carece de todo valor probatorio, habida cuenta de que dicha funcionaria carecía de la facultad de nombramiento y tampoco se demostró que hubiese intervenido de la expedición del acto".

No puede aceptarse, como lo pretende el recurrente, que se produjo transgresión de la jurisprudencia de 1985, pues mientras que en ésta se reconoció valor probatorio a un documento público, en la segunda se trató y por cierto en forma prolija, el tema de la carencia de fuerza probatoria de un indicio contingente.

2a. Sentencia de octubre 7/82. Consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo (actor: Pedro Julio Mercado).

Los temas centrales que por su importancia conoció la Sala Plena en esta ocasión no tienen operancia en el caso que se resuelve pues principalmente fueron los de agotamiento de la vía gubernativa en caso de silencio administrativo negativo con modificación de la tesis practicada por la Sección Segunda.

En cuanto al aspecto de fondo en el cual se sustenta el recurrente, se destaca que la Sala consideró que las garantías constitucionales consagradas en el artículo 26 de la Carta vigente en esa época, tales como el debido proceso y el juzgamiento con imputación del hecho definido como falta y con audiencia del presunto responsable, no podían considerarse suspendidas por los decretos especiales de estado de sitio que autorizaron al Ministro de Hacienda a suspender " sin el ello de los requisitos legales y reglamentarios para dicha suspención " a los empleados de carrera que intervinieran en huelgas o reuniones tumultuarias que impidieran la prestación del servicio público.

Resaltó la Sala en aquella oportunidad su pensamiento sobre el tema citado:

" Quiere decir que lo que se suspende mediante el decreto en cuestión son las prerrogativas legales y reglamentarias a que tienen derecho los empleados por el hecho de pertenecer a la carrera: los privilegios conque la carrera ampara a sus escalafonados: los presuntos derechos privados consagrados en el correspondiente estatuto de servicio. Más no los derechos y garantías sociales inherentes a la persona humana, que como el de Defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, entraña una de las garantías de la libertad individual y del ejercicio de los que de ella emanan, tales como el juzgamiento conforme a las leyes preexistentes y con la plenitud de las formas propias de cada juicio ".

La impugnada sentencia del 25 de mayo de 1993 -Sección Segunda- no niega en parte alguna las garantías constitucionales que la Sala Plena quiso rescatar con la interpretación de los mencionados Decretos de estado de sitio, ni puede considerarse transgredida dicha jurisprudencia en el análisis que hizo sobre la prueba indiciaria, tema que la llevó fundamentalmente a apartarse de la valoración probatoria dada por el Tribunal.

Tampoco puede equipararse su caso al juzgado por la Sala en 1982 porque además de tratarse de funcionario de libre nombramiento y remoción, no existía para el Ministerio de Salud una situación anormal como la que justificó para el Ministerio de Hacienda la posibilidad excepcional de decretar suspensión de los funcionarios. Tampoco puede afirmarse que se le negó proceso disciplinario porque no está demostrado que la Administración hubiera alegado motivo alguno para iniciarlo. En consecuencia subsistía la presunción de legalidad del acto de insubsistencia, pues no se logró demostrar que lo motivaron causas distintas al buen servicio: la alegada prueba indiciaria no logró ese objetivo y la conclusión de la falta de fuerza probatoria del indicio contingente no está contradicha por jurisprudencia alguna de esta Sala Plena, o por lo menos, el actor no la ha identificado.

Por las razones expuestas, no encuentra la Sala transgredidas la jurisprudencia contenida en las dos sentencias invocadas por lo que se impone declarar que no prospera el recurso extraordinario interpuesto.

En mérito a 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:

No prospera el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de la Sección Segunda del 25 de mayo de 1993 que falló el proceso incoado por el señor Luis Alberto Díaz Polanía.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Devuélvase a la sección de origen. Cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión del 7 de febrero de 1995.

Daniel Suárez Hernández, Vicepresidente, *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Delio Gómez Leyva, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta, Néstor Castillo Varilla* conjuez.

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica

El actor mal puede afirmar que en la sentencia impugnada se haya consignado "doctrina contraria a la jurisprudencia" consignada en las referidas sentencias, puesto que ésta no contiene ninguna manifestación expresa o velada en contra de dichos principios generales o criterios de interpretación consignados en los referidos fallos. Una cosa es que el actor califique el fallo como injusto, o que estime que el fallo no hizo un análisis armónico de las disposiciones involucradas en el caso o que no comparte la interpretación dada algunas de ellas y otra muy diferente es que el sentenciador se hubiera pronunciado expresamente contra tales principios para contradecirlos o considerarlos no aplicables. Lo primero sólo es la apreciación personal del actor respecto a la sentencia desfavorable a sus intereses pero esa apreciación no es "la jurisprudencia" adoptada en la misma y por ello no puede afirmarse que el juez incurrió en un caso de adopción de doctrina contraria a la de la Corporación, sin su permiso.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. CADUCIDAD. PRESTACIONES PERIODICAS

La sentencia impugna en forma concreta se refirió a las causales encontradas por el Ministerio Público en la primera y en la segunda instancia para recomendar providencias inhibitorias como la que expidió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de mayo de 1991 y la Sección Segunda de esta Corporación el 24 de febrero de 1994. La primera por considerarse inepta la demanda en razón a la falta de prueba de su condición de cónyugue sobreviniente y representante legal de sus hijos menores con que se presentó la demandante y la segunda, por la misma razón respecto a su condición de representante de los hijos pero adicionada con la circunstancia de que claramente se observa haber incurrido en caduci-

dad de la acción. En efecto, la Sección Segunda consideró que la demanda presentada el 15 de marzo de 1984, ya en vigencia del Decreto 01 de 1984 era extemporánea tanto en relación a la Resolución 5379 del 4 de agosto de 1978 por cuanto el término de cuatro meses prescrito por el artículo 83 de la Ley 167 de 1941 había vencido el 18 de diciembre de 1978, así como respecto a la Resolución 141 de enero 28 de 1983 cuyo término de caducidad corrió hasta el 1o. de junio de 1983. Sobre este tema de la caducidad inclusive la sentencia misma observó que pese a que la demanda se instauró en vigencia del Decreto 01 de 1984, la caducidad rige por lo establecido en la Ley 167 de 1941 de acuerdo con el mandato del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, pero no se esgrime el impugnante ninguna argumentación en contra ni cita de jurisprudencia contrariada. Pero si lo que pretende el impugnante es que se aplique la jurisprudencia sobre inexistencia de término de caducidad para demandas contra actos de reconocimiento de prestaciones periódicas, sucede que ello no es posible por la sencilla razón de que no se trataba de tal clase de prestaciones sino de las prestaciones consolidadas a la muerte del esposo de la demandante por accidente aéreo y no por acción del enemigo en combate, lo que no le daba derecho al ascenso póstumo de Oficial y a los consiguientes reajustes prestacionales alegados.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santa Fe de Bogotá, D.C., febrero ocho (8) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia. : Expediente No. S-365. Actor: Nayira Sandoval Vda. De López. Recurso Ext. De Súplica -Fallo-

Procede la Sala Plena a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado especial de NAYIRA SANDOVAL VDA. DE LOPEZ contra la sentencia del 24 de febrero de 1994 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, contra las Resoluciones 5379 de 1978 y 141 de 1983 del Ministerio de Defensa.

LA SENTENCIA RECURRIDA

La sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Magistrada Dolly Pedraza de Arenas, confirmó la sentencia inhibitoria proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda (Subsección A), el 3 de

mayo de 1991, por considerar que la acción había caducado por las siguientes consideradas:

a) La Resolución 5379 expedida el 4 de agosto de 1978, a través de la cual se reconoció y ordenó el pago de las prestaciones sociales consolidadas por la muerte de JOSE FRANCISCO LOPEZ RODRIGUEZ, se notificó personalmente el 18 de agosto de 1978 y por ello la acción debió interponerse dentro de los cuatro meses siguientes, de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 167 de 1941.

b) La Resolución 141 expedida el 28 de enero de 1983, a través de la cual se negó el ascenso póstumo de JOSE FRANCISCO LOPEZ RODRIGUEZ y el reajuste de las prestaciones recono acidas por la Resolución 5379 de 1978, se notificó personalmente el 1o. de febrero de 1983 y por ello la acción debió interponerse dentro de los cuatro meses siguientes de acuerdo con el artículo 80 de la Ley 167 de 1941, por cuanto si bien es cierto que contra la Resolución 141 se interpuso recurso de reposición, y no se conoce si fue o no resuelto, en la demanda no se invocó el silencio administrativo.

En consecuencia, el término de caducidad debe contarse a partir de la notificación del acto expreso, que es el acto acusado.

c) No obstante que la demanda se presentó estando ya en vigencia el Decreto 01 de 1984, la caducidad se rige por la Ley 167 de 1941, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

El apoderado de la actora recurrió la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 24 de febrero de 1994, con el argumento que con el mencionado fallo se contravino la jurisprudencia sentada en las siguientes providencias:

1. Sentencia del 22 de mayo de 1979. Exp. 436-432 de Sala Plena del Consejo de Estado.

Adujo que este fallo resulta aplicable en el caso subjudice, toda vez que la caducidad en relaciones de pago periódico no cabe, por cuanto es injusto y teleológicamente repugna los artículos 27 y 28 del C.C., que dispone que los actos que reconozcan prestaciones periódicas, son demandables e n cualquier tiempo.

2. Sentencia del 15 de octubre de 1963, de Sala Plena del Consejo de Estado, C.P.: Dr. Carlos G. Arrieta.

Sostuvo el recurrente que se desconoció el mencionado fallo, habida cuenta que en el fallo recurrido, al interpretar la ley no se hizo armónicamente, ni consultado el espíritu general que orienta todo el sistema jurídico.

3. Sentencia del 16 de diciembre de 1955, Sala de Negocios Generales, C.P.: Dr. G. Acosta.

Sostuvo la parte que la citada sentencia se ajusta al artículo 53 de la Constitución Nacional, en cuanto que establece como obligación del Estado el pago y reajuste de las pensiones, a pesar que no se haya propiciado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro meses siguientes al acto administrativo que se presume legal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 130 del C.C.A. (según el texto adoptado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989), consagra el recurso extraordinario de súplica contra sentencias proferidas por las Secciones del Consejo de Estado en el supuesto de que"...sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación". Por ello, la misma norma establece como requisito que se indique en forma precisa" la providencia en donde conste la jurisprudencia que se repute contrariada".

Según los antecedentes relatados anteriormente, el actor en cumplimiento de la citada norma indicó las tres sentencias a que hizo referencia del 22 de mayo de 1979, de octubre 15 de 1963 y del 16 de diciembre de 1955 de las cuales puede decirse que en síntesis se refieren en su orden al espíritu de justicia que debe prevalecer en el juez en su labor de intérprete de la ley: al análisis integral de todo el conjunto normativo en forma armónica y congruente que debe hacerse para obtener el verdadero sentido de la ley, a menos que aparezca claramente que el legislador quiso establecer una excepción y la última hace varias consideraciones alrededor del principio consagrado por el artículo 27 del Código Civil, es decir, todo ello relativo al tema de la actitud del juez como intérprete de la ley y a algunas reglas de hermenéutica.

Pero, el actor mal puede afirmar que en la sentencia impugnada se haya consignado "doctrina contraria a la jurisprudencia" consignada en las referidas sentencias, puesto que ésta no contiene ninguna manifestación expresa o velada en contra de dichos principios generales o criterios de interpretación consignados en los referidos fallos. Una cosa es que el actor califique al fallo como injusto, o que estime que el fallo no hizo un análisis armónico de las disposiciones involucradas

en el caso o que no comparte la interpretación dada a alguna de ellas y otra muy diferente es que el sentenciador se hubiera pronunciado expresamente contra tales principios para contradecirlos no aplicables. Lo primero sólo es la apreciación personal del actor respecto a la sentencia desfavorable a sus intereses pero esa apreciación no es "la jurisprudencia" adoptada en la misma y por ello no puede afirmarse que el juez incurrió en un caso de adopción de doctrina a la de la Corporación, sin su permiso.

La sentencia impugnada en forma concreta se refirió a las causales encontradas por el Ministerio Público en la primera y en la segunda instancia para recomendar providencias inhibitorias como la que expidió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de mayo de 1991 y la Sección Segunda de esta Corporación el 24 de febrero de 1994.

La primera por cosiderar inepta la demanda en razón a la falta de prueba de su condición de cónyuge sobreviviente y representante legal de sus hijos menores con que se presentó la demandante y la segunda, por la misma razón respecto a su condición de representante de los hijos pero adicionada con la circunstancia de que claramente se obserba haber incurrido en caducidad de la acción.

En efecto, la Sección Segunda consideró que la demanda presentada el 15 de marzo de 1984, ya en vigencia del Decreto 01 de 1984 era extemporánea tanto con relación a la Resolución 5379 del 4 de agosto de 1978 por cuanto el término de cuatro meses prescrito por artículo 83 de la Ley 167 de 1941 había vencido el 18 de diciembre de 1978, así como respecto a la Resolución 141 de enero 28 de 1983 cuyo término de caducidad corrió hasta el 1o de junio de 1983.

Sobre este tema de la caducidad inclusive la sentencia misma observó que pese a que la demanda se instauró en vigencia del Decreto 01 de 1984, la caducidad se rige por lo establecido en la Ley 167 de 1941 de acuerdo con el mandato del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, pero no esgrime el impugnante ninguna argumentación en contra ni cita de jurisprudencia contrariada.

Pero si lo que pretende el impugnante es que se aplique la jurisprudencia sobre inexistencia de término de caducidad para demandas contra actos de reconocimientos de prestaciones periódicas, sucede que ello no es posible por la sencilla razón de que no se trataba de tal clase de prestaciones sino de las prestaciones consolidadas a la muerte del esposo de la demandante por accidente aéreo y no por acción del enemigo en combate, lo que no le daba derecho al ascenso póstumo de oficial y a los consiguientes reajustes prestacionales alegados.

Pero éstos, que fueron los temas centrales de la decisión tanto del Tribunal como del Consejo de Estado y que dieron fundamento a las decisiones inhibitorias, no fueron cuestionadas en concreto por parte del impugnante mediante invocación de jurispriudencia en la cual se hubiera consignando lo contrario, o sea, que no se configura la hipótesis del artículo 130 del C.C.A., como presupuesto para la conducencia del recurso extraordinario.

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

FALLA:

No prospera el recurso de súplica propuesto contra la sentencia del 24 de febrero de 1994 proferido por la Sección Segunda en el expediente No. 6044.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la sección de origen. Cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha 7 de febrero de 1995.

Daniel Suárez Hernández, -Vicepresidente-, *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Delio Gómez Leyva, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Julio Cesar Uribe Acosta, Guillermo Chahín Lizcano, Miguel Viana Patiño,* -ausente-.

Nubia González Cerón, Secretaria

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica. **VIOLACION DE LA LEY** - Improcedencia

El planteamiento del suplicante en torno a las presuntas infracciones de los convenios de la Organización Internacionales del trabajo, para deducir una presunta violación de las leyes aprobatorias de los mismos, y derivar de ello un sustento para respaldar la viablidad de las excepciones propuestas como razones para enervar la pretensión demandatoria, es materia o asunto ajeno por completo al recurso extraordinario de súplica que no constituye, como lo ha reiterado esta Corporación, una nueva instancia que permita hacer un estudio de la demanda ni de las razones de la defensa, sino que solamente está orientado a establecer si hubo la contradicción jurisprudencial que se invoca como fundamento del mismo, en torno a la interpretación de un mismo punto de derecho y en el que se requiere de identidad de materia.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. TEORIA DE LOS MOVILES Y FINALIDADES. ACCION DE NULIDAD CONTRA ACTO PARTICULAR. SINDICATO - Personería

El sentenciador de única instancia tuvo en consideración que el actor, según los términos de la demanda, tuvo como finalidad en el ejercicio de la acción que promovía, única y exclusivamente la defensa del orden jurídico en general, y las circunstancias de que él no pretendía restablecimiento de ningún derecho en particular, y que éste tampoco se produciría automaticamente con la declaración de nulidad del acto acusado. Tampoco puede perderse de vista que el fallo suplicado contiene el argumento relativo al derecho fundamental de asociación consagrada en la Constitución Política el cual relaciona con el aducido ejercicio de la acción de simple nulidad, particular elemento de sustentación que hace deducir por este aspecto más bien de semejanza con la jurisprudencia invocada como desconocida, razón mas para concluir inequivocamente con la improsperidad del recurso interpuesto.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia.: Expediente No. S - 336. Actor: José Enrique Arboleda Valencia.

Se decide el recurso extraordinario de súplica oportunamente interpuesto por el apoderado de la UNION SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL PETROLEO- USTRAPETROL- contra la sentencia de 31 de Agosto de 1993, proferida por la Sección Segunda de esta Coorporación, mediante la cual se declaró nula la Resolución No. 01818 de 2 de Junio de 1987, expedida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, acto administrativo éste que al resolver una petición de revocatoria, directa, revocó la Resolución No. 04002 de 30 de octubre de 1986, que había reconocido personería jurídica a la organización sindical de primer grado y de industria denominada UNION SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL PETROLEO USTRAPETROL - y aprobado sus estatutos.

I. - ANTECEDENTES

El ciudadano y abogado, JOSE ENRIQUE ARBOLEDA VALENCIA, actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 de C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación -Sección Segunda- a fin de que se declarara la nulidad de la Resolución No. 01818 de 2 de Junio de 1987, expedida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, " por lo cual se resuelve una solicitud de revocación directa" , en que dispuso:

1. Revocar la Resolución No. 04002 de 30 de Octubre de 1986, que denegó el reconocimiento de personería jurídica de la Unión Sindical de Trabajadores de la Industria del Petróleo - USTRAPETROL-; 2. Reconocer personería jurídica a la precitada organizaciòn sindical de primer grado y de industria; 3. Aprobar sus estatutos, y 4 Ordenar a la División de Relaciones Colectivas del Trabajo la anotación e inscripción en el registro sindical de la Junta Directiva de USTRAPETROL.

Como fundamento fácticos de la acción incoada, el actor adujo los siguientes:

1o): Un grupo de personas solicitó al Ministro de Trabajo y Seguridad Social el reconocimiento de la personería jurídica de la citada organización en formación: USTRAPETROL, la cual fué denegada por medio de la Resolucción No. 04002 de 30 de Octubre de 1986, por considerar que esta nueva asociación Sindical violaba el artículo 360 del C.S. del T., que prohibe pertenecer a varios sindicatos de la misma clase o actividad, pues 21 de los Trabajadores peticionarios " ostentan la

calidad de directivos de la organización sindicales de base, dependientes de empresas dedicadas a la actividad objeto del presente sindicato en formación..." , como son Texas Petroleum Company, Terpel Bucaramanga S.A., Esso Colombia S.A., Hocol S.A. y Anson Drilling.

2o.): Contra la precitada Resolución, el Presidente y el Secretario de la Junta Directiva Provisional de USTRAPETROL solicitaron la revocación directa, petición a la cual accedió el Ministro de Trabajo y Seguridad Social a través de la Resolución No. 01818 de 2 de junio de 1987, cuya nulidad se impetra por violar el derecho objetivo de la República, concretamnete el artículo 360 del C.S. de T., violación que permite acudir en acción de simple nulidad ante la juridicción de lo Contencioso Administrativo, puesto que el fin buscado es la protección de la legalidad trasgredida con un acto administrativo que produce efectos erga omnes en cuanto reconoce una personería jurídica que opera respecto de todos los asociados por razón de su naturaleza constitutiva de una persona moral. Además, dichos presidente y secretario del Sindicato, carecían de personería para solicitar la revocación directa, por cuanto trascurrieron más de seis meses de su elección y más de treinta días de la notificación de la Resolución que, en principio, denegó la personería al Sindicato. De otra parte, no se citó a las empresas afectadas, y el acta de fundación del Sindicato fué expedida en forma irregular.

Como normas violadas citó los artículos 259, 360,364, y 390 del Código Sustantivo del Trabajo y 14, 28,30,46,69 y 74 del C.C.A., y expuso el concepto de su presunta violación.

La demandada Unión Sindical de Trabajadores de la Industria del Petróleo-USTRAPETROL- y el abogado Alfredo Castaño Martínez como parte impugnadora, se opusieron a las pretensiones de la demanda y propusieron las excepciones de ilegitimidad de personería sustantiva del acto, trámite inadecuado de la demanda y caducidad de la acción.

II.- LA SENTENCIA SUPLICADA

El anterior proceso de única instancia, culminó con la sentencia de 31 de Agosto de 1993, proferida por la Sección Segunda, que ahora se súplica, y por la cual, como se dijo ab initio de este proveído, declaró nula la Resolución 01818 de 2 de junio de 1987.

Para decidir en la forma indicada, la sección Segunda sustentó el fallo en los argumentos que se sintetizan a continuación:

Examino en primer lugar las excepciones propuestas por los impugnates, así:

Como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el ejercicio de la acciones contencioso administrativas no es caprichoso, sino que en cada caso debe hacerse uso de la acción que la ley determina, ya que aquellas tienen sus propias características y persiguen fines específicos.

Para establecer la naturaleza de cada acción es necesario tener en cuenta la finalidad que buscó el actor y de esta forma determinar la viabilidad de la una o de la otra, independientemente de la generalidad o la particularidad del acto que se acusa.

En la acción de nulidad no puede haber un interés individual y subjetivo, como sucede con la acción hoy llamada de nulidad y restablecimiento del derecho, pues tiene por finalidad única la de mantener el orden jurídico en general.

En casos como el que ahora ocupa a la sala, en los que se controvierte el reconocimiento de personería jurídica a una agrupación sindical, - requisito que dicho sea de paso ya desapareció desde la vigencia de la Ley 50 de 1990- el Consejo de Estado ha variado su jurisprudencia y de tiempo atrás admite, aplicando la teoría de los móviles y finalidades, que una decisión administrativa de tal naturaleza puede ser acusada ante la jurisdicción en cualquier tiempo, en interés del orden jurídico, puesto que no cabe afirmar válidamente que quien demanda pretenda un restablecimiento de derechos particulares ni que éste se produzca automáticamente.

El derecho de asociación es un derecho fundamental consagrado en la Constitución y es la sociedad en general la que tiene interés jurídico en que ejerza adecuadamente; pero nadie puede invocar interés particular en las resultas del juicio.

Por tal razón, es perfectamente procende en este caso la acción pública de nulidad y no prosperan, en consecuencia, las excepciones propuesta.

En segundo lugar, examinó el problema de fondo plateado, así:

El artículo 360 del Código Sustantivo del Trabajo prohibe la afiliación de los trabajadores a más de un sindicato de la misma clase, y también de la misma actividad, entendiendo por tal la actividad de las empresas ante las cuales los sindicatos van a actuar. En efecto, la redacción de la norma en cuanto a este aspecto no es clara, si se piensa que la actividad de los sindicatos, sea cualquiera su clase, es muy similar. Por ello es lógico deducir que la actividad a la cual se refiere, es la de las empresas donde funciona el sindicato del cual es miembro el trabajador que pretende conformar otro que tiene que ver con esa misma actividad.

Respecto de la clase no hay duda ninguna, puesto que el artículo 356 del C.S. del T. hace clasificación de los sindicatos y es por ello fácil su diferenciación.

El artículo 357 del C.S. del T. refuerza la anterior interpretación, pues si el asunto se analiza desde el punto de vista de la representación sindical, en caso de que pudiera haber trabajadores de una misma empresa afiliados a varios sindicatos que actúan ante ella, resultaría imposible establecer cuál es el que tiene mayor número de afiliados, puesto que no se sabría en cuál de ellos contar a quienes pertenecen a más de uno.

En el caso concreto de autos, y según se dejó consignado en la Resolución 4002 de 30 de Octubre de 1986, quienes pretendían el reconocimiento de personería jurídica de la nueva organización sindical denominada Unión Sindical de Trabadores de la Industria del Petróleo "USTRAPETROL", se encontraban en su gran mayoría - 21 de 29 - afiliados a sindicatos de base de empresa dedicadas a la industria del petróleo, como son la Texas Petroleum Company, Terpel Bucaramanga S.A, Esso Colombiana S.A., Hocol S.A. y Anson Drilling.

Ante esta realidad, el Ministerio de Trabajo había analizado el alcance del artículo 360 del C. S. del T., llegando a la conclusión que condujo a negar el reconocimiento de personería solicitado, por encontrarse los fundadores del sindicato en formación incursos en la prohibición contenida en dicha norma.

Pero el nuevo exámen que de ella se hizo no ameritaba la revocatoria de la decisión anterior, pues los trabajadores sí quedarían afiliados a dos sindicatos de la misma actividad, aun cuando no fueran de la misma clase, y cualquiera de esas dos hipótesis está prohibida en el artículo 360.

III. - FUNDAMENTO DEL RECURSO

Aduce el recurrente que al señalar el fallados que en la acción de nulidad no puede haber un interés individual y subjetivo como sucede con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, e igualmente haber considerado:

> "En casos como el que ahora ocupa la sala, en los que se controvierte el reconocimiento de personería jurídica a una agrupación sindical - requisito que dicho sea de paso ya desapareció desde la vigencia de la Ley 50 - de 1990 - el Consejo de Estado ha variado su jurisprudencia y de tiempos atrás admite, aplicando la teoría de los móviles y finalidades, que una decisión administrativa de tal naturaleza pueda ser acusada ante la jurisdicción en cualquier tiempo, en interés del orden jurídico, puesto que no cabe afirmar válidamente que quien demanda pretenda un restablecimiento de derechos particulares ni que este se produzca automáticamente.
>
> El derecho de asociación es un derecho fundamental consagrado en la Constitución y es la sociedad en general la que tiene interés jurídico en que se ejerza adecuadamente, pero nadie puede invocar interés particular en las resultas del juicio".

Incurre en contradicción con los criterios expuestos en las siguientes providencias de la Sala Plena:

Sentencia proferida el 10 de Agosto de 1961, con ponencia del Consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta (Anales 1961 - Tomo 63 - Nos. 392 a 396 - página 200) y sentencia emitida el 21 de Agosto de 1972, con ponencia del Consejero doctor Humberto Mora Osejo (Anales 1972 - 2o. semestre tomo 83- Nos. 435 - 436 página 372), pues en aquella se consigna que:

> "III. Distinta es la situación cuando la misma acción se endereza contra actos de contenido particular, caso en el cual la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: a) si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva al restablecimiento del derecho lesionado, el contencioso popular de anulación puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho, en cualquier tiempo; b) si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión acusada, el recurso objetivo no será admisible, a menos que la acción se haya instaurado dentro de los cuatro meses de que habla el inciso tercero del artículo 83 del C.C.A.".

Alega enseguida que la pertenencia de las excepciones de ilegitimidad de personería inadecuada trámite y caducidad propuesta puede apreciarse teniendo en cuenta que los Convenios 87 y 98 con la Organización Internacional del Trabajo, debidamente ratificados, son parte interna de la Legislación Colombiana, antes y después de la Constitución de 1991, y en ellos se consagra la autonomía sindical. Así que son las mismas leyes aprobatorias de tales convenios (las Leyes 26 y 27 de 1976) las que le niegan al actor de autos un interés general o particular de accionar contra la existencia de los sindicatos, es decir contra los actos administrativos que le dan la capacidad de ejercer derechos y obligaciones como personas jurídicas.

Las únicas personas que pueden tener interés en la constitución y funcionamiento de un sindicato son sus miembros, los fundadores, adherentes y afiliados en general. Se peputa como contradictorio como el espíritu de protección al derecho de asociación la afirmación del fallo que por ser un derecho fundamental cualquier persona pueda tener interés en que se ejerza adecuadamente y por ende demandar por la vía de la nulidad los actos administrativos que le den capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones.

Es de bulto la contradicción de la autonomía sindical con la consideración de la sentencia recurrida, pues una cosa es tener uno y todos los ciudadanos interés en que se respete el derecho de asociación, como todos los demás derechos (propiedad privada, cultura, amparo a la niñez, etc.) y otra muy distinta tener el interés específico para darle capacidad a cualquier ciudadano para que diariamente atenta

contra ese derecho en cabeza de unos trabajadores muy concretos que han fundado un sindicato específico.

Así que, pues, la Resolución que reconoció la personería jurídica a USTRAPETROL no es acto de carácter general, pues crea derechos individuales inmediatos y concretos, radicados en quienes fundaron tal asociación y de quienes más tarde han ingresado a ella.

Por el simple resultado del fallo recurrido se tiene que de conformidad con la sentencia proferida con ponencia del Consejero Arrieta no procede la acción de nulidad que se desenvuelve exclusivamente en torno de dos extremos: "...la norma transgredidada y el acto transgresor, sin que las posibles situaciones jurídicas que se interpongan jueguen papel alguno en la litis, en tanto que el contencioso de plena jurisdicacción es el contencioso del restablecimiento y de responsabilidad estatal, el cual se desarrolla alrededor de tres elementos : la norma violada, el derecho subjetivo protegido por ella y el acto violador de aquélla y éste". Ese lindero preciso demuestra que las excepciones propuestas deberían haber prosperado.

En el caso de autos sí existen los tres elementos, la supuesta norma violada, los derechos laborales protegidos por el C.S. del T. y el supuesto acto violador.

IV. - CONSIDERACIONES DE LA SALA

El planteamiento del suplicante en torno a las presuntas infracciones de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, para deducir una presunta violación de las leyes aprobatorias de los mismos, y derivar de ello un sustento para respaldar la viabilidad de las excepciones propuestas como razones para enervar la pretensión demandatoria, es materia o asunto ajeno por completo al recurso extraordinario de súplica que no constituye, como lo ha reiterado esta Corporación, una nueva instancia que permita hacer un estudio de la demanda ni de las razones de la defensa, sino que sólamente está orientando a establecer si hubo la contradicción jurisprudencial que se invoca como fundamento del mismo, en torno a la interpretación de un mismo punto de derecho y en el que se requiere de identidad de materia. "

Se examinará entonces, sólo lo referente al cargo que el recurrente endilga a la sentencia de la Sección Segunda, basado en que en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 10 de Agosto de 1961, se consignó:

> "III. Distinta es la situación cuando la misma acción se endereza contra actos de contenido particular, caso en el cual la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: a) si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho lesionado, el contencioso popular de anulación puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho, en cualquier tiempo;

b) si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión acusada, el recurso objetivo no será admisible, a menos que la acción se haya instaurado dentro de los cuatro meses de que habla el inciso tercero del artículo 83 del C.C.A.".

Y que por el simple resultado del fallo recurrido, afirma igualmente el suplicante, se tiene que de conformidad con la ,misma sentencia no procede la acción de nulidad que se desenvuelve exclusivamente en torno de dos extremos:

"...la norma transgredida y el acto transgresor, sin que las posibles situaciones jurídicas que se interpongan jueguen papel alguno en la litis, en tanto que el contencioso de plena jurisdicción es el contencioso del restablecimiento y de la responsabilidad estatal, el cual se desarrolla alrededor de tres elementos: la norma violada, el derecho subjetivo protegido por ella y el acto violador de aquélla y éste", que son los que existen en el caso de autos".

Precisa señalar que aparte de las pretranscritas citas jurisprudenciales que se estiman contrariadas por la sentencia de la Sección Segunda, contenidas en el fallo de la sala de lo Contencioso Administrativo de 10 de Agosto de 1961, dictado con ponencia del Consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta, el suplicante también invoca como desconocida la doctrina contenida en el auto (no sentencia, como afirma recurrente) de 21 de Agosto de 1972 (correspondiente a la sesión de 8 de los mismo mes y año) proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, aunque respecto de esta providencia omite señalar fragmento alguno en especial.

Sin embargo, hay que destacar que esta última providencia reitera la anterior, en lo que a la esencia del cargo se refiere, con algunas aclaraciones relativas a las diferencias entre la acción de lo contencioso objetivo y la acción de lo contencioso subjetivo.

En efecto, sobre el particular expresa:

"la diferencia fundamental entre las acciones de nulidad y plena juridicción consiste en que mientras aquella tiene por objeto tutelar el orden jurídico abtracto 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, porque el interés procesal del actor se confunde con el de la colectividad, a la cual en el fondo representa, con el objeto de que la juridicción, también en interés público, declare la verdad, esta, por el contrario, tiene por finalidad la garantía de derechos privados, civiles o administrativos, violados o conculcados por actos, hechos u operaciones administrativas. mediante sentencia que condene la administración a restablecer el derecho o a resarcir

el daño ... Mientras la acción de nulidad puede promoverse por cualquiera persona y en cualquier tiempo, salvo la de nulidad electoral que tiene término de caducidad e interés público, la de plena jurisdicción debe proponerse o incoarse por el interesado dentro de los correspondientes términos legales, que varían según la pretensión de que se trata ... En la acción de nulidad cualquiera persona puede hacerse parte, en procura del orden jurídico, para coadyuvarla o impugnarla, pero en la plena jurisdicción debe acreditar un interés directo en las resultas del juicio, que puede contradecirse."

Al confrontar las motivaciones del fallo de la Sección Segunda que sirvieron de fundamento para desestimar las excepciones propuestas por la defensa, con la jurisprudencia señalada como desconocida por aquella sentencia, la sala advierte antes que con el lineamiento doctrinal contenido en las providencias de la Sala de lo Contencioso, una inspiración, o mejor si se quiere, una consonancia entre aquella posición y ésta.

En efecto, el fallo acusado se introdujo con la consideración de que "para establecer la naturaleza de cada acción es necesario tener en cuenta la finalidad que buscó el demandante y de esta forma determinar la viabilidad de la una o de la otra, independientemente de la generalidad o la particularidad del acto que se acusa ...", para más adelante agregar, como ya ha sido reseñado que:

"En casos como el que ahora ocupa la Sala, en los que se controvierte el reconocimiento de personería jurídica a una agrupación sindical, - requisito que dicho sea de paso ya desapareció desde la vigencia de la Ley 50 de 1990- el Consejo de Estado ha variado su jurisprudencia y de tiempo atrás admite, aplicando la teoría de los moviles y finalidades, que una decisión administrativa de tal naturaleza pueda ser acusada ante la jurisdicción en cualquier tiempo, en interés del orden jurídico, puesto que no cabe afirmar válidamente que quien demanda pretenda un restablecimiento de derechos particulares ni que se produzca automáticamente.

El derecho de asociación es un derecho fundamental consagrado en la Constitución y es la sociedad en general la que tiene interés jurídico en que se ejerza adecuadamente; pero nadie puede invocar interés particular en las resultas del juicio.".

Es decir, que el sentenciador de única instancia tuvo en consideración que el actor, según los términos de la demanda, tuvo como finalidad en el ejercicio de la acción que promovía, única y exclusivamente la defensa del orden jurídico en general, y las circunstancias de que él no pretendía restablecimiento de ningún derecho en particular, y que éste tampoco se produciría automáticamente con la declaración de nulidad del acto acusado.

Tampoco puede perderse de vista que el fallo suplicado contiene el argumento relativo al derecho fundamental de asociación consagrado en la Constitución política, el cual relaciona con el aducido ejercicio de la acción de simple nulidad, particular elemento de sustentación que hace deducir por este aspecto más bien de semejanza con la jurisprudencia invocada como desconocida, razón más para concluir inequivocamente con la improsperidad del recurso interpuesto.

En suma, pues, de la confrontación entre el contenido de la jurisprudencia destacada como contrariada y el lineamiento doctrinario de la providencia impugnada, jamás puede inferirse, con inferencia lógica, que ésta contraríe aquélla. Basta la simple lectura de sus textos para percatarse de este aserto.

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

FALLA

NO PROSPERA el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado de la UNION SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL PETROLEO - USTRAPETROL- Contra la sentencia de única instancia de 31 de Agosto de 1993, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación dentro del expediente radicado bajo el número 3393.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente a la mencionada Sección.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la sala en su sesión del día 7 de Febrero de 1995.-

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

NOTA RELATORIA : la aclaración de voto de los Consejeros de la Sección Primera, precisa. Que esa Sección , ha venido sosteniendo desde el 2 de agosto de 1990, en el expediente 1482, Consejero Ponente: *Dr. Pablo J. Cáceres Corrales* que la acción de nulidad sólo procede contra actos administrativos de carácter individual, particular y concreto, cuando la ley expresamente lo autoriza.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo -

Referencia Expediente # S-336. Actor: José Enrique Arboleda V.

En el presente caso es evidente que el recurso extraordinario interpuesto no podía prosperar, en razón de no encontrarse contradicción alguna con la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, reiterada desde la sentencia proferida con fecha 10 de agosto de 1961, con ponencia del entonces Consejero Carlos Gustavo Arrieta A., y en razón de ello dí mi voto favorable al proyecto de sentencia finalmente aprobado.

Empero, como la Sección Primera de la Sala Contenciosa de la Corporación de la cual hace parte el suscrito Consejero de Estado, ha venido sosteniendo desde la providencia dictada con fecha 2 de agosto de 1990, ponente Dr. Pablo Cáceres Corrales, expediente # 1482, que la acción de nulidad sólo procede contra actos administrativos de carácter individual, particular y concreto, cuando la ley expresamente lo autoriza, de lo cual encuentran muchos ejemplos en la legislación positiva Colombiana, y en este caso realmente se accionó por un ciudadano, que no expresa interés particular directo alguno, era necesario que los integrantes de la Sección primera hiciéramos la correspondiente aclaración a nuestra decisión de votar el proyecto de sentencia, para no quedar en situación de evidente contradicción entre lo que sostiene en providencias de Sección y lo que se está decidiendo en sala plena, sin hacer referencia alguna, por cuanto no era el momento de hacerlo, o esa concepción jurisprudencial de la Sección Primera que en varias ocaciones hemos pretendido, sin lograrlo, que sea analizado, considerada y se tome una decisión por la precitada Sala Plena, pero con intervención de sus veintidos miembros, para lo cual debe utilizarse el mecanismo legal de llevar un asunto de sección a la plenaria por razón de pretenderse el cambio de jurisprudencia, más que por importancia del asunto que no deja de tenerla en la medida en que ello contribuye a la unificación de la jurisprudencia.

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado

Fecha ut supra.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

A la Sentencia de Fecha 8 de Febrero de 1995.

Referencia.: Expediente No. S-336. Actor: José Enrique Arboleda Valencia

Ponente : *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Como las razones de mi aclaración de voto en mi condición de miembro de la Sección Primera de la Corporación son las mismas que expresó el H. Consejero Miguel González Rodríguez en el escrito de aclaración que antecede, en aras de la economía procesal, con la venia del citado Consejero, adhiero a su escrito.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez

Santa Fe de Bogotá. D.C., diez de febero de mil novecientos noventa y cinco.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR YESID ROJAS SERRANO

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santa Fe de Bogotá, D.C., quince de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Referencia.: Expediente No. S-336. Recurso extraordinario de súplica. Actor: José Enrique Arboleda Valencia.

Atentamente manifiesto que comparto las razones y fundamentos expuestos por los Consejeros Dres. Miguel González Rodríguez y Libardo Rodríguez Rodríguez, en las aclaraciones de voto que anteceden, por cuanto como miembro de la Sección Primera son las mismas por ellos expuestas y por tanto me adhiero a sus escritos.

Atentamente,

Yesid Rojas Serrano, Consejero de Estado

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ERNESTO RAFAEL ARIZA

Referencia: Expediente No. S-336. Actor: José Enrique Arboleda Valencia.

Como quiera que las razones de mi aclaración de voto son las misma expresadas por el señor Consejero doctor Miguel González Rodríguez, con su venia, adhiero a su aclaración, dado que recoge con fidelidad la posición que ha venido sosteniendo uniformenete la Sección primera de esta Corporación, de la cual formo parte, a partir del auto del 2 de Agosto de 1990 con ponencia del Consejero doctor Pablo Cáceres Corrales, expediente No. 1482, y es que la acción de nulidad solamente procede contra los actos de carácter individual, partícular y concreto en los casos que expresamente señala, y señale en el futuro, la ley.

Fecha ut supra,

Ernesto Rafael Ariza Muñoz , Consejero

DEMANDA - Prueba de Presentación. CADUCIDAD DE LA ACCION

La sentencia suplicada no formula innovación alguna; se limitó a registrar lo que, a su juicio, constituyó falta de prueba de la presentación de la demanda para hacer el conteo del término de caducidad, fenómeno de indudable importancia para la seguridad en el comercio jurídico; de este modo, si se arguye la no aplicación de la tesis jurisprudencial en la solución del litigio, tal circunstancia no constituye causa para infirmar la sentencia por la naturaleza misma del recurso extraordinario de súplica; y si de la caducidad se trata, es claro que dicho fenómeno está lejos de constituir una formalidad intrascendente que se pueda obviar en aras de un pretendido derecho sustantivo.

GARANTIA PROCESAL. CORRECCIÓN DE LA DEMANDA - Término. ACLARACION DE LA DEMANDA - Término

Para los efectos de éste recurso, resulta intracendente que el escrito de corrección se haya presentado "dentro de las posibilidades que ofrece el término de fijación en lista, sino antes de iniciarse el proceso" (Tesis del fallo) o luego de proferido el auto admisorio pero antes de su notificación (Tesis del recurrente), pues en ninguno de los dos casos existiría razón jurídica para su rechazo; en efecto, el C.C.A., prescribe que "hasta el último día de fijación en lista podrá aclararse o corregirse la demanda" (artículo 208- texto que no sufrió modificación con el artículo 47 del Decreto Extraordinario No. 2304 de 1989-); el adverbio de tiempo que utiliza el texto legal expresa el límite temporal máximo, dentro del cual el actor puede ejercer su derecho de corregir o de aclarar la demanda; en otros términos desde la presentación de la demanda y hasta el último día de fijación en lista, es tiempo oportuno para hacer correcciones o aclaraciones de la demanda, con la precisión de que el primer ejercicio agota el

derecho. En estas condiciones, no hay duda de que el fallo suplicado contradice la tesis jurisprudencial de la Sala, a cuyo criterio, según se ha visto: "... la corrección de la demanda es.... una garantía procesal que... tiene el carácter de orden público que debe prevalecer sobre la interpretación de cualquier texto inductiva a desconocerla o imposibilitarla".

POLICIA NACIONAL. ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO. ASCENSO DE OFICIAL - Requisitos. **SENTENCIA** - Cumplimiento

Se debia ascender al actor al grado de Teniente Coronel, por orden judicial, y a así se hizo; para el ascenso al grado siguiente la jurisdicción dejó en manos de la administración el análisis del cumplimiento de los requisitos correspondientes y de la adquisición del derecho por el solicitante; hecho lo anterior se concluyó que dicho ascenso (al grado de Coronel) se debía negar. La administración entendió que carecía de ese derecho en cuanto no había completado, a plenitud, los requisitos de ley, y negó el ascenso, sin que nada indique incumplimiento, por esa conducta, del fallo aludido. Esa actuación, se repite, no constituye incumplimiento del fallo y no hay ninguna prueba que conduzca a conclusiones distintas. Tampoco hay prueba que desvirtúe la presunción de legalidad que favorece el Decreto 938, por medio del cual se retiró del servicio activo al Teniente Coronel José Francisco Zapata; no se debe que amén de otros ámbitos, dicha presunción deja en manos del actor la carga de desvirtuarla, circunstancia que no ocurrió en el presente caso.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santa Fe de Bogotá D.C., diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. S-203. Actor: Adriana Alejandra Zapata Garzón (José Francisco Zapata S.).

Decide la Sala el recurso extarordinario de súplica interpuesto por la parte demandante en contra del fallo pronunciado por la Sección Segunda de esta Corporación el 27 de mayo de 1991, por virtud del cual decidió:

"1o.- Declárarse caducada la acción contra los Decretos 850 de 25 de marzo de 1982 y 938 de 31 de marzo de 1982, ambos expedidos por el señor Presidente de la República.

"2.- Declárese inhibida la Sala para pronunciarse sobre los oficios 1142 de 8 de junio de 1982 suscrito por el Director General de la Policía Nacional y 5356 de 15 de septiembre de 1982, suscripto Por el Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia."

Las determinaciones transcritas se apoyaron en reflexiones de este orden:

"Observa la Sala en primer lugar que, como lo afirma la señora Fiscal, no se configura aquí ningún acto complejo. En efecto, el Decreto 850 de 25 de marzo de 1982 por el cual se dió cumplimiento a un fallo del Consejo de Estado no necesitaba del concurso de otras autoridades administrativas distintas de la que profirió, para perfeccionarse.

"Igual ocurre con el Decreto 938 de 31 de marzo de 1982, mediante el cual el señor Presidente de la República, haciendo uso de sus facultades legales retiró del servicio activo de la Policía Nacional en forma temporal por llamamiento a calificar servicios al Teniente Coronel José Francisco Zapata Santacruz.

"La facultad de llamar a calificar servicios a un oficial de la Policía Nacional, por voluntad del Gobierno, ha sido atribuida por la ley al señor Presidente de la República quien la ejerce en forma independiente.

"En cuanto a los oficios Nos. 1142 de 8 de junio de 1982 suscrito por el Director General de la Policía Nacional y 53 56 de 15 de septiembre de 1982, emanado del Secretario General del Municipio de Defensa, no son actos administrativos demandables ni mucho menos eran necesarios para perfeccionar los decretos expedidos por el Presidente de la República.

"Fueron simples comunicaciones enviadas al oficial Zapata Santacruz en las cuales se le informaba que con el Decreto 850 de 25 de marzo de 1982 el Gobierno Nacional había dado cumplimiento a la sentencia proferida por el Consejo de Estado en su caso, y que no cabía ninguna actuación posterior.

"Así las cosas, los actos demandados, sobre los cuales podría haber juzgamiento son: a) Decreto 850 de 25 de marzo de 1982 expedido por el señor Presidente de la República.

"b) Decreto 938 de 31 de marzo de 1982, también proferido por el señor Presidente de la República.

Afirma el señor apoderado de Rosalba de Zapata y Adriana Zapata Garzón en el memorial en el cual solicita la construcción del proceso, lo siguiente:

" "1o) La demanda original fue presentada en tiempo oportuno; no tengo copia de ella en mi poder.

" ..."

" " 3o) Antes de notificar el auto admisorio de la demanda, el suscrito apoderado CORRIGIO E INTEGRO LA DEMANDA EN UN SOLO ESCRITO que fue presentado el 20 de septiembre de 1982, y fue admitida y notificada al Director de la Policía y el Secretario General del Ministerio de Defensa'.

" La mencionada 'demanda original' no fue aportada a la reconstrucción; pero de lo manifestado por el peticionario se colige que, como aún no había sido admitida, la que aparece a folios 1 al 11 es la verdadera demanda pues resolvió cambiar la que antes había presentado, y no lo hizo dentro de las posibilidades que ofrece el término de fijación en lista, sino antes de iniciarse el proceso.

" Por eso la fecha de su presentación -20 de septiembre de 1982 será la que se tenga en cuenta para efectos de caducidad de la acción.

" El Decreto 850 de 1982 fue expedido el 25 de marzo de ese año y el 938 el 31 de ese mismo mes y año. Este último retiró del servicio al señor Zapata Santacruz a partir del 1o. de abril de 1982.

" Ambos fueron publicados en el Diario Oficial del jueves 22 de abril de 1982.

" Contra tales actos no cabía el agotamiento de vía gubernativa y por eso podían ser demandados directamente ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pero dentro del término de 4 meses, conforme al art. 83 de la Ley 167 de 1941.

" Si se cuenta el término a partir de la ejecución del acto o aún de su publicación, es preciso concluir que cuando se presentó la demanda el 20 de septiembre de 1982 ya la acción estaba caducada" . (Fls. 167 a 170 C.I).

EL RECURSO

Afirma el recurrente que " La jurisprudencia contrariada" se encuentra en las siguientes providencias:

" 1a) Sentencia de la Sala Plena de 22 de abril de 1986.

Consejero Ponente: *Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Radicación en Sala Plena No. 073. Actor: Seguros Tequendama S.A. contra: Sentencia de la Sección Cuarta de 28 de junio de 1985.

Solicitante del recurso: Ministerio de Hacienda -Dirección General de Impuestos.

" JURISPRUDENCIA SENTADA POR LA SALA PLENA: AMPLITUD DE CRITERIO EN LA RECONSTRUCCION DE LOS EXPEDIENTES DESTRUIDOS EN LA TOMA DEL PALACIO DE JUSTICIA EL 6 Y 7 DE NOVIEMBRE DE 1985" .

" 2a) Sentencia de la Sala Plena de 20 de Mayo de 1969.

Consejero Ponente: *Dr. Enrique Acero Pimentel.*

Acción de nulidad contra elección del Tesorero de Bogotá.

Anales del Consejo de Estado 1969 tomo 76 página 45.

" JURISPRUDENCIA SENTADA POR LA SALA PLENA: LA DEMANDA INICIAL Y LA DEMANDA ADITIVA, CONSTITUYEN UN SOLO CUERPO" .

" 3a) Auto de la Sala de Negocios Generales de 30 de Noviembre de 1949.

Anales del Consejo de Estado Tomo LVIII Nos. 367-371 pág. 401.

" JURISPRUDENCIA SENTADA POR LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES: EL DERECHO A CORREGIR, ENMENDAR, ACLARAR O VARIAR LA DEMANDA, HACE PARTE DE LA ACCION MISMA" .

" 4a) Sentencia de la Sala Plena de 10 de junio de 1965.

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Portocarrero Mutis.*

Anales del Consejo de Estado de 1965 tomo 69 Nos. 407-408 pág. 613.

" JURISPRUDENCIA SENTADA POR LA SALA PLENA: EL RIGORISMO PROCESAL ES INCOMPATIBLE CON LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES QUE, EN FAVOR DE LOS CIUDADANOS, OTORGA EL ESTADO DE DERECHO PARA IMPUGNAR LOS ACTOS QUE QUEBRANTAN EL ORDEN JURIDICO" .

5a) Auto de Sala Plena de julio de 1965.

Consejero *Dr. Alfonso Castilla Sáiz.*

Actor: Sociedad Loffand Brother Internacional Inc.

Expediente No. 10050.

Anales del Consejo de Estado: 1976 Tomo XCI pág. 35.

"JURISPRUDENCIA SENTADA POR LA SALA PLENA: LO QUE DESBORDA LOS LIMITES DE LA LOGICA Y DEL DERECHO ES QUE LOS EFECTOS JURIDICOS DE UNA OMISION DEL ESTADO HAYA QUE SUFRIRLOS EL PARTICULAR QUE NO INCURRIO EN ELLA Y QUE NINGUNA INTERVENCION TUVO EN EL ACTO". (Fls. 1, 2, 3 y 4 C.2).

La sustentación del recurso la hace de este modo:

"DE LA CONCORDANCIA DE LA JURISPRUDENCIA INFRINGIA RESULTAN ESTAS FORZOSAS CONCLUSIONES:

"a) La primera, cuarta y quinta están diciendo que el rigorismo procesal puede sacrificar el derecho sustancial y para no sacrificar el derecho, hay que interpretar el procedimiento con la amplitud que requieren las garantías que el Estado concede a los ciudadanos, o como dice una sentencia del Consejo de Estado del 10 de febrero de 1949, que se trata de :

""ACOMODAR EL DEBER SOCIAL DEL ESTADO A LA ACCION EJERCIDA"".

"Y mayor amplitud ha de haber en el criterio de interpretación procesal, cuando se trata de la reconstrucción de expedientes desaparecidos en el toma del Palacio de Justicia, porque la negligencia del Estado en proteger el palacio de justicia con los 150.000 miembros de los organismos de seguridad contra los 60 insignificantes insurgentes que lo invadieron, no puede imputarse a culpa de negligencia de los ciudadanos que presentaron oportunamente su demanda y que por la destrucción o desaparición de ella, se imponen exigencias que el ciudadano no puede cumplir por segunda vez.

"En efecto, la demanda fué presentada originalmente en tiempo y antes de corregirla o adicionarla, cumplió los siguientes pasos procesales: 1o) Fué radicada con el número 7438 como se observa en la referencia del memorial de reforma y en la solicitud de reconstrucción, afirmación que por mandato legal se hace bajo juramento; 2o) fué repartida al Consejero Orejuela Gómez, como se observa en el memorial de corrección; 3o) fué admitida porque reunió los requisitos legales como se indica bajo juramento en la solicitud de reconstrucción; y 4o) fué reformada o adiciona el 20 de septiembre de 1982 y se integraron, en un solo escrito para mayor facilidad de interpretación, la demanda original con la reforma, lo que tuvo lugar antes de la notificación del auto admisorio, PERO INTEGRAR NO SIGNIFICA RETIRAR DEMANDA INICIAL COMO LO ENTIENDE LA SENTENCIA SUPLICADA.

"CONFRONTACION DE LA SENTENCIA SUPLICADA CON LA JURISPRUDENCIA INFRINGIDA:

"La sentencia suplicada mediante una interpretación literal, restrictiva, y contraria a la amplitud que contienen las normas del Decreto 3825 de 1985 sobre reconstrucción de los procesos destruídos en la toma del Palacio de Justicia, ha desconocido los tres primeros actos procesales cumplidos antes de corregir o reformar la demanda original, o sea que mediante esa interpretación literal y restrictiva, la sentencia quiere ignorar que la demanda fué presentada originalmente en tiempo, que fué radicada con el No. 7438, que fué admitida, y no acepta que fué corregida el 20 de septiembre de 1982. Pero no solamente no acepta que fué corregida sino que, POR MEDIO DE UNA CREACION ANTIPROCESAL Y ARTIFICIOSA, QUIERE DARLE AL ESCRITO DE CORRECCION EL CARACTER DE DEMANDA ORIGINAL, BORRANDO CAPRICHOSAMENTE LOS 4 ACTOS PROCESALES CUMPLIDOS ANTES DEL 20 DE SEPTIEMBRE DE 1982.

"Y de esos actos procesales hay pruebas fehacientes y protuberantes en el expediente, porque los cuatro actos procesales anteriores a la reforma de la demanda tuvieron lugar en vida del demandante José Francisco Zapata Santacruz, quien falleció antes de la toma del Palacio de Justicia y en cambio la reconstrucción se solicitó por sus herederos después de la destrucción del expediente. A esto se debe que primero aparezca José Francisco Zapata Santacruz como demandante y en cambio, después de la destrucción del expediente, aparece como demandante su hija Adriana Zapata y su cónyuge Rosalba Avellaneda de Zapata, quienes solicitaron la reconstrucción.

"Precisamente, por el efecto del criterio restrictivo que contiene la sentencia suplicada, se ignoran las pruebas que existen en el expediente sobre la presentación oportuna de la demanda original e implícitamente se está exigiendo el cumplimiento de una actuación que debería tener el Estado si fuera menos negligente en la conservación de los expedientes y de los archivos, porque el expediente desapareció por negligencia del Estado en la conservación de los mismos y la copia de la demanda que se presenta para el archivo, también desapareció por negligencia del Estado en la conservación de los archivos y los libros de radicación también desaparecieron por negligencia del Estado en la conservación de los mismos.

"Si la obligación del ciudadano es la de cumplir con la presentación de la demanda y la obligación del Estado es la conservarlas, entonces no puede el mismo Estado castigar al ciudadano con la desestimación de la demanda porque el Estado no cumplió cabalmente su obligación de conservar esos expedientes. Esta exigencia implícita de presentar otra copia de la demanda signi-

fica, ni mas ni menos, una desproporción entre la igualdad de las cargas públicas, porque le ciudadano paga todos los impuestos que el Estado le impone, precisamente, para costear los servicios públicos en forma adecuada, de manera que sean suficientes para conservar los archivos judiciales y no pueden exigirle al ciudadano la imposibilidad de conservarlos porque está fuera del alcance ciudadano y eso significa exigirle una carga pública imposible. .

"b) La segunda y tercera Jurisprudencia infringidas están diciendo que la demanda inicial y su adición o corrección, constituyen un mismo cuerpo que hace parte del mismo derecho de acción que el ciudadano ejercita.

"CONFRONTACION DE LA SENTENCIA SUPLICADA CON LA JURISPRUDENCIA INFRINGIDA.

"Mientras la Jurisprudencia infringida afirma la unidad jurídica de la demanda y la corrección de la misma, resulta contraria la afirmación de la sentencia suplicada según la cual, la reforma que integra en un solo escrito la demanda original con la corrección, borra todos los actos procesales anteriores la presentación de la demanda y la trasladada la fecha de presentación de la demanda inicial a la fecha de presentación de la corrección, ocurriendo entre la presentación de la demanda inicial y la corrección o reforma, la sanción de caducidad. De esta manera la sentencia suplicada cambia el derecho de corrección por una sanción y además, también reforma el texto del art. 128 (ahora 208) C.C.A. que indica que "HASTA el último día de fijación en lista, podrá aclararse o corregirse la demanda"; y al contrario, la sentencia suplicada indica:

"" .; "Pero como de lo manifestado por el peticionario se colige que, como aún no había sido admitida, la que aparece a folios 1 a 11 es la verdadera demanda pues resolvió cambiar la que antes había presentado, y no lo hizo DENTRO de las posibilidades que ofrece el término de fijación en lista sino antes de iniciarse el proceso." (Las mayúsculas "HASTA" Y DENTRO son mías).

""Hasta el último día de fijación en lista" que concede el C.C.A., es lo contrario de "DENTRO del término de fijación en lista" que conceda la sentencia suplicada. (párrafo 5o. de la pág. 7 de la sentencia o folio 132 del expediente).

"A todo esto, se agrega que no obstante haber transcrito en la misma página 7 de la sentencia o 132 del expediente, los ordinales 1o y 3o. de la solicitud de reconstrucción, donde advirtió el suscrito que ANTES DE NOTIFICAR EL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA DEL SUSCRITO APODERADO CORRIGIO E INTEGRO LA DEMANDA EN UN SOLO ESCRITO", LA

SENTENCIA ENTIENDE TODO LO CONTRARIO DEL TEXTO O SE QUE LA DEMANDA NO HABIA SIDO ADMITIDA Y DE ESTE FALSO Y PROTUBERANTE CAMBIO DEL TEXTO, la sentencia suplicada concluye equivocadamente, por supuesto, que la " verdadera demanda es la reforma de la demanda inicial y como la corrección fué presentada después de los 4 meses, la acción había caducado: Así aparece nítida y manifiesta la violación de la Jurisprudencia de la Sala Plena.

"Finalmente, como lo afirmado abajo (sic) juramento en la solicitud de reconstrucción es una confesión y en ella se afirma que la demanda inicial fué presentada en tiempo oportuno y que antes de la notificación del auto admisorio, la demanda inicial fué corregida e integrada en un solo escrito sin retirar la inicial; la unidad de lo aquí confesado armoniza y concuerda con la Jurisprudencia que pregona la unidad de la demanda y su corrección, y resulta que la sentencia suplicada infringe, de esta otra manera, la Jurisprudencia indicada y, además, violó en forma flagrante y protuberante el derecho de corregir la demanda y el criterio de interpretación unificado de la confesión y violó la INDIVISIBILIDAD de la confesión contenida en el art. 200 C.P.C., porque en el ordinal 1o. se dijo que la demanda se había presentado en tiempo oportuno y en el ordinal 3o. se dijo que se había corregido el 20 de septiembre de 1982, pero sólo se tomó este último ordinal y de rechazó el primero, con lo cual se dividió la confesión.

"COMO ESTA BIEN CLARA LA DEMOSTRACION DE LA INFRACCION DE LA JURISPRUDENCIA, SOLICITO LA REVOCACION DE LA SENTENCIA INFRACTORA Y LA ESTIMACION DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA." (Fls. 5 a 9 C.2).

LA SALA CONSIDERA

En dos órdenes distintos clasifica el recurrente las contradicciones jurisprudenciales que encuentra y sobre las cuales monta su recurso, a saber:

1.- La que dice relación con la "amplitud de criterio en la reconstrucción de los expedientes destruidos en el Palacio de Justicia", que la deduce de las providencias enlistadas en los ordinales 1o, 4o y 5o del escrito de recurso tal y como se copió atrás; no es posible tomar en consideración la última de las decisiones indicadas por cuanto, según se establece por el informe de relatoría visible a folios 17 y 18 del segundo cuaderno, no fué posible localizar su texto ".... , pues además de la imprecisión de la fecha, el Consejero Ponente que allí se cita, Dr. ALFONSO CASTILLA SAIZ, no figura como tal para la época del pronunciamiento (1965);

ni tampoco coincide el tomo de Anales que se da como referencia (T.XCI) que es del año 1976, ni la página."

Respecto de las dos restantes, efectivamente en el auto de 22 de abril de 1986 se dijo:

"5. Ha de tenerse en cuenta que la amplitud de criterio con que cabe interpretar el Decreto 3825 de 1985 emana no sólo de las condiciones históricas que dieron lugar a su expedición, sino que él fluye de sus propios términos, como aparece, entre otros ejemplos, del numeral 6o del artículo 1o, que deja al libre convencimiento del Consejero sustanciador señalar cuales de los documentos y diligencias aportados durante el trámite de la reconstrucción se tendrán 'por auténticos'. Es decir, que el juzgador no sólo precisa qué documentos son auténticos, sino que puede reputar como tales aquellos que, sin ser 'per se' auténticos, le ofrecen un grado de certidumbre tal sobre el hecho de ser ciertos y positivos por los caracteres, requisitos o circunstancias que los rodean, que le permitan tenerlos como ciertos, auténticos, aunque en rigor de verdad puedan no serlo." (Fl. 20 C.2).

Y la sentencia de 10 de junio de 1965 señala en sus consideraciones -aunque no sea ésta la tesis de fondo-, que no se debe "extremar un rigorismo incompatible con las garantías que en un estado del derecho (sic) deben darse a quienes hacen uso de la facultad que la ley da para impugnar aquellos actos que consideran han quebrantado el orden jurídico".

Por este primer ángulo de análisis, la sentencia suplicada no formula innovación alguna; se limitó a registrar lo que, a su juicio, constituyó falta de prueba de la presentación de la demanda para hacer el conteo del término de caducidad, fenómeno de indudable importancia para la seguridad en el comercio jurídico; de este modo, si se arguye la no aplicación de la tesis jurisprudencial en la solución del litigio, tal circunstancia no constituye causal para afirmar la sentencia por la naturaleza misma del recurso extraordinario de súplica; y si de la caducidad se trata, es claro que dicho fenómeno está lejos de constituir una formalidad intrascendente que se puede obviar en aras de un pretendido derecho sustantivo.

Este primer cargo no prospera:

2.- La segunda contradicción, a juicio del recurrente, consiste en concebir separadamente la demanda y la corrección, a contrapelo de la tesis sostenida por la Sala Plena por las providencias enlistadas en los ordinales 2o. y 3o.

Este cargo está llamado a prosperar; en efecto: ha dicho esta Sala:

"El derecho de corregir la demanda hace parte de la acción misma que por ella se ejercita, porque si el actor no tiene la facultad de aclarar o enmendar sus propias peticiones, la acción queda limitada o restringida a los términos inicialmente propuestos, que pueden hacer nugatoria la justicia que por ella se impetra. Para garantizar tanto la plenitud de este derecho como la juridicidad de la función jurisdiccional, la ley faculta al actor para hacer a su demanda, en determinados estados del juicio, para su mejor ordenamiento, las enmiendas que considere necesarias al formal establecimiento de la relación jurídico-procesal que intenta, y ordena al juzgador señalar al demandante los defectos formales de que adolezca la demanda, para que los corrija. De suerte que la corrección de la demanda es, desde este punto de vista, una garantía procesal que como todas las de su clase, tiene el carácter de orden público, que debe prevalecer sobre la interpretación de cualquier texto inductiva a desconocerla o imposibilitarla". (Fl. 24 C.2) (Auto de 30 de noviembre de 1949 invocado en el recurso).

El fallo impugando, desconociendo la autenticidad que había declarado en favor del escrito de forma de la demanda el auto de 27 de mayo de 1987 (fl. 52 del C.2), concluye que, "de lo manifestado por peticionario... se colige que ....la que aparece a folios 1 a 11 es la verdadera demanda pues resolvió cambiar la que antes había presentado, y no lo hizo dentro de las posibilidades que ofrece el término de fijación en lista, sino antes de iniciarse el proceso".

La conclusión anterior no corresponde exactamente a las afirmaciones del actor, quién en la solicitud de reconstrucción, manifestó:

"1o) La demanda original fué presentada en tiempo oportuno; no tengo copia de ella en mi poder."

"....."

"3o) Antes de notificar el auto admisorio de la demanda, el suscrito apoderado CORRIGIO E INTEGRO LA DEMANDA EN UN SOLO ESCRITO...." (Fl. 32 del C.1)

Sin embargo, para los efectos de este recurso, resulta intracendente que el escrito de corrección se haya presentado "dentro de las posibilidades que ofrece el término de fijación en lista, sino antes de iniciarse el proceso" (Tesis del fallo) o luego de proferido el auto admisorio pero antes de su notificación (Tesis del recurrente), pues en ninguno de los dos casos existiría razón jurídica para su rechazo; en efecto, el C.C.A., prescribe que **hasta** el último día de fijación en lista podrá aclararse o corregirse la demanda" (artículo 208- texto que no sufrió modificación con el artículo 47 de Decreto Extraordinario No. 2304 de 1989); el adverbio de

tiempo que utiliza el texto legal expresa el límite temporal máximo, dentro del cual el actor puede ejercer su derecho de corregir o de aclarar la demanda; en otros términos desde la presentación de la demanda y hasta el último día de fijación en lista, es tiempo oportuno para hacer correcciones o aclaraciones de la demanda, con la precisión de que el primer ejercicio agota el derecho.

La interpretación de la sentencia recurrida es restrictiva y aislada; restrictiva, porque no admite que, con antelación a la fijación en lista, el actor tenga la facultad de corregir la demanda; aislada, porque separa la demanda inicial de la corrección para contar, a partir de ésta, los términos de caducidad.

En estas condiciones, no hay duda de que el fallo suplicado contradice la tesis jurisprudencial de la Sala, a cuyo criterio, según se ha visto: " ... la corrección de la demanda es ... una garantía procesal que... tiene el carácter de orden público, que **debe prevalecer sobre la interpretación de cualquier texto inductiva a desconocerla o imposibilitarla".**

En consecuencia , se infirmará el fallo suplicado y se procederá a dictar sentencia de fondo, conforme con las siguientes

CONSIDERACIONES:

1.- El actor formuló su demanda con el propósito de que se declarase la nulidad del "acto complejo: integrado por el Decreto 850 del 25 de marzo, el oficio 1142 del 8 de junio y el oficio 5356 del 15 de septiembre, todos de 1982, expedidos, en ese orden, por el Gobierno Nacional, el Director General de la Policía Nacional y el Secretario General del Ministerio de Defensa, en cuanto se le negó el ascenso al grado de Coronel de la Policía Nacional "que había ordenado el Consejo de Estado en sentencia del 12 de diciembre de 1981"; con miras al restablecimiento del derecho, solicitó su reintegró al servicio activo, su ascenso al grado de coronel a partir del 17 de diciembre de 1980, el reconocimiento a "los demás ascensos para los cuales hubiere transcurrido el requisito del tiempo mínimo", y los reajustes salariales y prestacionales correspondientes al nuevo o nuevos grados.

2.- Para apoyar su petitum, el demandante dijo:

a.- Que el Consejo de Estado, en sentencia que profirió al 12 de diciembre de 1981, sobre demanda que él mismo formulara, decidió:

> ""Las consideraciones que anteceden llevan a la Sala a declarar la nulidad del acto acusado y a ordenar el restablecimiento del derecho del demandante, al disponer su reintegro al servicio; el pago de todos los emolumentos dejados de

percibir, incluyendo dentro de este concepto los valores por prima de Academia Superior. Se ORDENARA, IGUALMENTE, LOS ASCENSOS LEGALES CORRESPONDIENTES". (Mayúsculas mías)

"De igual manera, el Gobierno Nacional -Dirección General de la Policía-, ascenderá al actor al grado de Teniente Coronel, a partir del (17) de diciembre de mil novecientos setenta y seis (1976), fecha en que cumplió el requisito de tiempo mínimo. ASIMISMO, LO CONCEDERA LOS ASCENSOS QUE SE HAYAN CONSOLIDADO POSTERIORMENTE Y A LOS CUALES TENGA DERECHO EL MAYOR JOSE FRANCISCO ZAPATA SANTACRUZ." (Mayúsculas mías)". (fl. 3 C.1)

"....."

"... el Gobierno profirió el Decreto 850 del 25 de marzo de 1982, cuyo título dice que por él se dá cumplimiento a la sentencia del Consejo de Estado y sin embargo solamente reintegró al Oficial y lo ascendió al grado de Teniente Coronel, disposiciones que están precedidas de la manifestación de voluntad administrativa que niega el ascenso a Coronel, bajo el pretexto de aclarar la sentencia en el sentido de que el oficial no tiene derecho al ascenso al grado de Coronel por no haber cumplido con los requisitos legales, negativa que constituye uno de los actos acusados;

"Concordante con la manifestación de voluntad de la administración para negar el ascenso al grado de Coronel, el Director General de la Policía Nacional emitió el Oficio No. 1142 del 8 de junio de 1982 el cual contiene otra declaración de voluntad de la administración, destinada a negar el ascenso a Coronel, en el sentido de que el fallo del Consejo de Estado ha sido cumplido y que la Policía no tiene más pronunciamiento en relación con el cumplimiento de la sentencia, lo cual constituye otros de los actos acusados.

"Las dos aclaraciones de voluntad del Gobierno y de la Policía tienen como objeto común negar el ascenso al grado de Coronel y poner fin al proceso administrativo y hacer imposible su continuación.

"El incumplimiento parcial del fallo en cuanto al reintegro del oficial, fue una burla a la jurisdicción del Estado porque el oficial, fue una burla a la jurisdicción del Estado porque el oficial fue retirado por el Gobierno al día siguiente de haber sido reintegrado, por Decreto 938 del 31 de marzo de 1982, que es el otro acusado.

" El apresurado retiro del oficial demandante, está confirmado precisamente el acierto de la sentencia el Consejo de Estado, al ordenar el reintegro del oficial porque había sido retirado ilegalmente, y ahora fue nuevamente retirado

también ilegalmente del servicio como Teniente Coronel, cuando debía haber sido retirado como Coronel. " (Fls. 4 a 5 C.L).

3.- Las disposiciones que encontró infringidas con la actuación de la administración están contenidas en los artículos 2o, 10, 16, 30, 63, 65, 119, ord. 2o, y 120 ord. 2o. de la C.N. anterior; el 92 del C.C.A, y 17, 18, 25, 27 y 1620 del C.C.

4.- En su alegato de conclusión (fls. 15 del C. I y ss del actor reclama por el cumplimiento de la sentencia como previó un proyecto de derecho que inicialmente elaboró la sección general de la policía y que fué variado, por el concepto de un funcionario subalterno, ante el Ministro de defensa, por el que finalmente se convirtio en el Decreto 850 de 1982; destaca algunos de los medios de prueba que, según el alegato, formaban parte del expediente y concluye que " La administración ha actuado con manifiesto desprecio por el derecho las decisiones jurisdiccionales al reimtegra por cinco días al oficial ZAPATA SANTACRUZ " y que están procesalmente realizados los presupuestos para la prosperidad de las pretensiones.

La apoderada de la Policía Nacional, de su parte, manifestó que la sentencia del Consejo de Estado no ordenó el ascenso del demandante el grado de Coronel, y tampoco podría ordenarlo por cuanto no había sido solicitado en la demanda; de modo que correspondia ala institución determinar si el actor reunía o no los requisitos de la ley para decretarlo, asunto que, a términos del Decreto 613 de 1977 es de libre escongencia del gobierno de entre quienes cumplan las condiciones legales. (fls. 40 y ss C.1).

5.- Destruido el expediente en los hechos trágicos del palacio de justicia, ROSALBA DE ZAPATA y ADRIANA ZAPATA GARZON en su condición de cónyugue sobreviente y de hija del actor, solicitaron la reconstrucción. (fls. 32-34 del C.1).

La apoderada de la policía precisó, al dar respuesta a solicitud, la minoría de edad de ADRIANA ZAPATA, circustancias que le impidian " conferir poder en su propio nombre" . (fls. 44 y 45) .

6.- Efectivamente, tal y como lo precisa el fallo acogiendo la sugerencia del Ministerio Público, el oficio No. 5356 de 1982 (fls. 128 del C.1), no es constitutivo de acto administrativo, pues se trata de una simple respuesta del secretario General del Ministerio de Defensa al apoderado del actor, informándole que el fallo de esta jurisdicción fué cumplido por medio del Decreto 850 de 1982

Respecto del oficio 1142 del 8 de junio de 1982, no es posible hacer pronunciamiento alguno por cuanto no obra copia el expediente. Por esta razón, y por

cuanto en esta parte no fué objeto de recurso, en nada se variará el ordinal 2o de la sentencia recurrida.

En cuanto a la nulidad de los Decretos Nos. 850 y 938 del 25 y del 31 de marzo de 1982, se observa:

No existe en el expediente copia del fallo de 12 de diciembre de 1981, y tampoco ha sido posible conseguirla, máxime cuando ni la demanda (fls. 2 del C.1), ni los considerandos del Decreto 850 (fls. 12), ni las otras piezas del proceso, indican cual de las secciones de esta corporación fué proferida; en las condiciones la confrontación de sus disposiciones con las caidas de ejecución aquí cuestionada resulta imposible.

Sin embargo, si se atiene la Sala al texto que cuya demanda, no queda ninguna duda de que esta jurisdicción ordenó el ascenso del actor al grado de Teniente Coronel, y a los demás " **que se hayan consolidado y a los cuales tengan derecho**" ; lo cual descarta por completo la pretensión según la cual, sin más condiciones, se debía producir el ascenso al grado de coronel, pues una decisión semejante estaba sujeta a una doble condición: que el ascenso se hubiera consolidado, y sobre todo, que el demandante **tuviese derecho a obtenerlo.**

La administración entendio que carecía de ese derecho en cuanto no había completado, a plenitud, los requisitos de ley, y negó el ascenso, sin que nada indique incumplimiento, por esa conducta, del fallo aludido.

En otros términos: se debía ascender al actor al grado de Teniente Coronel, por orden judicial, y así se hizo; para el ascenso al grado siguiente la jurisdicción dejó en manos de la administración el análisis del cumplimiento de los requisitos correspondiente y de la adquisición del derecho por el solicitante; hecho lo anterior se concluyo que dicho ascenso (al grado de Coronel) se debía negar. Esa actuación, se repite, no constituye incumplimiento del fallo y no hay ninguna prueba que conduzca a conclusiones distintas.

Tampoco hay prueba que disfrute la presunción de legalidad que favorece al Decreto 938, por medio del cual se retiro del servicio activo al Teniente Coronel JOSE FRANCISCO ZAPATA; no se debe olvidar que, amén de otros ámbitos, dicha presunción deja en manos del actor la carga de disvirtuarla, circunstancia que no ocurrio en el presente caso.

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:

Se infirma la sentencia del 27 de mayo de 1991 proferida por la sección Segunda de esta Corporación en cuanto declaró la caducidad de la acción. En su lugar SE DISPONE:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la sala en sesión de fecha siete(7) de febrero de mil novecientos noventa y cinco 1995).

Daniel Suárez Hernández, Vicepresidente, *Juan de Dios Montes Hernández Miguel González Rodríguez, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza M., Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, Miren de la Lombana de M, Luis Eduardo Jaramillo C., Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta,* Ausente, *Miguel Viana Patiño.*

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA PRESUNTA. FALLA EN EL SERVICIO PROBADA. ARMA DE DOTACION OFICIAL. FALLA POR OMISION. FALLA EN EL SERVICIO POLICIVO. FALLA PERSONAL. CULPA IN VIGILANDO. AGENTE EN FRANQUICIA. JURISDICCION ROGADA.

En efecto, mientras en las diferentes sentencias proferidas por la sala plena Contenciosa de la Corporación, la responsabilidad extracontractual del Estado se fundamenta, en teoría de la falla en el servicio o de la responsabilidad por la ejecución de trabajos públicos, y tanto los hechos que configuran la falla en el servicio como la ejecución de dichos trabajos públicos deben ser probados por el perjudicado, en la providencia recurrida se descarta la exigencia de prueba de la falla del servicio y como consecuencia, expresamente se dice que el no haberse probado en el curso del proceso, dicha falla, no obstante para el reconocimiento de la indemnización reclamada. Y en estrecha relación con lo anterior, mientras en la demanda se alega una típica falla por omisión en el servicio de policía y la culpa del agente, la providencia recurrida fundamenta la responsabilidad del Estado en la denominada falla presunta, por el hecho de que el arma con la que se causaron los prejuicios era la dotación oficial, sin analizar si los hechos alegados, es decir la *causa petendi* de la demanda, se probaron y si hubo o no responsabilidad personal de la gente que causó el daño. Lo anterior, es claro que implica un cambio de la tesis jurisprudencial que ha sostenido la Corporación entre otras, en las sentencias invocadas por el recurrente, en el sentido de que la jurisdicción administrativa es rogada y por ello se entiende que los límites de la controversia que debe resolver son los que delimita la propia demanda, sin que le sea posible al juzgador modificar dichos límites. En este aspecto, se elabora una nueva jurisprudencia no adoptada por la Sala Plena, para declarar la responsabilidad

del Estado. Por otra parte, también de la comparación de la providencia recurrida con las sentencias invocadas en la sustentación del recurso se concluye que la Sección Tercera, modificó la jurisprudencia adoptada por la Sala Plena Contenciosa de la Corporación, en cuanto hace derivar la falla presunta del concepto de actividad peligrosa o elemento peligroso de las armas de dotación oficial, lo que no se pueden desligar del concepto de responsabilidad por culpa *in vigilando*, propio del derecho civil, cuando la jurisprudencia imperante de acuerdo con las sentencias transcritas fundamenta la responsabilidad del Estado en normas, principios y teorías propias del Derecho Público; por lo anterior puede afirmarse que la concepción de la falla presunta se deriva de un enfoque *jus privatista* de la responsabilidad extracontractual que es claramente contrario a los sostenidos por la Sala Plena.

JURISDICCION ROGADA. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. CAUSA PETENDI. PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA. PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La Sala reitera la tesis de que la justicia administrativa es rogada y en ella no es aplicable el principio *iura novit* curia, pero precisa con relación a dicha característica una excepción: en aquellos procesos, en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación u omisión de la Administración, sino que directamente se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es el caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda los fundamentos de derecho invocados por el demandante. En la controversias sobre responsabilidad extracontractual del Estado, materia en la cual, si bien existen algunas normas generales consagradas en la legislación positiva, aplicable que puede ser invocadas en la demanda, tales como el artículo 90 de la Constitución Nacional, que de manera abstracta sirven de fundamento jurídico a la responsabilidad del Estado, lo cierto es que no existe un régimen legal positivo que regule de una manera precisa y detallada dicho tema, lo que hace que el juez pueda encontrar fundamentos de derecho diferentes a los propuestos en la demanda, pero sin que pueda modificar la *causa petendi* de la misma que como ya se precisó la constituyente los hechos mismos en que se fundamenta. De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la Sala precisa que sí es posible en materia de juicios de responsabilidad extracontractual del Estado, la aplicación del principio *iura novit curia*, pero

siempre teniendo en cuenta que a través de él no se puede llegar a la modificación de los fundamentos fácticos de la pretensión, expuesto en el libelo, los cuales constituyen su *causa petendi* y son precisados por el actor, y no otros. Así en esta materia, lo importante es la realidad y naturaleza de los hechos y no la calificación jurídica que les puede dar el demandante, todo lo cual coincide con lo dispuesto por nuestra legislación positiva, concretamente por el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, la sentencia debe analizar "Los hechos en que se funda la controversia".

OMISION ADMINISTRATIVA - Definición

Las omisiones son abstenciones de la administración que constituyen parte de los hechos mismos en los cuales se puede fundamentar una demanda y los cuales deben ser probados a lo largo del proceso para que ésta prospere.

DERECHO DE DEFENSA. PRINCIPIO DE CONTRADICCION - Pruebas

Si se aceptare que el juez puede al final del proceso, en la sentencia cambiar los hechos alegados en la demanda se estaría desconociendo el derecho de defensa y contradicción del proceso que tiene la parte demanda, la cual contestará la demanda enfrente de los hechos alegados por el demandante y enfocará su actividad probatoria para desvirtuar esos hechos que se conocen desde un comienzo. Pero si al final del proceso se cambia ya no podría cuestionarlos. Y esto sucedió en el proceso que culminó con la providencia recurrida toda vez que la administración no había incurrido en ninguna omisión que era el fundamento de la demanda, pero no podía desvirtuar una presunción que solamente se planteó en la sentencia que la condenó, partiendo de la base de que el accionante no debía probar la omisión alegada, con total falta de congruencia con la demanda.

FALLA PRESUNTA - Aplicación

La teoría de la falla presunta, cuyos planteamientos básicos se hicieron en la sentencia recurrida, con precisión de conceptos ya adoptados por la sección tercera de la corporación, podrá fundamentar la responsabilidad del Estado en casos diferentes al que ahora ocupa la atención de la sala,

cuando el perjudicado la invoque como sustento de su pretensión de indemnización o en aquellos eventos en los cuales, de acuerdo con los hechos o *causa petendi* de la demanda sea posible su aplicación, por darse los elementos y condiciones que de acuerdo con la ley permitan presumir su responsabilidad.

RESPONSABILIDAD PRESUNTA-Arma de Dotación Oficial. **FALLA PRESUNTA Y PROBADA**

En el caso de autos, tampoco puede presumirse la responsabilidad de la administración por el solo hecho de que el arma fuera de dotación oficial, pues está comprobado que el agente no estaba actuando en razón del servicio de policía, razón por la cual tampoco se puede alegar que el agente a debido actuar con la prudencia propia de las actuaciones estatales y en primer lugar hacer tiro al aire como lo exige el reglamento, porque el reglamento rige es para las actividades propias del servicio y cuando se está en servicio del mismo, pero no cuando se utiliza clandestinamente un arma de dotación oficial, no habiéndose comprobado que hubo una falta de la autoridad correspondiente que hubiera facilitado dicha situación. Tampoco resulta válido afirmar que: "el arma de dotación oficial por su peligrosidad al ser nexo instrumental en la causación de un perjuicio compromete de por sí la responsabilidad del ente público" y excluye "cualquier responsabilidad objetiva" toda vez que las armas son o no peligrosas, pero dicha característica no puede predicarse exclusivamente de las que son de dotación oficial, las de los particulares también lo son, también son anexo instrumental en la causación de perjuicios y allí no es posible "presumir" su responsabilidad, hay que probarla.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santa Fe de Bogotá, D.C., febrero catorce (14) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia Radicación S-123. Actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez.

Habiendo sido negada la ponencia presentada por el Consejero Doctor Libardo Rodríguez R., procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de única instancia, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 31 de Julio de 1989, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES:

El Señor *Jorge Arturo Herrera Velásquez*, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento, solicitó se declarara la responsabilidad de la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa, Policía Nacional y se ordenara la correspondiente indemnización de los perjuicios materiales y morales originados en las lesiones que sufrió en hechos ocurridos en el Municipio de Quetame, Corregimiento de Guayabetal, Departamento de Cundinamarca, el 25 de diciembre de 1976 al ser herido con arma de fuego de dotación oficial, por el señor *Adan Escobar Collo*, agente de la Policía Nacional, quien se encontraba gozando de vacaciones, originándole la pérdida de su miembro inferior derecho.

Solicitó que la indemnización fuera reconocida debidamente actualizada, de acuerdo con el valor adquisitivo de la moneda.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La sentencia objeto del recurso extraordinario de súplica resolvió de manera parcialmente favorable las peticiones de la demanda y en su parte considerativa afirma que se encuentra debidamente aprobado que:

"1- El señor JORGE ARTURO HERRERA VELASQUEZ fue herido por el agente de la Policía Nacional, ADAN ESCOBAR COLLO, el día 25 de diciembre de 1976, en la localidad de Guayabetal.

"2- Como consecuencia directa de la anterior herida, y a raíz de una gangrena seca, debió amputársele al señor HERRERA VELASQUEZ el miembro inferior derecho, a la altura de los cóndilos del fémur.

"3- El Agente de la Policía Nacional se prevalió de arma de dotación oficial para causar la herida al ciudadano HERRERA VELASQUEZ.

"4- El Agente de la Policía ESCOBAR COLLO pertenecía en momentos del insuceso a la Policía Nacional, y el 25 de diciembre de 1976 se encontraba gozando de vacaciones.

"5- El Agente de la Policía contabilizaba sanciones que totalizan 9 días de arresto severo, para el día en que causó el perjuicio que ahora se cuestiona.

"6- El Agente agresor murió el 8 de enero de 1980 y fue dado de baja por esta causa mediante la resolución 0099-80".

A continuación, hace algunas consideraciones sobre la facultad del juez administrativo para elegir el régimen de la responsabilidad estatal y al respecto afirma textualmente:

"A pesar de que del libelo demandatorio pueda colegirse que se imputa una falla del servicio por omisión de la Policía Nacional, al haber permitido que uno de sus miembros saliera a vacaciones portando arma de dotación oficial, estima la Sala que ello no es óbice para que el juez, al calificar la realidad histórica del proceso, y prevaliéndose del principio *iura novit curia*, goce de la facultad de determinar el régimen jurídico de responsabilidad aplicable al caso concreto que es objeto de la decisión. En efecto, la escogencia de uno de los varios regímenes de responsabilidad y, con ello, la exigencia de las condiciones que su aplicación supone para que la responsabilidad del Estado pueda ser declarada ante determinados perjuicios, es tarea que corresponde realizar libremente al juez, a menos que dichas condiciones estén contempladas expresamente en la Ley".

En respaldo de lo anterior afirma que en igual sentido se pronuncio la Sección Tercera en las siguientes providencias, que transcribe parcialmente:

Sentencia de febrero 20 de 1989, Expediente No. 4655 Actor: Alfonso Sierra Velázquez, Ponente Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo; Sentencia de 27 de abril de 1989 Expediente No. 4992, actor: Olga Celis de Sepúlveda, Ponente Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo; Sentencia de 28 de abril de 1989 Expediente No. 3852; Actor: Jairo Rodríguez Durán; Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Y anota que:

"Teniendo en cuenta lo anterior, se abstendrá la Sala de estudiar en el presente caso la posible falla del servicio por omisión que hubiere podido cometer la Policía Nacional, al no impedir el egreso a Vacaciones de unos de sus miembros, portando un arma de dotación oficial con la que a la postre causó el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende mediante el presente proceso. Y estima irrelevante el análisis de dicho elemento, porque considera que el arma de dotación oficial, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás, bien puede existir.

Luego agrega que:

" En el caso que ahora ocupa la atención de la sala, se observa que no hay motivo alguno para variar tal posición jurisprudencial; por el contrario, dicha posición debe ser reiterada: cuando se prueba que el nexo instrumental (arma) con el cual se ha causado un perjuicio, era de dotación oficial, se presume que el perjuicio es debido a una falla en la prestación del servicio.

"Por ello, entiende la sala que frente a este: tipo de perjuicios, el régimen apicable es el dominado de la falla del servicio presunta.

"II - CARACTERIZACION DEL REGIMEN DE LA FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA.

"En sentencia de febrero 20 de 1989, precitada, se había expresado la sala sobre el régimen de la falla del servicio presunta, en éstos términos:

"'En segundo término, y como régimen intermedio entre el que acaba de mencionarse y los de responsabilidad puramente objetiva de que adelante se tratará, se encuentra aquel en donde la falta o falla es presunta. En los eventos respecto de los cuales puede aplicarse este régimen especial, el actor solo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio. A la entidad demandada queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho a ella imputable, obró de tal manera prudente, con tal diligencia, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad.

" En este sentido, la ausencia de falla del servicio, demostrada por la administración pública demandada, la exonera de responsabilidad porque rompe la presunción de imputabilidad, así el vínculo de causalidad entre el hecho de la administración el perjuicio continúa intacto. Por ello, en este régimen la falla del servicio sigue existiendo, pero en cierto modo inverso, es decir, en cuanto es a la entidad demandada a la que corresponde proveer al juez de los medios de convicción necesarios para que éste realice una valoración positiva del comportamiento administrativo".

" Ahora bien: La sala considera conveniente precisar las características fundamentales del régimen de la falla del servicio presunta, para los eventos en los cuales los perjuicios han sido causados con armas de dotación oficial, así"

" 1- La aplicación de la regla ACTORI INCUMBIT PROBATIO se atenúa respecto de la falla del servicio. Es decir, no se dispensa de toda prueba al *demandante, sino que el onus probandi* no cobija la prueba de la falla del servicio, aunque sí la del hecho causante del daño y su relación, con el mismo. Corresponde por tanto al actor probar solamente la existencia de un perjuicio, debe guardar relación de causalidad con la utilización del arma de dotación oficial.

"2 - El perjuicio causado con arma de dotación oficial, hace presumir la falla del servicio, puesto que, al ser el mecanismo de la presunción una técnica

probatorio que sólo exonera al actor del aporte de la prueba de la falta, no excluye el análisis que de la misma puede realizar el juzgador. Es pues, un régimen en el cual la falla del servicio sí está presente, lo que implica que se excluye, por definición, todo aplicación de la teoría del riesgo y de cualquier otro régimen de responsabilidad objetiva.

"3 - Por presunta la falla del servicio ésta puede ser desvirtuada por la administración, mediante prueba que desmienta la premisa sobre la cual está cimentada la presunción. En otros términos: puede la administración aportar probanza contraria que impida al juzgador extraer las consecuencias de la premisa que sirvo de fundamento a la presunción de falla que pesa sobre la administración.

" 4 - En consecuencia, si la administración demuestra la ausencia de falla, se exonera de su responsabilidad. Mas para que ello sea así, el juez debe llegar a la convicción de que el actuar administrativo fue de tal manera prudente y diligente, que el perjuicio ocasionado con el arma de dotación oficial no puede imputársele a título de falta suya. Ello es apenas obvio, en la medida en que, como lo ha dicho la sala, *pesa sobre las Fuerzas Armadas una obligación de extrema prudencia y diligencia en relación con el porte y uso de armas* (sentencia de 27 de abril de 1989, precitada), debiendo por tanto, acreditar esa extrema prudencia y diligencia en las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, para dar por establecida la ausencia de falta de la administración.

" 5 - El hecho o la culpa de la víctima, al igual que en todos los regímenes de responsabilidad, exonera o atenúa, según el caso, la responsabilidad estatal.

" En efecto, dicha causal implica que el hecho causante del daño no es imputable al ente demandado, sino que, por el contrario, lo es a un comportamiento de la víctima.

Sin embargo, estima la sala oportuno recordar que no puede confundirse para dicho efecto, el nexo de causalidad con el de simultaneidad. Bien es sabido que en múltiples ocasiones puede ocurrir que simultáneamente al hecho causante del perjuicio, se observa un proceder reprochable de la víctima, que no necesariamente conlleva la exoneración de la administración. Precisamente por cuanto la administración está obligada a una suma y extrema prudencia y diligencia en el porte y uso de armas, la culpa de la víctima jugaría un papel eximente solo en la medida en que guarde relación causal con la producción del perjuicio, a punto tal que se constate que la administración fue obligada a utilizar, legítimamente, dicha arma.

" 6- El hecho de un tercero exonera de responsabilidad a la administración, siempre y cuanto se demuestre que dicho tercero es completamente ajeno al

servicio, y que su actuación no vincula de manera alguna a éste último, produciéndose claramente la ruptura de la relación causal.

" 7 - La fuerza mayor exonera igualmente a la administración. En efecto, su existencia supone que ésta no ha cometido falla alguna, y ello porque la causa de la falla del servicio no puede imputarse a la administración, sino a un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que supuestamente causó el perjuicio.

" 8 - El caso fortuito, al contrario, en su concepción moderna iusadministrativa de **causa desconocida**, no exonera a la administración frente a este tipo de perjuicios. Al decir del profesor Paul Amselek, 'todo sistema de presunción de falta supone, por hipótesis misma, que en caso de no ser posible determinar las circunstancias exactas en las que se produjo el daño, el llamado a responder por las fallas presuntas deberá reparar, por encontrarse en incapacidad de demostrar una ausencia de falta en el origen del perjuicio' (citado por F. Lorens - Fraysse,

La presomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité, L.G.D.J., París 1985, P 147), puesto que, precisamente, la consecuencia de la concepción de la presunción de falta radica en que la víctima no tenga necesidad de probar las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, sino que, en el evento de no conocer cómo se produjeron dichas circustancias, corresponderá al demandado asumir la duda que rodea las circustancias, exactas en las que advino al perjuicio.

" Estima la Sala, de acuerdo con el profesor Amselek, que en el evento de presentarse un caso fortuito, en su aceptación ya dicha, es a la administración a quien le corresponde resarcir el perjuicio, habida consideración de que no puede desvirtuar la presunción que sobre ella pesa, y que consiste en determinar *a priori*, y dada la peligrosidad de las armas, que un perjuicio causado con la utilización de una de ellas, se debe a falla del servicio."

A continuación analiza el caso concreto y , con base en las consideraciones teóricas anteriores, estudia si se dan los elementos necesarios para determinar si la responsabilidad de la administración debe ser declarada, atendiendo las peticiones del demandante.

Se refiere, en primer término, a la relación causal para precisar que está probado que, con el disparo realizado por el Agente Escobar Collo Adán, sobre la humanidad del demandante, el 25 de diciembre de 1976, se le causó a éste el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende.

Afirma que del mencionado disparo, materializado con arma de dotación oficial, se presume la falla del servicio, la cual como se ha dicho puede ser desvirtuada por la existencia de una cualesquiera de las causales de exoneración que tenga la virtud de escindir el nexo causal imputable, a título de falla, a la policía Nacional, y en el caso de autos no se encuentra configurada ni la fuerza mayor, ni el hecho de un tercero, ya que se conoce con certeza que el agente de la Policía Nacional Escobar Collo Adán propinó disparo, con arma de dotación oficial al demandante.

Precisa la necesidad de establecer si hubo culpa de la víctima, ya que ésta determinaría, además, si el servicio actuó o no con la extrema diligencia y prudencia con las que ha de actuar en situaciones similares, ya que en estos eventos, normalmente el estudio de la culpa de la víctima supone el de la ausencia de falla del servicio, puesto que ambas remiten obligatoriamente al análisis de las circustancias de modo, tiempo y lugar que rodearon la producción del perjuicio.

Considera la providencia recurrida que está, también, debidamente en el expediente que en el momento de los insucesos la víctima se encontraba ebria, blandiendo un machete en forma amenazante, en el curso de una riña que terció el agente de policía cuando realizó el disparo. Sin embargo anota que, dado el estado de ebriedad en el que se encontraba la víctima, habida cuenta de la distancia que lo separaba del agente de policía, que éste no hizo los tiros al aire que ordenan los reglamentos y que era el único que portaba arma de fuego, no puede darse por establecida la culpa de la víctima. Y no puede el Juez llegar a la convicción de la extrema prudencia y diligencia que debe predicarse de las actuaciones estatales, cuanto de la utilización de armas de fuego se trata.

Se refiere luego al concepto de la Policía Nacional que obra a folios 122 del cuaderno 2 del expediente, según el cual se solicitó el retiro de la institución en forma absoluta y con nota de mala conducta al Agente ESCOBAR COLLO ADAN, por ser responsable de faltas que contempla y sanciona el reglamento disciplinario, al haber salido a disfrutar de vacaciones sin hacer entrega del resolver de dotación oficial, y portarlo sin autorización de ningún superior, habiéndole causado lesiones con dicha arma al señor JORGE ARTURO HERRERA VELASQUEZ, sin causa justificada.

De acuerdo con lo anterior, agrega que no puede hablarse ni de culpa de la víctima, ni de ausencia de falla del servicio. Y a pesar de que concomitante con la causación del perjuicio la víctima realice hechos reprochables, ello no implica automáticamente que dicha relación de simultaneidad se convierte en relación de causalidad frente al perjuicio; para que ello fuera así, se requeriría que la culpa

de la víctima juegue un papel tal en la causación del perjuicio, que lleve a sostener que el servicio utilizó legítimamente el arma de dotación oficial, pero ello no ocurrió en el caso de autos, en el cual no utilizó el arma de dotación oficial en forma innecesaria e imprudente, y concluye que no se logró desvirtuar la presunción de falla del servicio que en este caso recae sobre la Policía Nacional.

En la providencia recurrida se analiza a continuación lo relacionado con el perjuicio, para precisar lo relativo al perjuicio moral y al perjuicio material originado en la amputación del miembro inferior derecho, que como consecuencia del disparo hubo que hacerle al demandante, a la altura de los cóndilos del fémur.

En relación con el perjuicio moral, luego de invocar jurisprudencia anterior de la Sección Tercera del Consejo de Estado la providencia precisa que la amputación del miembro inferior a la que se vió sometido el demandante por la "actuación administrativa ". no puede menos que causar descompensación emocional profunda, habida consideración de las restricciones con las cuales ha quedado la víctima, produciéndosele así un dolor moral que el otorgamiento de la indemnización busca atenuar y agrega que, si bien es cierto se ha establecido el tope máximo de la indemnización, para los eventos de muerte, ello no es óbice para que se reconozca el mismo, cuando se trata de una anomalía física, con hondas repercusiones morales y síquicas, con la cual ha de convivir por el resto de sus días el demandante quien para la fecha del perjuicio tenía solo 24. 2 años de edad.

En relación con el perjuicio material, la sentencia suplicada afirma, que aunque en el expediente consta un completo dictamen pericial sobre la cuantía de los perjuicios materiales, no se puede tener en cuenta por cuanto no fueron cancelados los honorarios de los peritos, a pesar de que se requirió para tal efecto a la parte actora.

Anota que no hay duda que dichos perjuicios materiales existieron ya que se probó, en el curso del proceso, que el actor laboraba como propietario independiente de un almacén de víveres y abarrotes en el corregimiento de Guayabal y que a raíz del perjuicio, su capacidad laboral quedó disminuida de por vida, en un setenta por ciento según dictamen del Jefe de la Sección de medicina del trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Y en cuanto a su cuantía afirma que no fue posible establecerla. porque no se pudo determinar cuánto ganaba mensualmente el perjudicado y por tanto se opta por una condena in genere.

En relación con los otros perjuicios materiales se decide desfavorablemente a las peticiones de la demanda porque no aparece probando el tiempo que la víctima

estuvo incapacitada, ni los gastos médicos, quirúrgicos y asistenciales en que incurrió, ni los gastos de transporte, ni la relación de causalidad de unas letras de cambio con lo gastado por el demandante.

EL RECURSO DE SUPLICA INTERPUESTO

El señor Apoderado de la parte demandada fundamenta su recurso de súplica en tres cargos que plantea contra la sentencia recurrida en los siguientes términos textuales:

"Primer Cargo:

"La falla en el servicio debe aparecer demostrada, mediante la prueba fehaciente de los hechos que la constituyen, lo cual no ocurrió en este caso, con lo que la sentencia violó jurisprudencia de la sala Plena sobre la prueba de la " falla del servicio, la cual me permito **señalar a continuación, como contrariada**, jurisprudencia contenida en las siguientes sentencias":

" Sentencia de marzo 14/84, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente Dr. JOAQUIN VANIN TELLO, expediente No. 10.768. Actora CLARA INES CAMARGO VDA. DE LINARES.

"Sentencia del 12 de junio de 1984, Sala Plena Consejero Ponente Dr. BERNARDO ORTIZ AMAYA, expediente No. 11.014. Actora LIGIA CALDERON DE CORDOBA.

" Sentencia de agosto 31/82, radicación No. 10.625. actor LUIS HORACIO ACOSTA DIAZ, Consejero ponente Dr. ENRIQUE LOW MUTRA. "

" Sentencia del 11 de marzo de 1983. Sala plena de lo contencioso administrativo. Consejero ponente Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO. Actor RICARDO PINTO MONTENEGRO Y otros . Expediente No. 10.751.

" En el caso decidido por la sentencia acusada no se dieron los requisitos de prueba de la 'FALLA DEL SERVICIO', ya que:

"A las circustancias en que sucedieron los hechos narrados al folio 17 del cuaderno 3 contenidos en el informe inicial que el Comandante del puesto de Policía de Guayabal, rindió y remitió al inspector de Policía, diferente en mucho de las relatadas en la demanda.

" - La falla del servicio presunta', la estructura el fallo sobre el supuesto de que el arma era de dotación oficial (sentencia hojas 8,9,13,15), hecho que no está probado y antes por el contrario, en el expediente el arma que se dice oficial, **no aparece** registrada como tal, según lo que se desprende de la certi-

ficación visible a folio 248 del cuaderno 2, tal como lo destaca la fiscal 2o. del Consejo de Estado, en su escrito de agosto 18/88, (No. 120). Al firmar la sentencia que el arma de dotación oficial, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece y que la Policía Nacional podía desvirtuar la falla del servicio presunta, aportando probanza contraria, la Sección Tercera, ignoró, no tuvo en cuenta, la prueba aportada al proceso de que el arma utilizada para los hechos objeto del proceso, no aparece registrada como oficial, prueba que de haber sido considerada, hubiera desvirtuado la falla del servicio presunta y por lo tanto el sentido del fallo hubiera sido distinto, es decir hubiera absuelto a la Nación - Ministerio de Defensa Policía Nacional, dado que no era posible declarar la responsabilidad del Estado, por no existir la falla del Estado.

" B. La forma como ocurrieron los hechos, tampoco fue debidamente probada, puesto que al expediente se allegaron copias de la actuaciones penales y en ellas aparecen algunos testimonios que no cumplen con los requisitos exigidos por la ley para la prueba trasladada, con lo cual se violó jurisprudencia reiterada, entre la cual se puede citar:

" - Sentencia de abril 28/67, Consejero ponente Dr. CARLOS PORTO CARRERO M. LOPEZ MORALES JAIRO (pág. 418). Responsabilidad extracontractual del Estado. Edic. lex 3a. Edic.

"- Sentencia de noviembre 18/82, Consejero ponente Dr. JORGE VALENCIA ARANGO. Expediente No. 2908. Actor PEDRO QUIJANO CUENCA Y otros.

"- Sentencia de mayo 19/82, Consejero ponente Dr. EDUARDO SUESCUN. Expediente No. 2603.

"C. Tampoco se estructura la falla en el servicio al tener en cuenta que el agente ESCOBAR COLLO, al momento de ocurrir los hechos, estaba gozando de vacaciones, de tal manera que el hecho no ocurrió en razón y como consecuencia del servicio circunstancia que el fallo no entró a considerar. Es bien sabido que el estado se exonera cuando el daño es causado por el agente administrativo, en actos **fuera** del servicio **o sin conexión con él** y cuando la caúsa del daño es la falta personal del agente. En el presente caso, de haberse establecido que el arma era oficial lo cual no se hizo, pues se ignoró el contenido de la certificación que reposa en el folio 248 del caderno 2) era evidente que el causante del daño lo hizo en actos que no tenían nada que ver con el servicio, por lo que no podía predicarse una falla en el mismo, objetiva, fun-

cional (tal como lo ha exigido la jurisprudencia) sino personal, una subjetiva, que no puede comprometer la responsabilidad del Estado.

" Al no haberse probado que el arma era de dotación oficial, al actor incumbia probar la falla del servicio, y a eso encaminó su demanda, base que le fue modificada por el fallador en la sentencia acusada ('puede entonces afirmar la Sala que la prueba de la falla del servicio, cuando se trata de perjuicios causados con arma de dotación oficial, no es necesaria para comprometer la responsabilidad de la Nación ...' , hoja 8 de la sentencia), con lo que se le mejoró decisivamente su situación, en forma tal que se dió por probada una falla del servicio presunta que no se configuró.

"Por este concepto se violaron jurisprudencia del Consejo de Estado, entre las cuales se puede citar:

"- Sentencia del 28 de octubre de 1976, Consejero ponente Dr. JORGE VALENCIA ARANGO, proceso del Banco Bananero del Magdalena contra la Nación. Expediente No. 1482. "

- Sentencia del 29 de abril de 1980. Expediente No. 2458. Actora MARY LUZ ARIAS AMAYA.

" Sentencia de agosto 11 de 1983. Consejero ponente Dr. JORGE VALENCIA ARANGO. Expediente No. 3354. Actora BERTILDA BELLO Y otros.

"Segundo Cargo:

" A. La sentencia procede a modificar la petición de la parte actora, estructurada sobre la base de una típica falla en el servicio de policía (hecho No. 7), que no probó, variación que hace explícita en el capítulo. La elección del régimen de responsabilidad, en el cual se expresa: A pesar de que del libelo demandatorio puede colegirse que se imputa una falla del servicio por omisión de la Policia Nacional, al haber permitido que uno de sus miembros saliera a vacaciones portando armas de dotación oficial, estima la Sala que ello no es óbice para que el juez, al calificar la realidad histórica del proceso, y **prevaleciéndose del principio *iura novit curia*, goce de la facultad de determinar el régimen jurídico de responsabilidad aplicable al caso concreto que es objeto de la decisión'.**

" De esta manera se cambian los argumentos de la demanda para decidir relevando al Actor de la prueba que le incumbe.

" Jurisprudencialmente se ha establecido que la justicia contenciosa es eminentemente rogada, característica que no le permite al juzgador apartarse de lo que fundamente en su demanda pretende el Actor, con el pretexto de interpretarla, al punto de cambiarla.

" **Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que se violaron con la sentencia recurrida.**

" - Sentencia del 30 de marzo de 1938. ACTOR: Compañía Colombiana de Tabaco. Consejero ponente : Doctor ISAIAS CEPEDA.

" - Sentencia del 26 de enero de 1949. Actor: Miguel y Mariana Tobón Consejero ponente : Dr. PEDRO GOMEZ PARRA. Anales Tomo LVIII No. 367 pág . 336.

" - Sentencia del 26 de julio de 1963. Actor: Teresa Peralta Vda. de Grosso y otros. Consejero ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY.

" - Sentencia de marzo 29 de 1989. Expediente No. R - 037. Actor LIKE BROSS STEAMCHIP C. INC. Consejero ponente: Dra. CLARA FORERO DE CASTRO.

" B. El carácter "rogado" de la justicia contenciosa administrativa, ha sido reiteradamente planteado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, tal como puede apreciarse de los siguientes fallos de su Sección tercera, que cito, no como base de este recurso, sino como complemento ilustrativo de lo que ha sido una arraigada tradición jurisprudencial:

"- Sentencia de abril 9/87, expediente N° 49-44. Consejero Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.

" - Fallo de la Sección Tercera de diciembre 14/87. Magistrado Ponente Dr. ANTONIO JOSE DE IRISARRI RESTREPO: de este fallo destaco la "aclaración de voto" del Dr. URIBE ACOSTA, en el que expresa:

"La sentencia se apoya en la filosofía de la falla del servicio, esto es, **se sale del marco de la causa petendi...**

"... estimo que no puede abrirse paso la tesis de que el sentenciador puede cambiar la *causa petendi* para decidir con apoyo en otra que no fue presentada por el demandante, transformando de paso la demanda". (hoja N° 5, de la Aclaración).

" - Sentencia de septiembre 20/84, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección tercera, Magistrado Ponente: Dr. JORGE VALENCIA ARANGO (Diccionario Jurídico año 1984, pág. 394).

"Tercer Cargo:

"La sentencia que se recurre en súplica retornó a los principios superados para la falla del servicio público, retomados del Código Civil, como son los correspondientes a la noción de actividad peligrosa (Art. 2356 del C. C.) y a los

de la responsabilidad indirecta por culpa *in vigilando* (Art. 2347 del C. C.); en efecto así surge del análisis de la sentencia "... porque considera que el arma de dotación oficial, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la conseción (sic) de perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público..."

"La sentencia reconoce que del libelo demandatorio se puede colegir que se "imputa una falla del servicio por omisión de la Policía Nacional, al haber permitido que uno de sus miembros saliere de vacaciones, portando armas de dotación oficial..."

"La sentencia descartó el análisis de la falla del servicio por omisión.

"La sustentación que la sentencia hace de la "falla del servicio presunta" es eminentemente civilista, con base en la teoría de la "actividad peligrosa", tal y como se puede apreciar al comparar los argumentos de la sentencia recurrida con el fallo proferido por la Honorable Corte Suprema de Justicia, sentencia de mayo 26/89, Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO GARCIA SARMIENTO, extracto tomado de "Jurisprudencia y doctrina" Tomo XVIII, N° 211. Julio de 1989, páginas 435 y SS. en uno de cuyos acápites fundamentales se dice:

"... no puede entenderse que el tribunal hubiera cometido error en la apreciación de estos medios probatorios, suficientes per se para deducirles responsabilidad, pues la dependencia o subordinación se exige es para la responsabilidad que se origina con fundamento en el artículo 2347 del C.C., pero no para las acciones impetradas con base en el artículo 2356 ibídem, como aquí acontece, ya que en este caso no interesan las relaciones entre el conductor y el guardián o propietario, puesto que, repítese, la presunción de culpa emerge es de la obligación de mantener o conservar las cosas, del control de mando, dirección y aún del goce sobre ellas, en forma tal que nadie reciba daño alguno, con abstracción de su conductor".

"...La sola manifestación de que el vehículo se le sustrajo sin su autorización carece de valor probatorio y, si aún se pudiese admitir lo contrario, este hecho, por sí solo, sin otra prueba que lo corrobore, no constituye circunstacia eximente de responsabilidad, pudiendo ser indicativa de ausencia de culpa, lo que no resultaría suficiente para liberarse de responsabilidad".

"Como se ve, fundamentos idénticos se expusieron en el presente caso para deducir la responsabilidad de la Nación, derivada por lo tanto de principios de derecho privado, lo que implica un retroceso en las bases que la Jurisprudencia del honorable Consejo de Estado había consolidado para que se tipificara una teoría de la falla del servicio, estructurada sobre fundamentos de derecho

público, a partir del fallo del 29 de julio de 1947 (Actor: El siglo) y afianzada plenamente con la sentencia del 28 de octubre de 1976 (Actor: Banco Bananero).

"Las sentencias que por el fallo que se recurre, han sido violadas, son las siguientes:

" - Sentencia 14 de marzo de 1984 - Expediente No. 10.768 -Actor: Clara Inés Camargo Vda. de Linares - Consejero Ponente: Dr. JOAQUIN VANIN TELLO. Anales Tomo LXII Primer semestre 1984 página 949.

" - Sentencia 12 de julio de 1988 - Expediente Nº R-029 (Anulación). Actor: Ligin Calderón de Cordoba - Consejero Ponente: Dr. SIMON RODRIGUEZ.

"Sentencia 2 de noviembre de 1960 - Expediente Nº 298 - Actor: Ira Elischa Washburn - Consejero Ponente: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA. Anales Tomo LXII Nº 389 página 54.

" - Sentencia 30 de septiembre de 1960 - actor: Esther Wolf de Posada. Consejero Ponente: Dr. FRANCISCO ELADIO GOMEZ.

" - Sentencia 12 de junio de 1984 - Expediente Nº 11.014 - Actor: Ligia Calderón de Cordoba (Recurso de Súplica) - Consejero Ponente: Dr. BERNARDO ORTIZ AMAYA. Anales primer semestre de 1984 página 887.

"Como considero haber demostrado que la sentencia recurrida efectuó un cambio en la aplicación de la jurisprudencia reiterada por la Sala Plena en materia de responsabilidad extracontractual, que de haberse tenido en cuenta - hubiera provocado que la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, hubiera sido absuelta, pues de acuerdo con esa jurisprudencia, la falla o falta del servicio no fue probada en el proceso, respetuosamente solicito a la Honorable Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, desatar favorablemente el Recurso de Súplica interpuesto, y, en consecuencia infirmar la sentencia recurrida." (subrayas del texto).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

De conformidad con los cargos transcritos, el recurrente plantea como argumentos contra la sentencia de instancia, en los cuales respalda su afirmación de cambio de jurisprudencia, en síntesis, los siguientes:

Primer Cargo.

1. No exigencia de la prueba de los hechos constitutivos de la falla del servicio. No está probado que el arma sea de dotación oficial, no se probaron los hechos ya que los testimonios allegados al proceso, no cumplieron con los requisitos de prueba trasladada del proceso penal y los hechos narrados en la demanda no coinciden con los informados inicialmente por el comandante del Puesto de Guayabetal al inspector de Policía.

2. Tampoco se configura la falla en el servicio porque el agente que causó el daño no se encontraba en servicio y no se trata entonces como lo ha exigido la jurisprudencia de una responsabilidad objetiva y funcional, sino personal y subjetiva del citado agente, que no puede comprometer al Estado.

De acuerdo con lo anterior, no habiéndose probado que el arma era de dotación oficial, al actor le correspondía probar la falla del servicio y en tal sentido orientó su demanda.

Lo anterior desconoce la jurisprudencia invocada sobre la prueba de la falla del servicio.

Segundo cargo

Mientras la demanda alega una típica falla en el servicio de policía, la sentencia modifica la petición de la parte actora, desconociendo el carácter de rogada de la justicia administrativa, porque cambia la causa petendi, lo que implica un criterio diferente al contenido en la jurisprudencia citada como modificada.

Tercer cargo

La jurisprudencia invocada fundamenta la responsabilidad del Estado en normas y principios propios del derecho público tales como la teoría de la falla en el servicio, y la sentencia recurrida trae principios y normas del Código Civil, tales como la noción de actividad peligrosa y de responsabilidad indirecta por culpa in vigilando, descartando el análisis de la falla en el servicio por omisión.

II. JURISPRUDENCIA INVOCADA

De conformidad con la jurisprudencia sostenida mayoritariamente sobre el tema, de las sentencias (17) citadas como fundamento del recurso de súplica, la Sala analizará aquellas que fueron proferidas por la Sala Plena o por la Sala Plena de lo Contencioso administrativo del Consejo de Estado, sin referirse a aquellas que habiendo sido invocadas por el recurrente, fueron expedidas por la Sección Tercera de la Corporación; éstas últimas son: Sentencias del 28 de Abril de

1976, Ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis; del 18 de Noviembre de 1982; Exp. 2908 Actor: Pedro Quijano Cuenca y otros, Ponente Dr. Jorge Valencia Arango; del 19 de Mayo de 1982, Exp. 2603, Ponente Dr. Eduardo Suescún Monroy; del 28 de octubre de 1976, Exp. 1482, Actor: Banco Bananero del Magdalena, Ponente Dr. Jorge Valencia Arango; del 29 de abril de 1980, Exp. 2458, Actor: Mary Luz Arias Amaya, Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo; del 11 de agosto de 1983, Exp. 3354 Actor: Bertilda Bello y otros, Ponente Dr. Jorge Valencia Arango.

Dicen las sentencias citadas proferidas por la Sala Plena o por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado en los apartes pertinentes:

I. En relación con el primer cargo:

1. Sentencia del 14 de Marzo de 1984, Expediente 10768, Actora Clara Inés Camargo de Linares, Ponente Dr. Joaquín Vanín Tello.

"...

"Como lo tiene dilucidado y ha sostenido de manera constante la jurisprudencia del Consejo de Estado, los elementos que se reseñan a continuación determinan la responsabilidad del Estado y la consiguiente obligación de carácter indemnizatorio:

"1. Una falta o falla en el servicio o, propiamente de la Administración Pública, por acción o omisión.

"2. Un daño o perjuicio, cierto, determinado o determinable, que consiste en la lesión de un bien jurídicamente protegido.

"3. Una relación de causalidad entre la falla o la falta y el daño.

"Como en la demanda se pretende que la Nación sea condenada a indemnizar los perjuicios que dicen los demandantes recibieron por la muerte del infante de marina Guillermo Linares Camargo, cabe esclarecer **si están probados los hechos en que se fundamenta la acción y, mas concretamente, los anteriores supuestos determinantes de responsabilidad de aquella. Esa prueba era, desde luego, de incumbencia de los demandantes quienes no cumplieron a cabalidad por intermedio de su operado con el deber de probar..."** (Resalta la sala)"

"...

"III. la responsabilidad de la Nación.

"...

"b) **La falla del servicio.**

"1. Por acción.

"Estima también la Sala que está plenamente probado en el proceso que hubo una falta o falla del servicio puesto que al ser herido el infante de Marina Guillermo Linares Camargo no huía de su aprehensor y **no se demostró** que en este momento le hizo resistencia, ni que el cabo Segura hubiera tenido que actuar en legítima defensa". (Resalta la Sala).

Luego de un cuidadoso análisis de las diferentes pruebas que obran en el expediente se afirma en la misma providencia:

"...

" IV. **Y podría afirmarse que se encuentra probado que en la actuación del cabo Segura hubo una falla del servicio, que por medio de él falló la Administración Pública Nacional en el proceso de captura del desertor Linares.**

"Inmóvil o estático, como se califica la posición del infante de marina en el dictamen del Grupo de Balística del Departamento Administrativo de Seguridad y en el fallo del tribunal Superior Militar, o iniciando la marcha, pero no en sentido opuesto a su aprehensor, sino con rumbo a él, por su izquierda, como en parte se dice en el dictamente y aparece en la representación gráfica elaborados por el Instituto de Medicina Legal y en parte se colige de tales piezas pobatorias, lo cierto es que cuando el occiso fue herido no estaba en postura o actitud de quien huye. Disparar sobre alguien que no huye no ataca carece de justificación desde todo punto de vista **y denota una falla de la Administración** en el acto de captura de quien desertó del servicio militar o se fugó de su establecimiento de reclusión.

"...

"Demostrando que el fallecimiento de Guillermo Linares se debió a una falla del servicio, probado queda que el daño moral es consecuencia de ella" (se subraya)

Con base en las anteriores consideraciones se condenó a la Nación a indemnizar perjuicios morales a los demandantes.

2. Sentencia del 12 de Junio de 1984, Expediente 11014, Actor Ligia Calderón de Córdoba, ponente Dr. Bernardo Ortiz Amaya.

Niega la prosperidad del recurso de súplica interpuesto, entre otras, por las siguientes consideraciones:

"...

"Para el primer grupo de sentencias mencionadas por el recurrente, analiza éste solamente la de 2 de Noviembre de 1960 en la que fue ponente el Doctor Carlos Gustavo Arrieta pero que reitera el criterio sostenido en las otras sentencias mencionadas, todas las cuales sostienen que la responsabilidad del Estado tiene fundamentos en el derecho público para diferenciarla de los que gobiernan el derecho privado, pero sin desconocer los principios generales de derecho sobre la relación de causalidad entre el hecho y el daño; la realidad del mismo y la responsabilidad del agente que originó el hecho, para considerar que en la sentencia en cuestión se acoge solamente, una noción propia del derecho privado que contraria las tesis sostenidas por la jurisprudencia.

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

"Al efecto dice en la parte pertinente lo siguiente:

"En la concepción de derecho público sobre responsabilidad extracontractual, liberada del sometimiento a las normas del Código Civil que rigen las relaciones privadas, es decir, dentro de la teoría autónoma de la falta o falla del servicio es clara, sin duda con mayor fundamento la afirmación de que las entidades estatales son responsables por omisión, pero no de manera absoluta, incondicional, sino relativa, condicionada a la existencia de determinadas circustancias: solicitud expresa de intervención dirigida a la autoridad con capacidad funcional, de conformidad con las exigencias y formalidades establecidas en las leyes. No se puede, predicar omisión generadora de responsabilidad, cuando el funcionario competente necesita el requerimiento para actuar en ejercicio de sus atribuciones y el particular interesado se abstiene de ejercer el derecho de pedir la intervención de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes...

"Más adelante sostiene :

"2o. Si bien el artículo 16 de la Constitución Política, primero del Título III sobre derechos civiles y garantías sociales, previene que las autoridades de la República están instituidas para proteger las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes (...) de allí no puede concebirse que el Estado

asume una obligación, de resultado de seguridad, pues, en tales circunstancias estaría obligado a responder por todas las muertes violentas ocurridas en el país, por todas las calumnias e injurias y por todos los hurtos, robos y depredaciones...

Luego cita la sentencia del 31 de Agosto de 1982, la cual a su vez reitera y transcribe una sentencia dictada el 28 de Octubre de 1976, con ponencia del Doctor Jorge Valencia Arango, de la cual trae los siguientes apartes textuales:

"Responsabilidad por falta o fallas del servicio .

"Cuando el Estado en desarrollo de sus funciones incurre en la llamada falta o falla del servicio, o mejor falta o falla de la Administración , trátase de simples actuaciones administrativas, omisiones, hechos y operaciones administrativas, se hace responsables de los daños causados al administrado. Esta es la fuente común y frecuente de la responsabilidad estatal y requiere:

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

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

"c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho bien sea civil, administrativo, etc. con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.

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

"La Sala reitera lo dicho entonces.

"Es claro que el caso de autos encaja en forma exacta dentro de los supuestos jurídicos y fácticos en que se basa la mencionada doctrina "

"...

"Es evidente por lo tanto que no solamente no hay contradicción doctrinal entre las sentencias mencionadas por el recurrente y la recurrida sino por el contrario hay una posición consecuente con la doctrina reiterada sobre la ne-

cesidad de cumplir algunos requisitos para derivar responsabilidad del Estado por falta del servicio por omisión".

3. Sentencia del 31 de Agosto de 1982, Expediente 10625, Actor Luis Horacio Acosta Díez y otro ponente: Dr. Enrique Low Murtra.

"...

"Por lo demás la Sala encuentra que se dan todos los elementos para decretar la indemnización de perjuicios solicitados por la parte actora.

Establecer el monto de las indemnizaciones que decreta a favor de los demandantes .

II. En relación con el segundo cargo:

1. Sentencia del 30 de Marzo de 1938, Consejero Ponente Doctor Isaías Cepeda.

"...

"Pero hay más: las peticiones de la demanda no dejan lugar a duda de que el señor apoderado ejercitó la acción pública y no la privada, porque tales peticiones están enderezadas a obtener un fallo no interpartes como en la acción privada sino ergas omnes, es decir, de carácter general. Basta leer las solicitudes de la demanda, que atrás quedaron copiadas, para adquirir esta convicción.

"Es, por tanto evidente que el señor Roa Bernal no ejercitó la acción privada, sino la pública. Se equivocó pues en la escogencia de la acción y **en esas condiciones la demanda no puede prosperar.**

"De otro lado, aún aceptando, en gracia de discusión, que se ejercitara la acción privada con los elementos que arroja el expediente, no podría considerarse completamente probados los hechos que habrían de servir de fundamento a esa acción y, por lo mismo, tampoco prosperaría la demandan.

"El Tribunal *a quo* paso por alto este aspecto de la cuestión y falló favorablemente , debe en consecuencia, revocarse la sentencia de primera instancia."(Se subraya)

2. Auto del 26 de Enero de 1949, proponente Doctor Pedro Gómez Parra.

"...

"La facultad discrecional que asiste al demandante en la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación, que es una de las formalidades que deben reunir toda demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta jurídicamente condicionada para la prosperidad de la acción a la procedencia de las citas que haga y a la juridicidad de la interpretación que de ellas exponga el actor, porque debiendo declarar la sentencia si el acto acusado viola o no tales disposiciones en su recto sentido, no podría ella fundarse en consideración de textos que no sean atinentes, o cuya interpretación y aplicación estén atribuidos por la ley a otra competencia, ni en ninguna norma que no haya sido expresa y precisamente citada, **por no ser oficiosa sino rogada la justicia que se imparte en esta jurisdicción** Mas cualesquiera que sean las disposiciones que se señalan como violadas, no se justifica la inadmisión de una demanda ceñida a los procesos legales de forma y oportunidad, sobre el acto administrativo de la liquidación de un impuesto, respecto al cual aparece agotada en el fondo implica en el fondo un prejuzgamiento inductivo o denegación de justicia. "(Subraya).

3. Sentencia del 26 de Julio de 1963.

Ponente Doctor Guillermo González Charry-

Textualmente dice en sus consideraciones:

"Bastaría a la Sala para decidir este caso la notoria falta de técnica con que se encuentra presentada la demanda en lo concerniente a las normas que se estiman violadas. **En innumerables ocasiones se ha dicho que determinando la acción contencioso administrativa una confrontación entre el acto, hecho u operación administrativa y normas consagratorias de derechos civiles o administrativos, para saber si estás se quebrantaron es de necesidad imprescindible puntualizar cada uno de los preceptos que establecen esos derechos a fin de verificar sin duda ninguna si la administración, al pronunciarse sobre caso concreto obró o no dentro de la legalidad. Pero esa labor no es posible con planteamientos generales como el que ha hecho la demanda al citar genéricamente una serie de estatutos legales que reglamentan materias y hechos muy distintos al de autos aunque éste pueda estar previsto en ellos. El Consejo no está autorizado para escoger, de su cuenta, las normas que aparezcan violadas y aplicarlas al caso, sustituyéndose así el deber procesal del demandante, porque esta acción ni es pública, ni es oficiosa..."** (Se subraya)

4. Sentencia del 29 de Marzo de 1989, Expediente R-037, Actor Broos Steamchip C. INC., Ponente Doctora Clara Forero de Castro.

"...

Afirma textualmente:

"En verdad la Sección Primera se apartó del planteamiento hecho en la demanda, no porque le estuviera vedado analizar lo sucedido durante la actuación previa a la imposición de la multa, o no pudiera hacer una valoración y examen de las pruebas tenidas en cuenta para sancionar, **sino porque como causal para anular el acto administrativo demandado, tuvo en cuenta la falsa motivación, a la cual llegó a través de la desviación de poder y ninguna de ellas fue invocada por la sociedad demandante, que se limitó a considerar infringido el artículo 26 de la C.N. el 18 de la Ley 23 de 1973 y el 177 del Decreto 1681 de 1978,** por cuanto era requisito para sancionar, que técnicamente se hubiera demostrado la contaminación, hecho que según la actora no ocurrió pues no se allegó el expediente el resultado de unos exámenes que se habían solicitado a la Universidad del Valle.

"Es decir, que mientras la demandante considera que no puede ser sancionada por ser insuficiente la prueba de la supuesta falta que le había sido endilgada, el fallo dedujo que la motivación de la sanción era falsa y por tanto se había incurrido en desviación y falsedad que en el texto de la demanda no aparecen mencionados."

"En consecuencia la jurisprudencia contenida en las transcripciones que se hacen de las sentencias de 26 de julio de 1963 y 26 de enero de 1949, sí fue modificada en tanto se acogieron planteamientos diferentes a los expuestos por la parte actora, y se aplicaron causales de anulación del acto, no mencionadas por ella". (Se resalta)

Con base en lo anterior y en otros cargos la providencia citada da prosperidad al recurso extraordinario de súplica por cambio de jurisprudencia.

III. En relación con el tercer cargo:

1. Sentencia del 14 de Marzo de 1984, Expediente 10768, Actor Clara Inés Camargo viuda de Linares, Ponente Doctor Joaquín Vanín Tello.

Fundamenta la responsabilidad del Estado en la falta o falla del servicio, precisa los requisitos para que ella opere, aplica el artículo 16 de la Constitución Nacional de 1886, y concluye con la condena a la Nación porque:

"en suma **falló el aprehensor y con él falló el servicio,** es decir la administración. Prescindiendo de todo elemento de índole subjetiva, que no encaja en

este tipo de acción, no se puede menos que afirmar la responsabilidad objetiva del Estado, concretamente de la Nación." (Se subraya).

2. Sentencia del 12 de julio de 1988, Expediente R-029, Actor Ligia Calderón de Córdoba, Ponente Doctor Simón Rodríguez.

"...

"La responsabilidad directa de la persona pública por fallas del servicio según la jurisprudencia contenciosa administrativa, descansa en principios de derecho público, cual es el título III de la Carta Política y especialmente el artículo 16 de ésta, dejando de lado los canones del derecho privado.

..."

Cita y transcribe, en apoyo de la anterior afirmación la Sentencia del 2 de noviembre de 1960 publicada en los Anales del Consejo de Estado Tomo LXII, números 387 391, Págs 154 y s.s.; sentencia del 7 de junio de 1973, sección tercera. Anales Tomo LXXXIV, Primer semestre, Pág, 310; Sentencia del 17 de Noviembre de 1967, actores Alfonso Salazar y otros, Ponente Dr. Gabriel Rojas Arbeláez; sentencia del 24 de Octubre de 1975 Sección tercera Actor Ananías Hernández Vargas, expediente 1405; sentencia de 4 de Noviembre de 1975 de la sección; tercera Actor José I Arboleda, Expediente 1494; Sentencia del 28 de Octubre de 1976 Sección tercera, Actor Banco Bananero del Magdalena; y sentencia del 30 de Marzo de 1978 Actor Cecilia Rey de Mateus Expediente 2304.

Finalmente Precisa:

"Es que el artículo 16 de la Carta impone a las autoridades la obligación de proveer a la protección de la vida de las personas que residen en el territorio nacional y ésta debe entenderse dentro de las peculiares circunstancias de cada momento y sin que se la pueda encasillar en moldes de derecho privado, como son los que se pregonan en la providencia recurrida al invocar la clasificación de obligaciones de medio y de resultado, para sostener que sólo a las primeras se deban la susodichas autoridades, quienes además deben ser requeridas de la protección querida formalmente en cada caso concreto.

"No es dable concebir que el Estado ostente el carácter de deudor en el mismo plano de las relaciones jusprivatistas frente al conglomerado de personas que lo conforman y que en virtud de ello solo se compromete a poner los medios tendientes a la protección de ellas sin que pueda garantizar el resultado.

"Su función de protección policiva, enmarcada como está en el derecho público va mucho más allá, pues su responsabilidad tiene que ver nada mas ni nada menos que con la salvaguardia de la vida, honra y bienes de los asociados, bienes estos tangibles e intangibles que trascienden los lindes del simple interés particular". (Se resalta)

3. Sentencia del 2 de Noviembre de 1960, Expediente 298, Actor Ira Elischa Washburn, Ponente Dr. Carlos Gustavo Arrieta.

"En los textos analizados se echan las bases de la responsabilidad del Estado en razón de sus actos y de sus hechos, en los artículos 136 y siguientes de la Constitución se crea una jurisdicción especial para conocer de esta clase de negocios, y en el Código Contencioso Administrativo se complementan aquellos principios, se adiciona esa organización y se establecen las acciones y procedimientos aplicables. **Queda así consagrado un sistema autónomo de derecho público sustantivo, un régimen autónomo de derecho público adjetivo, y una jurisdicción autónoma para decidir de controversias de derecho público.**

"...

"Igualmente, la Constitución Nacional y el Código Contencioso Administrativo desplazan el centro de gravedad de la responsabilidad estatal de los fundamentos meramente subjetivos que le da el Código Civil hacia bases mas concretas y objetivas. Las nociones de responsabilidad directa e indirecta que surgen de los artículos 2341 y 2349 de nuestro Estatuto Civil no se adaptan a las modalidades y sistemas de actuación del Estado, porque éste como tal, no incurre en culpa, y la que sea imputable a sus agentes ni se puede considerar desligada de la función pública que desempeñan. Tampoco es dable asimilar, para efectos de responsabilidad, a los funcionarios de la administración con los pupilos y criados domésticos, como expresamente lo ha reconocido la jurisprudencia.

"Es tan evidente en nuestro derecho positivo la tesis de inaplicabilidad de esas normas civiles a los casos de responsabilidad administrativa del Estado, y tan forzadas las doctrinas predominantes en Colombia hasta hace poco tiempo, que aún esa misma jurisprudencia, dirigida con férreo criterio civilista, se ha visto obligada a aceptar la teoría de la falta de servicio, de definida estirpe administrativa, como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, acogiéndose así a una concepción más objetiva y científica del fenómeno jurídico, y relegando a segundo término la idea de culpa, tal como se concibe en nuestro estatuto civil.

"Por otra parte los estatutos constitucionales y legales analizados, como disposiciones posteriores a las contenidas en el Código Civil, y como normas especiales que reglamentan íntegramente una materia, hacen inaplicables al Estado las reglas del antiguo sistema sobre responsabilidad patrimonial. Si las enmiendas constitucionales de 1963 y de 1945 y la Ley 167 de 1941 consagraron un sistema jurídico especial para la responsabilidad de las entidades de derecho público que da soluciones adecuadas a todas las hipótesis que se pudieran forjar sobre la materia, y si tales estatutos son posteriores al régimen establecido en el derecho privado, para deducir la responsabilidad entre particulares, no parece lógico, ni jurídico que aún se siguiera aplicando al sistema desueto..." (Se subraya).

4. Sentencia del 30 de Noviembre de 1960, Actora: Esther Wolff de Posada, Ponente Dr. Francisco Eladio Gómez.

Refiriéndose a un caso de responsabilidad por la ejecución de trabajos públicos, afirmo el Consejo de Estado:

"Abandona la ficción de la responsabilidad indirecta de las entidades de Derecho Público y **rechazada la concepción civilista** por los motivos ya expresados, en vista del considerable aumento de las posibilidades de daño para los administrados con motivo de la extensión y multiplicación de los servicios públicos se hizo indispensable organizar la responsabilidad del poder público y entonces apareció la teoría denominada falta del servicio público, la que es invocada por el distinguido de la parte demandante como aplicable al caso en estudio. Goza ella de especiales características, tiene diversas fuentes, se diferencia sustancialmente de la teoría del riesgo y consiste ella en el funcionamiento antitécnico o defectuoso de un servicio público. Finalmente, conviene observar que la responsabilidad atribuida al Poder Público es siempre primaria porque al decir de Charles Rousseau, ella se basa en el servicio público".

"...

"Se advierte que, en el supuesto de no estar expresamente en nuestro derecho la teoría llamada de los daños por trabajos públicos, dados el defectuoso funcionamiento del servicio público prestado por Adenaví a nombre de la Nación en virtud del contrato celebrado entre ésta y aquélla para la limpieza del cauce del río Magdalena; la naturaleza de los daños causados en la Hacienda El Japón; el mal funcionamiento del servicio: y la relación causal entre los daños y

los actos ejecutados para la presentación del servicio, habría que condenar a la Nación como responsable de los perjuicios cuya indemnización reclama en la demanda la Señora Ester Wolff de Posada".

Concluye luego la Corporación en la condena a la Nación por la ejecución de trabajos públicos, con fundamento en las normas expresas que regulan el tema en la Ley 167 de 1941, sin necesidad de dar aplicación a la teoría de la falta del servicio.

5. Sentencia del 12 de junio de 1984 Actora Ligia Calderón de Córdoba, Ponente Dr. Bernardo Ortiz Amaya.

En esta providencia, al resolver un recurso de súplica, al cual no le da prosperidad, la Sala reafirmó las tesis de aplicabilidad de las normas de derecho público al sistema de responsabilidad patrimonial del Estado.

III. ANALISIS DE LA SALA

Del análisis comparativo de los planteamientos hechos por la Sección Tercera en la providencia recurrirá para sustentar la responsabilidad del Estado y condenarlo a reconocer la correspondiente indemnización, con las jurisprudencias invocadas por el recurrente y transcritas en el aparte anterior, a juicio de la Sala, es evidente que se cambió la jurisprudencia establecida por la Sala Plena, en relación con los aspectos propuestos en el recurso de súplica.

En efecto, mientras en las diferentes sentencias proferidas por la Sala Plena Contenciosa de la Corporación, la responsabilidad extracontractual del Estado se, fundamenta, en normas propias del Derecho Público, ya sea con aplicación de la teoría de la falla en el servicio o de la responsabilidad por la ejecución de trabajos públicos, y tanto los hechos que configuran la falla en el servicio como la ejecución de dichos trabajos públicos deben ser probados por el perjudicado, en la providencia recurrida se descarta la exigencia de prueba de la falla del servicio y como consecuencia, expresamente se dice que el no haberse probado en el curso del proceso, dicha falla, no obsta para el reconocimiento de la indemnización reclamada.

Y en estrecha relación con lo anterior, mientras en la demanda se alega una típica falla por omisión en el servicio de policía y la culpa del agente, la providencia recurrida fundamenta la responsabilidad del Estado en la que denomina falla presunta, por el hecho de que arma con la que se causaron los perjuicios era de dotación oficial, sin analizar si los hechos alegados, es decir la causa petendi de la

demanda, se probaron y si hubo o no responsabilidad personal del agente que causó el daño. Lo anterior, es claro que implica un cambio de la tesis jurisprudencial que ha sostenido la Corporación, entre otras, en las sentencias invocadas por el recurrente, en el sentido de que la jurisdicción administrativa es rogada y por ello se entiende que los límites de la controversia que debe resolver son los que delimita la propia demanda, sin que le sea posible al juzgador modificar dichos límites. En este aspecto, se elabora una nueva jurisprudencia no adoptada por la Sala Plena, para declarar la responsabilidad del Estado.

Por otra parte, también de la comparación de la providencia recurrida con las sentencias invocadas en la sustentación del recurso se concluye que la Sección Tercera, modificó la jurisprudencia adoptada por la Sala Plena Contenciosa de la Corporación, en cuanto hace derivar la falla presunta del concepto de actividad peligrosa o elemento peligroso de las armas de dotación oficial, lo que no se puede desligar del concepto de responsabilidad por culpa in vigilando, propio del derecho civil, cuando la jurisprudencia imperante de acuerdo con las sentencias transcritas fundamenta la responsabilidad del Estado en normas de acuerdo, principios y teorías propias del Derecho Público; por lo anterior puede afirmarse que la concepción de la falla presunta se deriva de un enfoque jus privatista de la responsabilidad extracontractual que es claramente contrario a lo sostenido a la Sala Plena de lo Contenciosa en esta materia.

Por todo lo anterior, el recurso de súplica prospera y procede la Sala a proferir la decisión de instancia, analizando los aspectos doctrinarios fundamentales que surgen del citado recurso, para precisar si los acoge como jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa de la Corporación.

IV. DECISION DE INSTANCIA

1. La Demanda

Fue presentada el 19 de Diciembre de 1979 y en ella se precisaron como PRETENSIONES las siguientes:

"**Primero**.- Se declare a la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional, responsable de las lesiones corporales sufridas por mi poderdante JORGE ARTURO HERRERA VELASQUEZ, en hechos ocurridos en el corregimiento de Guayabetal municipio de Quetame Cundinamarca el día 25 de diciembre de 1976, cuando fué herido con arma de fuego por

parte del Agente de la Policía Nacional ADAN ESCOBAR COLLO, provocando la pérdida de su miembro inferior derecho.

"**Segundo**.- Que como consecuencia de la anterior declaración, la Nación Colombiana debe pagar a mi poderdante la totalidad de los perjuicios materiales que le fueron causados con motivo de dichos sucesos y que se demuestren pericialmente en este proceso o posteriormente por el procedimiento señalado en el art. 308 del Código de Procedimiento Civil.

"**Tercero**.- Que la Nación Colombiana debe pagar a mi poderdante el valor de los perjuicios morales de todo orden causados con la lesión corporal sufrida en las circunstancias de modo, tiempo y lugar a que se contrae el proceso.

"**Cuarto**.- Que se actualice el valor o monto de los perjuicios de acuerdo con el valor adquisitivo de la moneda en la fecha de la sentencia; que se hagan los incrementos anuales de sus entradas o ingresos e igualmente que en la indemnización se distingan dos períodos: el de los perjuicios actuales debidos y los futuros, y que para el primer período se condene a la Nación a pagar a mi poderdante el valor de los intereses de las sumas debidas."

LOS HECHOS se puntualizaron así:

"1.- El día 25 de diciembre de 1976, se encontraba mi poderdante celebrando las festividades navideñas en las inmediciones de su casa de habitación ubicada en el corregimiento de Guayabetal municipio de Quetame Cundinamarca.

"2.- Inesperadamente se presentó una discusión entre mi poderdante y el señor Julio Rey en la que terció Adán Escobar Collo, agente de la Policía Nacional, quien sin que fuera injuriado física ni verbalmente desenfundó su arma de dotación oficial y la disparó contra la humanidad de mi poderdante.

"3.- Como resultado de tal disparo JORGE ARTURO HERRERA VELASQUEZ recibió una herida en la cara anterior, tercio inferior del muslo derecho que al atravesarlo lesionó el paquete vásculo-nervioso.

"4.- Por tal motivo, el día 31 de diciembre de 1976 se le practicó a mi poderdante la amputación del miembro inferior derecho a la altura de los cóndilos del fémur.

"5.- El responsable de tal lesión, señor ADAN ESCOBAR COLLO era para el momento que tuvieron ocurrencia los hechos, miembro en actividad de la Policía Nacional, adscrito al Departamento de Policía del Meta y que se encontraba gozando de vacaciones.

"6.- El arma con que se causó la lesión a mi poderdante lo fue el revólver marca Colt, Calibre 38 largo con número 595621 y perteneciente al Departa-

mento de Policía Meta, es decir, que es dotación oficial y que de manera injustificada se encontraba en ese momento en poder del agente Escobar Collo, quien se encontraba en vacaciones.

"7.- **Este hecho constituye una típica falla en el servicio de Policía**, pues son numerosas las disposiciones legales y reglamentarias o de orden interno de la Policía Nacional que prohíben que sus miembros porten armas de dotación oficial fuera de servicio. (Se subraya).

"8.- El agente ADAN ESCOBAR COLLO ha sido sometido a un proceso penal sindicado de lesiones personales en la humanidad de mi poderdante, proceso que ha cursado en el Juzgado Penal del Circuito de Cáqueza, en el Juzgado Promiscuo Municipal del Quetame, en donde actualmente se encuentra llamado a jucio y próxima a celebrarse la respectiva audiencia pública.

"9. - Al momento de ser lesionado mi poderdante, contaba con veinticuatro años de edad, siendo un joven y entusiasta comerciante, propietario de un almacén de víveres y abarrotes en el corregimiento de Guayabetal, municipio de Quetame del que devengaba sus subsistencia y contribuía a la de sus padres y hermanos menores.

"10. - Con motivo de la lesión sufrida, mi poderdante duró cerca de año y medio sin poder atender a sus obligaciones de orden laboral, a los compromisos comerciales o de crédito contraídos, quedando su negocio en manos de terceros y sufriendo considerable mengua tanto en su patrimonio como en sus ingresos.

"11.- Así mismo, la lesión ocasionó enormes gastos de orden médico, quirúrgico, farmacéuticos, hospitalarios y ortopédicos, pues estuvo en grave peligro su vida y hubo de ser atendido en el hospital regional de Villavicencio, Clínica Bogotá y Hospital Militar de Bogotá, sometido a varias intervenciones quirúrgicas y finalmente complicados y costosos aparatos ortopédicos que le permitan (sic) precariamente desenvolverse en su vida económica a pesar que como es evidente la lesión le resta en más de un cincuenta por ciento su capacidad laboral normal y por su vida.

"12.- En igual forma la lesión causada en los hechos aquí descritos, han causado serios traumatismos de orden síquico y moral y de convivencia social a mi poderdante, pues ante la carencia de uno de sus órganos de locomoción, se encuentra en una situación de anormalidad y de incapacidad frente al grueso del mundo que lo rodea."

De conformidad con los términos transcritos, los fundamentos de hecho o causa petendi de la pretendida indemnización de perjuicios, se refieren a que el Agente de la Policía Nacional Adán Escobar Collo, quien se encontraba gozando de vacaciones le hizo un disparo al demandante, con una arma de dotación oficial, " que de manera injustificada" se encontraba en su poder, lo cual constituiría, como lo alegó el accionante, una típica falla en el servicio, por omisión de la Policía al incumplir con las normas que prohiben que sus miembros porten armas de dotación oficial cuando están fuera de servicio, originando lesiones que culminaron con la amputación de la pierna derecha del herido.

2. Los fundamentos de derecho: el accionante alega la violación de las siguientes normas: Artículos 16, 20 y 167 de la Constitución Nacional; Artículo 68 del Código Contencioso Administrativo; Artículos 1, 2 y 4 del Código Nacional de Policía; Artículos 1,2,6,54, 94 y 119 del Estatuto Orgánico de la Policía Nacional contenido en el Decreto 2347 de 1971; artículos 2, 3 y 58 del reglamento del Servicio de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional (resolución 00168 del 17 de enero de 1961); el reglamento de servicio de guarnición para las Fuerzas Armadas (Resolución 8345 de 1968); Decreto 1835 de 1979 o reglamento de disciplina y honor para la Policía Nacional y el numeral 8 de la Circular 62/A-C-4 1 de septiembre 8 de 1976 de la Dirección General de la Policía sobre el uso de las armas.

Afirma que en el reglamento de servicios de Guarnición para las Fuerzas Armadas, contenido en la resolución No. 8345 de 1968 del Ministerio de Defensa, se prohibe sacar o portar armas de dotación oficial cuando se está en uso de franquicia, vacaciones y además situaciones administrativas que alejen temporalmente al miembro del servicio activo y, cuando por omisión o negligencia de algún miembro superior jerárquico de un agente de policía, se permite que éste salga de vacaciones portando su arma de dotación oficial y éste hace uso de tal arma, lesionando a un particular injustamente "nos encontramos frente a la responsabilidad conjunta o compartida por falla del servicio y por culpa personal del agente", caso en el cual según lo ha dicho la jurisprudencia surge la responsabilidad del Estado para la indemnización total, pudiendo repetir contra su agente por la cantidad a que fuere condenado.

Y afirmar que el incumplimiento por parte del Estado del deber de proteger la vida, honra y bienes de "las personas residentes en el país" es lo que genera lo que la jurisprudencia y lo que la doctrina han denominado falta o falla del servicio.

3. los hechos son la causa petendi de la demanda, en cuarto configuran la causa jurídica en que se fundamenta el derecho objeto de las pretensiones y por

eso, desde el punto de vista procesal, su afirmación constituye un acto jurídico que tiene la trascendencia y alcance de definir los términos de la controversia y por lo tanto el alcance de la sentencia, y deben ser objeto del debate durante el proceso, para que si al final se encuentran debidamente probados puedan prosperar las peticiones de la demanda, ya que respecto de ellos debe pronunciarse el juzgador, en perfecta congruencia. (Artículo 170 C.C.A.).

4. Los fundamentos de derecho, por su parte están constituidos por las normas jurídicas en las que cree el demandante encontrar el fundamento de sus pretensiones y respecto de ellos es posible, como principio general, que el juez pueda interpretarlos o adecuarlos al caso en estudio; por eso se afirma que el juez debe "aplicar el derecho" cualquier que sea la norma que lo contenga, haya sido o no citada o alegada por la parte y sin necesidad de probarla toda vez que no constituyen su causa petendi y no inciden en el principio de la congruencia de la sentencia.

Lo anterior es lo que se conoce como el principio iura novit curia y que en otros términos se define con la afirmación del juez "**Dadme los hechos que yo te daré el derecho**" *(Da mihi factum, dado tibi ius)* resulta válido en los procesos civiles, laborales o penales, pero **no en los juicios contencioso administrativos, en los que se juzgan actos administrativos**, respecto de los cuales la ley expresamente establece la exigencia de que en la demanda se precisan loas normas que se consideran violadas, definiendo así el alcance de la controversia propuesta a consideración del juzgador.

Tratándose de juzgar actuaciones administrativas y su selección al ordenamiento jurídico preestablecido, tiene fundamento la anterior exigencia en cuanto se trata de establecer por el juez, la juridicidad de la actuación administrativa, mediante su confrontación con la norma superior invocada como violada, situación completamente diferente a la que se dirime en los procesos entre particulares en los cuales se discute un derecho, también particular, que bien puede surgir de la norma citada por el demandante o de otra, que también debe aplicar el juez corrigiéndole, si fuere el caso, los términos jurídicos a la demanda, pero siempre sin modificar su causa petendi que la constituyen los hechos enunciados por el accionante.

La anterior distinción tiene su consagración expresa en el Código Contencioso Administrativo al exigir la precisión de las normas jurídicas que se consideran violadas y el concepto de su violación, sobre lo cual debe pronunciarse el juzgador para establecer la legalidad o ilegalidad de la actuación administrativa juzgada; y ha permitido a la jurisprudencia y a la doctrina afirmar que la justicia administrativa es rogada, característica que ha juicio de la Sala no desconoce el principio, hoy consagrado con rango constitucional, de primacía de lo sustancial enfrente a

lo puramente procesal, toda vez que si se trata de un juicio de legalidad, las normas violadas y el concepto de su violación constituye un aspecto sustancial de la controversia.

De acuerdo con lo anterior, la Sala reitera la tesis de que la justicia administrativa es rogada y en ella no es aplicable el principio *iura novit curia*, pero precisa con relación a dicha característica una excepción: en aquellos procesos, en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación u omisión de la Administración, sino que **directamente** se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es el caso modificar, **de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda** los fundamentos de derecho invocados por el demandante.

En las controversias sobre responsabilidad extracontractual del Estado, materia en la cual, si bien existen algunas normas generales consagradas en la legislación positiva, aplicables que pueden ser invocadas en la demanda, tales como el artículo 90 de la Constitución Nacional, que de manera abstracta sirve de fundamento jurídico a la responsabilidad del Estado, lo cierto es que no existe un régimen legal positivo que regule de una manera precisa y detallada dicho tema, lo que hace que el juez pueda encontrar fundamentos de derecho diferentes a los propuestos en la demanda, pero sin que pueda modificar la causa petendi de la misma, que como ya se precisó la constituyen los hechos mismos en que se fundamenta.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la Sala precisa que sí es posible en materia de juicios de responsabilidad extracontractual del Estado, la aplicación del principio *iura novit curia*, **pero siempre teniendo en cuenta que a través de él no se puede llegar a la modificación de los fundamentos fácticos de la pretensión, expuestos en el libelo, los cuales constituyen su causa petendi y son los precisados por el actor, y no otros.**

Así en esta materia, lo importante es la realidad y naturaleza de los hechos y no la calificación jurídica que les pueda dar el demandante, todo lo cual coincide con lo dispuesto con nuestra legislación positiva, concretamente por el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, la sentencia debe analizar "los hechos en que se funda la controversia".

5. En el caso de la providencia objeto del recurso de súplica, la Sección Tercera de la Corporación, con invocación del principio *iura novit curia*, no cambió los fundamentos de derecho de la demanda, sino sus fundamentos de hecho; en efecto, consideró que había falla en el servicio, teoría jurídica que también había sido planteada en la demanda, pero cambió el fundamento de hecho que el actor

invocó, como fue la existencia de una omisión de las autoridades de policía, al permitir que el agente saliera a vacaciones portando el arma de dotación oficial con que se causó el perjuicio, hecho que debía ser probado, por una presunción no prevista en el ordenamiento jurídico, con lo cual, a juicio de la Sala cambió la causa petendi de la demanda, porque cambio un hecho como lo es la omisión alegada, por una presunción.

Las omisiones son abstenciones de la Administración que constituyen parte de los hechos mismos en los cuales se puede fundamentar una demanda y los cuales deben ser probados a lo largo del proceso para que ésta prospere.

En la sentencia recurrida se afirmó que se podía calificar la "realidad histórica del proceso". Y que es la realidad histórica del proceso?. A juicio de la Sala no puede ser nada diferente a los hechos en que se fundamenta. Pues no se puede considerar como realidad histórica del proceso una u otra norma o elaboración jurídica que se pretenda invocar, sino los hechos relatados en él y ocurridos dentro de un tiempo y un espacio dados, los cuales deben estar probados.

Si se aceptare que el juez puede **al final del proceso**, en la sentencia cambiar los hechos alegados en la demanda se estaría desconociendo, el derecho de defensa y contradicción del proceso que tiene la parte demandada, la cual contestará la demanda enfrente a los hechos alegados por el demandante y enfocará su actividad probatoria para desvirtuar esos hechos que se conocen desde un comienzo. Pero si al final del proceso se cambian ya no podría cuestionarlos. Y esto sucedió en el proceso que culminó con la providencia recurrida toda vez que la Administración se orientó a probar que la Administración no había incurrido en ninguna omisión que era el fundamento de la demanda, pero no podía tratar de desvirtuar una presunción que solamente se planteó en la sentencia que la condenó, partiendo de la base de que el acccionante no debía probar la omisión alegada, con total falta de congruencia con la demanda.

La teoría de la falla presunta, cuyos planteamientos básicos se hicieron en la sentencia recurrida, con precisión de conceptos ya adoptados por la Sección Tercera de la Corporación, podrá fundamentar la responsabilidad del Estado en casos diferentes al que ahora ocupa la atención de la Sala, cuando el perjudicado la invoque como sustento de su pretensión de indemnización o en aquellos eventos en los cuales, de acuerdo con los hechos o causa petendi de la demanda sea posible su aplicación, por darse los elementos y condiciones que de acuerdo con la Ley permitan presumir su responsabilidad.

Por todo lo anterior, no puede compartir la Sala Plena Contencioso Administrativa el criterio adoptado por la Sección Tercera en la providencia recurrida y por tanto no prohija la jurisprudencia allí contenida.

6. Precisado lo anterior, le corresponde a la Sala definir si la Nación-Policía Nacional debe o no indemnizar los perjuicios sufridos por el actor, originados en una alegada omisión administrativa.

De conformidad con los autos está probado en el proceso lo siguiente:

1. El señor JORGE ARTURO HERRERA VELASQUEZ fue herido por el agente de la Policía Nacional ADAN ESCOBAR COLLO el día 25 de Diciembre de 1976, en el corregimiento de Guayabetal. (Folio 107, 108 y 110 del Cuaderno # 2).

2. La herida originó una gangrena seca que llevó a la amputación del miembro inferior derecho del herido, a la altura de los cóndilos del fémur. (Fls. 2 y 3 del Cuaderno # 2).

3. La herida fue causada con arma de dotación oficial (Folios 94, 102, 115, 121 y 134 del Cuaderno # 2).

4. El Agente ADAN ESCOBAR COLLO para la época en que ocurrieron los hechos, estaba vinculado a la Policía Nacional y el día 25 de Diciembre de 1976 se encontraba gozando de vacaciones. (Folios 106 y 107 del informativo de la hoja de servicios).

5. Según su propia confesión hecha en la diligencia de descargos en el procedimiento disciplinario, al salir a vacaciones, el Agente ESCOBAR COLLO, consciente y maliciosamente no entregó el revólver de dotación que tenía hacía seis meses, porque "... yo se que donde uno llegue y lo reconozca que es policía le tiran a uno..." y "... no me hice presente que salía con ese revólver cuando fui a salir a vacaciones, tampoco figuraba en el salvoconducto, el salvoconducto me lo expidió el SS. que trabaja en el Comando Operativo ...". Luego agrega que "... yo no le informé que llevaba ese revolver a nadie inclusive entregué la escopeta que también tenía de dotación..." (Folios 75 y 76 de la Hoja de Servicios, Cuaderno # 2).

6. Según los relatos de diferentes personas que presenciaron los hechos, el día 25 de Diciembre de 1976, hacía el mediodía se encontraban diferentes personas y entre ellas el Agente a quien estaba persiguiendo HERRERA VELASQUEZ, cuando se encontró con el Agente ESCOBAR COLLO, quien tuvo un cruce de

palabras y según algunos testimonios fue agredido con el machete y en defensa personal le disparó con el arma de dotación oficial.

Según su propia confesión, el herido HERRERA VELASQUEZ se encontraba en avanzado estado de embriaguez, pues había estado consumiendo cerveza y aguardiente desde el día anterior, había perdido la conciencia y solo la recuperó cuando se encontraba en el hospital, porque cuando mezcla licor se "enlaguna". (Folios 77 y siguientes de la hoja de servicios).

7. Precisados los hechos anteriores, los cuales se encuentran debidamente probados en el expediente, es preciso analizar lo relativo a la alegada falla en el servicio por omisión de la Policía Nacional, al permitir que un agente a su servicio salga a disfrutar vacaciones y no cumpla con los reglamentos internos que ordenan la entrega de las armas de dotación oficial y prohiben su porte cuando se está en vacaciones.

De las pruebas allegadas al proceso no es posible establecer dicha falla en el servicio por las siguientes razones:

"No se allegó al expediente prueba alguna de la omisión que se atribuye a la Administración en frente a sus reglamentos según los cuales los agentes al salir a vacaciones deben entregar las armas de dotación oficial y por el contrario, está probado por la confesión del agente, que lo perjudica procesalmente, que él maliciosamente no entregó el arma de dotación oficial con la cual hirió al demandante, para llevársela a sus vacaciones, con el fin de defenderse de las posibles agresiones que el ser policía le originaban y solamente entregó la escopeta que tenía de dotación oficial, con lo cual obtuvo el salvoconducto para salir a vacaciones.

Lo anterior demuestra que no hubo omisión de la Policía Nacional en el trámite previo a la salida de vacaciones de su agente, sino por el contrario, que se cumplió con el requisito del salvoconducto, el cual, con el engaño confeso del agente se obtuvo mediante la entrega de la escopeta y con el ocultamiento malicioso del revolver para llevárselo y defenderse durante sus vacaciones. (Folio 115, Cuaderno #2).

Así las cosas, no puede afirmarse que se hayan configurado los elementos necesarios de la falla en el servicio que origine la responsabilidad de la Policía Nacional y que haya lugar a ordenar a su cargo la indemnización reclamada por los perjuicios causados por el señor ESCOBAR COLLO.

La actuación del agente que causó el daño no es imputable a la Policía Nacional toda vez que, por una parte, el agente se encontraba en vacaciones y por lo tanto no estaba en ejercicio de sus funciones relacionada con el servicio de policía y por otra, portaba un arma de dotación oficial que había sustraído **irregularmente y con engaño**, lo cual además le ocasionó una sanción de carácter disciplinario.

Si el Agente no se encontraba en ejercicio de su función de policía, si maliciosamente había retenido un arma de dotación oficial, no es posible hablar de la falla en el servicio, porque en los hechos dentro de los cuales se causó el daño cuya indemnización se pretende, no había ninguna actuación que implicara la prestación deficiente de un servicio, pues lo que existió fue la culpa personal del agente, al retener con engaño, un arma de dotación oficial y utilizarla, no para proteger a los asociados que es lo que busca la Policía Nacional en su servicio, sino para defenderse, como él mismo lo manifestó".

En el caso de autos, tampoco puede presumirse la responsabilidad de la Administración por el solo hecho de que el arma fuera de dotación oficial, pues está comprobado que el agente no estaba actuando en razón del servicio de policía, razón por la cual tampoco se puede alegar que el agente ha debido actuar con la prudencia propia de las actuaciones estatales y en primer lugar hacer tiros al aire como lo exige el reglamento, porque el reglamento rige es para las actividades propias del servicio y cuando se está en ejercicio del mismo, pero no para cuando se utiliza clandestinamente un arma de dotación oficial, no habiéndose comprobado que hubo una falta de la autoridad correspondiente que hubiera facilitado dicha situación.

Tampoco resulta válido afirmar que: "el arma de dotación oficial por su peligrosidad al ser nexo instrumental en la causación de un perjuicio compromete de por sí la responsabilidad del ente público" y excluye "cualquier responsabilidad objetiva" toda vez que las armas o son o no son peligrosas, pero dicha característica no puede predicarse exclusivamente de las que son de la dotación oficial, las dos de las particulares también lo son, también son nexo instrumental en la causación de perjuicios y allí no es posible "presumir" su responsabilidad, hay que probarla.

8. Tampoco debe aceptarse que dado el estado de embriaguez de la víctima, que el agente era el único que portaba arma de fuego, y que no hizo los tiros al aire que ordena el reglamento, no se actúo con la prudencia y diligencia 'que debe predicarse de las actuaciones estatales". Es que allí no hubo "actuación estatal", no se estaba prestando el servicio de policía, el agente estaba de vacaciones y no

en ejercicio de funciones como policía, y por lo tanto no existen reglamentos aplicables a su actuación.

No se pueden confundir los hechos: unos son los que la demanda plantea en los términos ya transcritos y dentro de ellos incluye una omisión de la autoridad administrativa de no retener el arma de dotación oficial, **en el momento de salir a vacaciones** el agente, omisión que a juicio del actor constituye falla en el servicio y la cual no se probó, en el concurso del proceso, y otros los que se presumieron para extender la falla del servicio hasta el momento mismo del disparo, convirtiéndose en una presunción de imputabilidad.

Sabido es, de acuerdo con la doctrina que en todos los regímenes de responsabilidad estatal de derecho público, la actuación u omisión causante, eficiente y directa del daño, debe poder serle imputable a la Administración, lo que en este caso está lejos de haber ocurrido.

Por todo lo anterior a juicio de la Sala, no resulta válida la teoría de la falla presunta del servicio en el caso de autos, porque implicaba modificación de la causa petendi y porque los hechos mismos no permiten su aplicación.

9. Y en cuanto a lo que resulta establecido luego de adelantado el proceso, se encuentra que en él, se probó el daño causado cuya reparación se reclama, la causa del daño que lo fue el disparo hecho por el Agente ESCOBAR COLLO con arma de dotación oficial, pero no se estableció la falla en el servicio de la Policía Nacional que permitiera imputarle la responsabilidad por el daño causado, a la nación, razón por la cual las pretensiones de la demanda no pueden prosperar.

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

FALLA:

1. Revócase la providencia suplicada.

2. No prosperan las peticiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase a la Sección de origen. Cúmplase. La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Diego Younes Moreno, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Con salvamento de voto, Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de M., Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Miguel González Rodríguez, Salvo voto, Amado Gutiérrez Velásquez, Salvo voto, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Con salvamento de voto, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Con salvamento de voto, Yesid Rojas Serrano, Salvo voto,Consuelo Sarria Olcos, Miguel Viana Patiño,*

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria;

NOTA DE RELATORIA: En la providencia de la referencia salvaron el voto los doctores: *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Libardo Rodríguez Rodríguez y Yesid Rojas Serrano*. El salvamento de voto del Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz* se fundamenta esencialmente en considerar que existe sustento legal (art. 137 numeral 40.) para confirmar por vía de excepción el carácter no rogado de jurisdicción en los procesos contractuales y de reparación directa y la aplicación del principio *iura novit curia* en el régimen de responsabilidad por la falla presunta del servicio, por lo cual el recurso extraordinario de súplica no ha debido prosperar. En relación con el fallo de instancia, considera que el hecho claro y probado de que el agente causante del daño portara arma estando en vacaciones pone en evidencia una grave omisión que debió aparejar la responsabilidad de la Nación y la consiguiente indemnización. Adhieren a él los doctores *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velasquez y Carlos Arturo Orjuela Góngora* con algunas precisiones. El Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez*, tuvo la ponencia inicial, la que por haber sido derrotada, sirve de fundamento del salvamento de voto, según el cual el recurso extraordinario de súplica no tenía vocación de prosperidad por haber sido rechazados todos los cargos y acogerse a la jurisprudencia de la sentencia recurrida. El salvamento de voto del doctor *Luis Eduardo Jaramillo Mejía* expresa el disentimiento en relación con el fallo de instancia por considerar que debió ser favorable a las pretensiones por estar acreditado todos los elementos conformantes de la falla del servicio.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

Referencia: Expediente No. S-123. Actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez.

Las razones que me llevaron a compartir la ponencia elaborada por el señor Consejero, doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, en el sentido de que no debía prosperar la súplica interpuesta, y que no mereció la acogida de la Sala, son las mismas que explican mi desacuerdo con la presente providencia, que recoge una tesis contraria a aquélla.

Como razones de mi desentimiento aduzco las siguientes:

1.- Sea lo primero advertir, conforme lo hice en la Sala Plena, que en materia contencioso administrativa existe sustento legal (artículo 137 numeral 4o. del C.C.A.) para afirmar a título de excepción el carácter no rogado de la Jurisdicción en lo concerniente a los procesos relativos a controversias contractuales (artículo 87 ibídem) y de reparación directa (artículo 86 ibídem), como es ejemplo de este último el presente.

Significa lo anterior que si bien para el demandante existe el debe señalar como requisito en su libelo demandatorio los fundamentos de derecho de las pretensiones, tal señalamiento no vincula al Juez, pues éste al analizar e interpretar otro requisito: los hechos u omisiones que sirven de fundamento de la acción, puede

precisar cuál es la norma de derecho aplicable, la cual puede ser diferente a la que indicó el demandante.

Tal función judicial tiene arraigo, desde el Derecho Romano, en el principio general: *iura novit curia,* cabal desarrollo de otro principio de la misma índole: *Da mihi factum, ego libi jus:* dadme los hechos que yo te doy el derecho. De estos dos principios se deriva la definición de la función jurisdiccional como aquella del Estado encargada de declarar el derecho, o sea, de aplicar una norma jurídica a determinada situación fáctica que es objeto de su conocimiento.

La aplicación del principio *iura novit curia* fué lo que permitió que la Sección Tercera de la Corporación en la providencia suplicada escogiera el régimen jurídico especial de responsabilidad extracontractual por "falla presunta del servicio" para gobernar la situación fáctica a que se contrae el presente proceso, régimen que es diferente al ordinario de falla del servicio por omisión de la Policía Nacional, que fué el invocado en los hechos y fundamentos de derecho de la demanda. Por ello fué muy clara la sentencia suplicada cuando afirma:

> "A pesar de que del libelo demandatorio pueda colegirse que se imputa una falla del servicio por omisión de la Policía Nacional, al haber permitido que uno de sus miembros saliera a vacaciones portando armas de dotación oficial, estima la Sala que ello no es óbice para que el juez, al calificar la realidad histórica del proceso, Y PREVALIENDOSE DEL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*, GOCE DE LA FACULTAD DE DETERMINAR EL REGIMEN JURIDICO DE RESPONSABILIDAD APLICABLE AL CASO CONCRETO QUE ES OBJETO DE LA DECISION..." (las mayúsculas son mías).

Si el régimen de la "falla presunta del servicio", es diferente al ordinario de la "falta o falla del servicio", como se explica en la sentencia suplicada, y tiene sustento legal en la aplicación del principio *iura novit curia*, no se da, a mi juicio, la contradicción jurisprudencial invocada por la demandada, y por ello debió despacharse desfavorablemente el recurso extraordinario interpuesto.

No puede perderse de vista que tanto uno como otro régimen de responsabilidad extracontractual estatal han sido elaboraciones de la Jurisprudencia, pues no existía texto constitucional o legal alguno que los consagrara expresamente cuando ocurrieron los hechos materia del proceso (hoy sí en el artículo 90 de la Nueva Constitución). Fué la Jurisprudencia la que estimó que, verbigracia, los artículos

2o. y 16 de la Carta Política de 1886 podían servir para estructurar, por vía de inferencia lógica, dicha responsabilidad en el campo del Derecho Público.

2.- En lo tocante con la decisión de instancia, a pesar de que estimo, como lo anoté anteriormente, que el recurso extraordinario no ha debido prosperar, sin embargo considero oportuno formular a aquélla los siguientes reparos:

1o.): Con el respecto por la opinión mayoritaria de la Sala, no creo que la Sección Tercera en la sentencia suplicada hubiera cambiado los hechos de la demanda. Conforme lo resalté en el aparte antes transcrito de dicho fallo, dicha Sección reconoció paladinamente que si bien en la demanda se aducía "una falla del servicio por omisión de la Policía Nacional", ello no era obstáculo para que en aplicación del principio de iura novit curia determinará un régimen jurídico de responsabilidad diferente: el de "la falla presunta del servicio", como en efecto lo hizo, aplicación que, como ya destaqué, es propia de la función jurisdiccional en este tipo de procesos.

2o.): Disiento también en cuanto se afirma que no hubo falla del servicio por cuanto el agente de policía ADAN ESCOBAR COLLO confesó que maliciosamente no entregó el revólver de dotación oficial, que se llevó a vacaciones, y que obtuvo el salvoconducto correspondiente mediante la entrega de la escopeta, también de dotación oficial, que tenía en su poder.

Independientemente de que no obre en autos la Resolución No. 8345 de 1968, del Ministerio de Defensa, que prohibe portar armas de dotación oficial cuando se está en uso de franquicia o de vacaciones, estimo, acudiendo a la lógica de lo razonable, que sobre las Fuerzas Armadas pesa una obligación de extrema prudencia y diligencia en relación con el porte y uso de armas, que se traduce en unas exigencias mínimas, como son: el inventario de ellas, qué personal las tiene a su cargo y que solamente pueden portarlas por razones y durante la prestación del servicio.

El hecho claro y debidamente probado que el agente de policía ESCOBAR COLLO causante del daño a que se contrae este proceso portara el arma estando en vacaciones pone en evidencia una grave omisión del funcionario de la Policía encargado del armerillo, o de la guarda de la misma, esto es, una falta de diligencia y cuidado en el cumplimiento de sus funciones, al no tener presente que dicho agente tenía a su cargo no sólo la escopeta sino el revólver de marras y no había devuelto éste al salir a gozar el citado beneficio laboral.

Tal omisión debió aparejar la responsabilidad de la Nación y la consiguiente indemnización de perjuicios en favor del actor.

Fecha ut supra,

Ernesto Rafael Ariza Muñoz - Consejero;

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Salvamento de Voto del Consejero *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente #S-123. Actor: *Jorge Arturo Herrera Velásquez*

Por compartir en su integridad el salvamento de voto del H. Consejero Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, ya que en el se recoge lo que expusimos en las respectivas sesiones los que compartimos la ponencia del H. Consejero doctor Libardo Rodríguez R., que no fue adoptada por la mayoría de la Sala, me ADHIERO al salvamento de voto indicado, destacando en especial que en este caso existió la omisión por parte de la autoridad pública, que determinó la culpa o falla del servicio y que, por consiguiente, condujo a la responsabilidad extracontractual de la Nación y a la condena al pago de los perjuicios acasionados al actor, como acertadamente lo decretó la Sección Tercera de la Sala en la providencia revocada.

Miguel González Rodríguez

Fecha ut supra

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ

Referencia: Expediente No. S-123. Actor: Jorge Arturo Herrera y

Con el debido respeto expreso mi disentimiento con el criterio de mayoría plasmado en la sentencia revocatoria del fallo suplicado, por cuanto comparto en su integridad el salvamento de voto del H. Consejero Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Además, particularmente considero que no debió prosperar el recurso extraordinario de súplica, por cuanto el fallo se apoyó en el régimen jurídico de responsabilidad extracontractual por "falla presunta del servicio", en tanto las jurisprudencias que se adujo contrariadas sostienen el régimen ordinario de falla del servicio por omisión, que revelan ostensiblemente diferencia en cuanto a la carga de la prueba.

Santa Fe de Bogotá D.C., marzo 1 de 1995

Amado Gutiérrez Velásquez

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

A la Sentencia dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 14 de febrero de 1995 en el proceso No. S-123. -Actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez.-

Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo tres (3) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala debo señalar que comparto plenamente los argumentos expuestos por el Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz en su salvamento de voto, visible de folios 442 a 446, y por tanto, con su venia lo coadyuvo en su integridad.

De igual manera, considero pertinente sintetizar los aspectos que me parecen fundamentales en cuanto al criterio mencionado, a saber:

1. El concepto de jurisdicción rogada se ha transformado radicalmente en el derecho moderno; y en el caso colombiano, con mayor razón a partir de los principios introducidos en la Constitución Política de 1991.

2. En consecuencia, hoy en día el juez tiene una amplia facultad para integrar los hechos de la demanda, las disposiciones invocadas y aplicables, y la verdad real, con el fin de que la sentencia aplique en su esencia más diáfana el valor supremo que es la justicia.

3. En este evento se dieron todos los elementos que configuran la falla del servicio, porque la omisión consistente en haber permitido que el agente Escobar C. mantuviese en su período de vacaciones un arma de dotación oficial, es imputable a la administración. Así las cosas, cuando la accionó contra el actor, generó un daño que tiene un nexo de causalidad evidente y claro con la culpa del ente oficial.

4. A mi juicio no debió prosperar el recurso extraordinario, porque tampoco se dio la condición señalada en la ley de que la jurisprudencia adoptada fuese contraria a la de la Sala Plena, pues en mi opinión versan sobre materias distintas, como que la expuesta por la Sección Tercera en este asunto se relaciona con la " falla presunta del servicio", en tanto que las traídas a colación como vulneradas tienen como tema central el de la " falla del servicio", simplemente.

Por ende, estas breves razones, más las que de manera enjundiosa, plantea el salvamento que acojo, me llevaron a separarme de la ponencia finalmente aprobada.

Carlos Arturo Orjuela Góngora

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

A la sentencia de fecha 14 de febrero de 1995. Referencia: Expediente No. S-123. Actor:. Jorge Arturo Herrera Velásquez. Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Teniendo en cuenta que la sentencia proferida para resolver el proceso de la referencia fue aprobada por la mayoría después de haber sido derrotada la ponencia inicial presentada por el suscrito Consejero, con todo respeto me permito transcribir como salvamento de voto, el punto IV.- CONSIDERACIONES DEL CONSEJO, que hacía parte de la mencionada ponencia.

"Se ha dicho reiteradamente que de acuerdo con la interpretación dada por el Consejo de Estado al artículo 2o. de la Ley 11 de 1975, que consagró el recurso extraordinario de súplica lo mismo que al artículo 130 del C.C.A., que constituye el fundamento actual de dicho recurso, la jurisprudencia cuya contradicción puede dar lugar a la prosperidad de este recurso no es otra que la adoptada por las antiguas Sala Contencioso Administrativo y Sala de Negocios Generales, o por la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sobre un determinado aspecto jurídico. En consecuencia, se excluyen del análisis de un recurso de esta naturaleza las jurisprudencias sentadas por las diferentes Secciones del Consejo.

"En tal virtud, en el presente caso se excluirán de la confrontación jurisprudencial las siguientes cinco providencias de las diez que el recurrente señala en el primer cargo como contrariadas, ya que corresponden a decisiones de Sección.

"1. Sentencia de 9 de abril de 1980, de la Sección Tercera; expediente 2458; Consejero ponente: doctor Carlos Betancur Jaramillo; actora: Mery Luz Arias de Anaya.

"2. Sentencia del 11 de agosto de 1983, de la Sección Tercera; expediente 3354; Consejero Ponente: doctor Jorge Valencia Arango; actora; Bertilda Bello y otros.

" 3. Sentencia del 28 de abril de 1967, de la Sección Tercera; Consejero Ponente: doctor Carlos Portocarrero Mutis; actor: William Bendeck Olivella.

"4. Sentencia del 18 de noviembre de 1982, de la Sección Tercera; expediente 2908; Consejero Ponente: doctor Jorge Valencia Arango; actor: Pedro Quijano Cuenca y otros.

"5. 'Sentencia de mayo 19/82. Consejero Ponente Dr. EDUARDO SUESCUN. Expediente No. 2603' (Así cita textualmente el actor la providencia que se estima contrariada. Pero según el informe de la Relatoría de la Corporación, lo que aparece en el citado expediente es el auto de 9 de julio de 1982, de la Sección Tercera).

En relación con el primer cargo, las cinco sentencias invocadas como contrarias, susceptibles de confrontación por su procedencia, se refieren a temas de responsabilidad extracontractual del Estado, con fundamento en la prueba de los siguientes supuestos:

"1. Una falta o, falla en el servicio o, propiamente, de la Administración Pública, por acción u omisión.

"2. Un daño o perjuicio, cierto, determinado o determinable, que consiste en la lesión de un bien jurídicamente protegido.

"3. Una relación de causalidad entre la falla o falta y el daño.

"En la sentencia impugnada se hacía innecesaria la prueba del supuesto 'falta o falla del servicio', que, por lo demás, como se afirma en ella, puede existir, pero su análisis se hace irrelevante dado que el arma de dotación oficial, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación del perjuicio, compromete la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece.

"Se escogió, pues, en la sentencia impugnada, con apoyo en el principio IURA NOVIT CURIA y en virtud a la realidad del proceso, el régimen de la falla del servicio presunta', que no coincide exactamente con el régimen aplicado en los fallos que el recurrente estima desconocidos.

"En eventos como el que da cuenta la sentencia censurada, la falla del servicio es **presunta,** o sea que al haberse causado el perjuicio con arma de dotación oficial, la falla del servicio se presume, hipótesis probatoria que exonera al actor de acreditar la falta de la Administración, cuya demostración se im-

pone en el régimen adoptado en los fallos que el suplicante dice contrariados por la sentencia de la Sección Tercera.

"Es un régimen que difiere del que se sustenta en las sentencias invocadas, por el especial matiz que se ha destacado y por los demás aspectos que se exponen en la sentencia recurrida y que en este proveído se sintetizan.

Resulta evidente que de la confrontación entre la sentencia impugnada y las invocadas como contrariadas, aparece que mientras en éstas es imprescindible la demostración por parte del actor de la existencia del hecho o falla o falta del servicio, en aquella se excluye.

"En consecuencia, no prospera el cargo.

"**En relación con el segundo cargo**.- Afirma el suplicante que la jurisprudencia ha establecido que la justicia contenciosa es inminentemente rogada, característica que no le permite al juzgador apartarse de lo que fundamente en su demanda pretende el actor, con el pretexto de interpretarla, al punto de cambiarla, como ha sucedido en el presente caso.

"Sobre esta censura se ha dado un principio de explicación en las consideraciones sobre el primer cargo, cuando se aludió allí el principio IURA NOVIT CURIA, en el cual se sustentó la sentencia atacada para determinar el régimen jurídico de responsabilidad aplicable al caso concreto que fue objeto de decisión por la Sección Tercera.

"En la última de las sentencias invocadas por el recurrente en este cargo, contentivas de la jurisprudencia de la Corporación supuestamente contrariada, -la de fecha 29 de marzo de 1989, expediente R-037, actor Likes Broos Steamchip C. Inc. Ponente doctora Clara Forero de Castro-, también invocada en el expediente No. S-108, recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de 28 de abril de 1989, proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, actor Jairo Rodríguez Durán, donde salvaron el voto los Consejeros de Estado, doctores Reynaldo Arciniegas B. Ernesto Rafael Ariza M., Amado Gutiérrez Velázquez, Miguel González Rodríguez, Alvaro Lecompte Luna, Libardo Rodríguez Rodríguez y Yesid Rojas Serrano, se recoge lo dicho en sentencias anteriores de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo sobre el carácter de "rogada" que tiene esta jurisdicción, en los siguientes términos, que son los que igualmente se transcriben en el salvamento aludido, y sirven de fundamento para descartar la presunta contradicción que el recurrente le endilga a la sentencia censurada:

"'Dicen así las providencias citadas, en la parte pertinente:

'El Consejo no está autorizado para recoger, de su cuenta, las normas que **aparecen violadas** y aplicarlas al caso, sustituyéndose así el deber procesal del demandante, porque esta acción ni es pública ni es oficiosa... La facultad discrecional que asiste al demandante en **'la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación'**, que es una de las formalidades que debe reunir toda demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está jurídicamente condicionada, para la prosperidad de la acción, **a la procedencia de las citas que haga y a la juridicidad de la interpretación que de ellas exponga** el actor, porque debiendo declarar, la sentencia **si el acto acusado** viola o no tales disposiciones en su recto sentido, no podría ella fundarse en la consideración de textos que no sean atinentes, o cuya interpretación y aplicación estén atribuidos por ley a otra competencia, **ni en ninguna norma que no haya expresa y precisamente citada en la demanda,** por no ser oficiosa sino rogada la justicia que se imparte por esta jurisdicción'.

(subrayado fuera del texto).

""El recurrente afirma que se contrarió esta jurisprudencia porque el fallo controvertido se fundamentó en consideraciones, causales, normas y cargos que no fueron expuestos en el libelo de demanda. Que la acusación se contraía al estudio de si el INDERENA había o no demostrado la contaminación y si ello era necesario para la validez de los actos acusados.

""En verdad la Sección Primera se apartó del planteamiento hecho en la demanda, no porque le estuviera vedado analizar lo sucedido durante la actuación previa a la imposición de la multa, o no pudiera hacer una valoración y examen de las pruebas tenidas en cuenta para sancionar, **sino porque como causal para anular el acto administrativo demandado, tuvo en cuenta la falsa motivación, a la cual llegó a través de la desviación de poder,** y ninguna de ellas fue invocada por la sociedad demandante, que se limitó a considerar infringido el artículo 26 de la C.N., el 18 de la Ley 23 de 1973 y el 177 del Decreto 1681 de 1978...(subrayados fuera del texto).

""Es decir, que mientras el demandante considera que no puede ser sancionado por ser insuficiente la prueba de la supuesta falta que le había sido endilgada, el fallo dedujo que la motivación de la sanción era falsa y por lo tanto se había incurrido en desviación de poder, desviación y falsedad que en el texto de la demanda no aparecen mencionadas".

"'...no encuentra la Sala que la Sección hubiere desconocido la jurisprudencia de la Corporación sobre el carácter de 'rogada' de esta jurisdicción, así ella esté referida, como lo está, a la acción de nulidad y a la de nulidad con resta-

blecimiento del derecho -antes de restablecimiento del derecho y, por la circunstancia de que el fallador de instancia, en aplicación del principio **iura novit curia,** hiciere una interpretación racional de los hechos que permitiera hacer un enfoque diferente para 'concluir que sí se comprometió la responsabilidad estatal que se le puede imputar al ente público...". (por la utilización del arma de dotación oficial como nexo instrumental con el cual se causó el perjuicio, cabría decir, conforme al asunto debatido en el proceso (*sub exámine*).

""En síntesis; las normas constitucionales en que, según la jurisprudencia reiterada de la Corporación, se fundamenta la responsabilidad estatal en Colombia, las normas legales consagratorias, entonces, de la acción indemnizatoria -el art. 68 del Estatuto Procesal Contencioso Administrativo de 1941-, las mismas normas sobre competencia de la jurisdicción para conocer, a partir de 1965, de estas contenciones las del Decreto Ley 528 de 1964 y las del C.C. que recogen un principio de derecho que, se repite, no es exclusivo del derecho civil, invocadas por el actor en su demanda, son claramente los Fundamentos de Derecho de las pretensiones', y el juez de instancia no se apartó de ellas para fundar su decisión. Tampoco se separo de las pretensiones formuladas en la demanda, que condujera a la Sección a un fallo extra o ultra petita y que no existiera congruencia entre lo pedido y lo concedido, principio básico en los pronunciamientos de los tribunales de justicia rogada, como lo expresó esta Corporación en sentencia de Sala Plena de lo contencioso administrativo; de fecha diciembre 5 de 1988, expediente S-036, ponente Dr. Alvaro Lecompte Luna.

"En consecuencia, este cargo tampoco está llamado a prosperar"".

"En el caso *sub exámine*, ni en la demanda ni en la sentencia impugnada se mencionan siquiera las disposiciones del Código Civil.

"Por las consideraciones, el cargo no prospera.

"En relación con el tercer cargo.- Fundado en que la sentencia de instancia se edifica sobre las nociones contenidas en los artículos 2356 y 2347 del Código Civil, la Sala lo rechaza rotunda y categóricamente, dado que basta la lectura de la parte doctrinaria de la sentencia impugnada que constituye el soporte de la resolutiva, para concluir que en ella no se emite o asume posición doctrinaria contraria a la sostenida por la Corporación en los fallos invocados como violados, donde se reafirma el criterio de que la responsabilidad extracontractual del Estado se erige sobre principio estrictamente del Derecho Público.

"En el fallo de instancia, como ya se dijo, no se acude a la preceptiva del Código Civil que el recurrente señala, equivocadamente, como sustento de dicha providencia, lo cual desvirtúa aún más nítidamente su afirmación.

"Resulta entonces, que de la confrontación entre el contenido de la jurisprudencia consagrada en las sentencias citadas y el lineamiento doctrinario de la providencia impugnada, jamás puede inferirse, con inferencia lógica, que ésta contraríe aquella.

"Corolario de lo anterior es que el recurso examinado no tenía vocación para un despacho favorable y, por consiguiente, no procedía tampoco un nuevo pronunciamiento de instancia.

Con todo respeto, *Libardo Rodríguez Rodríguez*

Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA

Referencia: Expediente S-123. Recurso Extraordinario de Súplica

Consejero Ponente Doctora. *Consuelo Sarria*

Actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez

Con el debido respeto en relación con las opiniones contrarias a la mía, me permito expresar mi salvamento de voto respecto a la providencia de febrero 14 de 1995, por medio de la cual se resolvió el Recurso Extraordinario de Súplica interpuesto en este proceso, en los siguientes términos.

1.-) Estoy de acuerdo con los planteamientos jurídicos esbozados en la primera parte de los considerandos de la sentencia proferida, es decir, la que hace referencia a la transgresión de la jurisprudencia citada de la Sala Plena. (fls. 416 a 431).

2.-) No lo estoy con el resto de la providencia, mediante la cual se analiza el contenido del expediente para concluir en la no prosperidad de las pretensiones de la demanda, pues considero debieron prosperar, por lo siguiente:

a.-) Está probado en el proceso que Adan Escobar Collo para la fecha en que ocurrieron los hechos, diciembre 25 de 1976, tenía la calidad de agente de la policía.

b.-) También lo está que para esa fecha se encontraba disfrutando de vacaciones.

c.-) Igualmente se acreditó que dicho agente de la policía hirió con el arma de dotación oficial (revólver marca Colt. calibre 38 largo, con número 595621) al actor Jorge Arturo Herrera Velásquez y a consecuencia de tal herida, fue necesario amputarle la pierna.

d.-) Que dicho agente de la policía no fue agredido por el lesionado.

Teniendo en cuenta la peligrosidad de las armas de fuego, es de lógica, la que se refleja en las normas jurídicas, que la Policía Nacional al hacerles entrega a los agentes que conforman el cuerpo armado, de las diferentes armas con que los dota para prestar el servicio, lleve un registro detallado de dicha entrega.

Lo anterior me lleva a considerar, que en el mismo no solo deben aparecer las anotaciones relacionadas con la entrega de las armas a los agentes, sino también las correspondientes a la devolución de las mismas por estos.

No tiene disculpa jurídica la policía, al haber dejado salir al agente Escobar Collo a vacaciones con el revólver de dotación oficial, sin exigirle su entrega, lo que implica una grave falla en el servicio de la policía por omisión en el cumplimiento de los trámites administrativos relativos a la entrega y devolución de las armas de fuego. No importa que el agente se hubiera valido de ciertas maniobras para eludir su entrega.

Considero que el hecho de encontrarse Escobar Collo en vacaciones, no lo despoja de su calidad de policía, que de por sí implicaba el conservar los deberes y obligaciones que con relación con el comportamiento respecto a los demás debe observar.

Por lo anotado consideró, el fallo de instancia debió ser favorable a las pretensiones de la demanda, por estar acreditados los elementos conformantes de la falla del servicio.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA -Técnica. **ACCION DE CUMPLIMIENTO. NORMA CONSTITUCIONAL.** Desarrollo legal. **NULIDAD. PROCESAL. CONSTRUCCION DE VIAS**

Los municipios santandereanos, representados por sus respectivos alcaldes, por conducto de apoderado, demandaron a la Nación - Ministerio de Obras Públicas y Transporte y Ministerio de Hacienda -, para solicitar que se declare su responsabilidad por los perjuicios materiales y morales causados por no construir las obras a que se refiere la Ley 107 de 1960 en su artículo 2o., concretamente la de pavimentar la carretera San Gil - La Rosita. El Tribunal de primera instancia, al momento de decidir y de conformidad con el artículo 140, numeral 1 del C. de P.C., declaró la nulidad de la actuación a partir del auto admisorio de la demanda, después de considerar que a pesar de que en la demanda se ejercita la acción prevista en el artículo 86 del C.C.A., "lo cierto es que sus pretensiones se enmarcan dentro de los objetivos establecidos en la acción de cumplimiento creada por la Constitución Nacional de 1991 en su artículo 87". De acuerdo con lo anterior concluyó el Tribunal que se trata de la acción de cumplimiento, y como "no está definido por el legislador cuál es la autoridad judicial que debe tramitar los procesos instaurados en ejercicio del artículo 87 de la Carta, debe también inferirse que esta jurisdicción no tiene competencia para ello, pues no está dentro de las funciones contempladas en el Código de la materia".

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santa Fe de Bogotá, D. C., quince de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente, *Sr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia Expediente No. S-361. Recurso Extraordinario de Súplica. Actoras: Alcaldes Municipales de Mogotes, San Joaquin y Onzaga (Santander)

Decide la sala el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado de los Municipios de Mongotes, San Joaquin y Onzaga del Departamento de Santander contra el auto de 10 de diciembre de 1993, proferido por la Sección Tercera de la Corporación, mediante el cual confirmó una providencia del Tribunal Administrativo de Santander, la que a su vez declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, "por no ser competente esta jurisdicción para conocer el asunto propuesto por la demanda".

ANTECEDENTES

Los municipios santandereanos antes citados, representados por sus respectivos Alcaldes, por conducto de apoderado, demandaron a la Nación - Ministerio de Obras Públicas y Transporte y Ministerio de Hacienda-, para solicitar que se declare su responsabilidad por los perjuicios materiales y morales causados por no construir las obras a que se refiere la Ley 107 de 1960 en su artículo 2o., concretamente la de pavimentar la carretera San Gil- La Rosita.

El tribunal de primera instancia, al momento de decidir y de conformidad con el artículo 140, numeral 1 del C. de P.C., declaró la nulidad de la actuación a partir del auto admisorio de la demanda, después de considerar que a pesar de que en la demanda se ejercita la acción prevista en el artículo 86 del C.C.A., "lo cierto es que sus pretensiones se enmarcan dentro de los objetivos establecidos en la acción de cumplimiento creada por la Constitución Nacional de 1991 en su artículo 87".

De acuerdo con lo anterior concluyó el tribunal que se trata de la acción de cumplimiento, y como "no está definido por el legislador cual es la autoridad judicial que debe tramitar los procesos instaurados en ejercicio del artículo 87 de la Carta, debe también inferirse que esta jurisdicción no tiene competencia para ello, pues no está dentro de las funciones contempladas en el Código de la materia".

EL AUTO SUPLICADO

Después de estimar que las súplicas de la demanda se orientan hacia la acción de cumplimiento, dice la Sección Tercera en el auto recurrido, en esencia, lo que a continuación se transcribe:

> "3. En razón a que hasta la fecha legalmente no se ha previsto ni determinado cual es la "autoridad judicial" que deba conocer de las actuaciones fundadas en el artículo 87 de la Constitución Nacional, mal podría esta jurisdicción atribuirse la competencia para conocer de tales acciones, a menos de desconocer y contrariar los artículos 122 y 123 del ordenamiento constitucional, en

cuanto de los mismos se desprende que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución, la ley o reglamento.

"Por consiguiente, fué acertada la decisión del a- quo al considerarse sin petencia para conocer de esta clase de acciones y consecuencialmente declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, sin que sea valedero el planteamiento del apoderado recurrente, cuando sostiene que ya había asumido la competencia el Tribunal al admitir la demanda y tramitar el proceso, dado que esa clase de providencia, así se encuentra ejecutoriadas no obligan al juzgador, pues, como lo dijo la corte, "los autos pronunciados con quebranto de normas legales no tiene fuerza de sentencias, ni virtud para constreñirla a asumir una competencia de que carece cometiendo así un nuevo error". (Sentencia de 4 de febrero de 1981. Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra Samper)".

EL RECURSO DE SUPLICA

El señor apoderado de los referidos municipios fundamenta la súplica en los argumentos que a continuación se sintetizan:

Contra el insólito fallo del Tribunal, se interpuso el recurso de apelación porque mediante él se desconoció abiertamente la verdad procesal y el debido proceso, se acudió a citas jurisprudenciales que no son aplicables a la acción de reparación directa, y se ignoró "el rancio principio de que LA LEY TIENE VIGENCIA HACIA EL FUTURO"

Es inaudito que la Sección Tercera haya desconocido la verdad procesal, pues la acción interpuesta no es otra que la de reparación directa, inspirada en el artículo 86 del C.C.A., y fundamentada jurídicamente en los artículos 16 y 20 de la Constitución de 1886, vigente cuanto se presentó la demanda.

No cabe la menor duda que al haberse asimilado la acción de reparación a la de cumplimiento , se violó el debido proceso, "ya que para el día 7 de abril de 1991, fecha en la cual fue admitida la demanda, el art. 87 de la Constitución Nacional de 1991, aún se encontraba por fuera del tintero de la Honorable Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y de donde resulta contrario a la ley y al derecho el fallo que se impugna".

Habiéndose instaurado la acción de reparación directa y dadas las pruebas allegadas a la diligencia el juez de primer grado tenía el deber jurídico de declarar

a los organismos oficiales demandados administrativamente responsables, pues se hallaban acreditados los presupuestos que configuran la falla del servicio.

Lo más sorprendente del fallo que se impugna radica en haberse respaldado en el pronunciamiento de la Sala Unitaria de 15 de noviembre de 1991, relativo a una acción de cumplimiento proferido con ponencia del mismo consejero Dr. Daniel Suárez Hernández.

Tampoco son aplicables al caso que se estudia, las citas jurisprudenciales contenidas en la sentencia de la H. Corte Constitucional de fecha 10 de diciembre de 1992, siendo Magistrado Ponente el Dr. Simón Rodríguez Rodríguez, toda vez que ella se refiere a las acciones de cumplimiento, regentadas por la Constitución Política de 1991, mientras que la acción de reparación se gobierna por la Carta de 1886 vigente cuando se formuló la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 130 del C.C.A., de conformidad con el texto del artículo 21 del Decreto-Ley 2304 que lo subrogó, dice en relación con el recurso extraordinario de súplica:

> **"Recursos Extraordinarios y Asuntos Remitidos por las secciones"**- Habrá recursos de súplica, ante la Sala Plena de lo contenciosos Administrativo, excluidos los consejeros de la Sala que profirió la decisión, contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las secciones, cuando, sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.
>
> "En el escrito en que se interponga el recurso se indicará, en forma precisa, la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o de la sentencia..."

De acuerdo con la norma pretranscrita y con la interpretación jurisprudencial que la Sala Plena de la corporación le ha dado, para la prosperidad del recurso extraordinario de súplica, es necesario que se cite como jurisprudencia contrariada, la de la Corporación, es decir, la emitida bien por las antiguas salas de negocios generales y contencioso administrativa, o bien por la actual Sala Plena de lo contencioso administrativo.

La consagración y finalidad del recurso, así como su carácter extraordinario, imponen a quien lo interpone ciertas cargas necesarias para la decisión de la sala y

entre ellas, encontramos la del señalamiento de la jurisprudencia que se considera contrariada y su cotejo con el auto o sentencia materia del recurso, de modo que se puede apreciar con claridad en que consiste la modificación jurisprudencial.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el recurso extraordinario de súplica tiene como finalidad evitar que la Secciones varíen la jurisprudencia vigente de la Sala Plena de la Corporación sin su consentimiento, lo que supone la prosperidad del recurso cuando con el auto o sentencia recurrida se adopta una doctrina nueva y contraria a la vigente de la Sala Plena.

En el presente caso, el recurrente en el escrito mediante el cual interpone el recurso no señala jurisprudencia de la Sala Plena que pudiera ser contrariada por la providencia que suplica.

Así las cosas y teniendo en cuenta la circunstancia anterior, el recurso interpuesto no tiene vocación de prosperidad.

En virtud de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

RESUELVE:

NO PROSPERA el recurso extraordinario de la súplica interpuesto contra el auto de diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993) preferido por la Sección Tercera de la corporación, mediante el cual confirmó la providencia del tribunal Administrativo de Santander que declaró la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto admisorio de la demanda.

Cópiese, notifíquese y en firme, vuelva el expediente a la sección de origen. Cúmplase. La anterior providencia fue discutida y aprobada Por la sala en reunión celebrada el día.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Técnica. **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION** - Causales. **NULIDAD EN LA SENTENCIA. PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD**

Resulta, en verdad, evidente que el recurrente se ha equivocado en cuanto a la concepción, alcance y finalidad misma del recurso extraordinario de revisión. Pues no resulta congruente, al formular sus cargos contra el fallo, afirmar que éste "es nulo con nulidad sustancial originada en la sentencia", aduciendo al efecto que se han violado diversas normas constitucionales y legales que cita en cada uno de ellos y con fundamento en la causal 6a. del artículo 188 del C.C.A., todo lo cual se aparta de la filosofía del mencionado recurso. El recurso extraordinario de revisión no tiene el fundamento con que lo concibe el recurrente a través de sus censuras. Menos aún lo tiene la causal 6a. que invoca como razón de ser de la procedencia del recurso y a la cual liga todos y cada uno de sus cargos. Es que no tiene el recurso, y, en particular la causal 6a. citada, como finalidad modificar el criterio con que el juzgador interpretó o aplicó la ley, ni subsanar nulidades sustanciales, ni, en general, violaciones a las leyes de la misma naturaleza por la sentencia , lo cual pertenece al marco del recurso de apelación, si el fallo es susceptible de él, y correspondía al restringido del suprimido recurso extraordinario de anulación. La causal 6a. de revisión invocada por el actor, por la cual es procedente el recurso, la cual reza: "cuando existiera nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso contra la cual no procede ningún recurso" como sin dificultad se advierte, no se refiere a violación por la sentencia que desata la litis, de la ley sustancial, como equivocadamente lo pretende hacer entender el actor-recurrente- a través de todos y cada uno de sus cargos, aduciendo al efecto que hubo error de juicio del juzgador respecto de las normas sustanciales que aplicó o dejó de aplicar, aspecto este que, valga reiterarlo, es enteramente ajeno al campo de aplicación de dicha causal que se vincula a vicios que se generan en la sentencia, relacionados con el

sistema de las nulidades procesales. Como quiera que el recurrente estima en el cargo sexto que la sentencia infringió esta última disposición legal, la Sala observa que lo que la jurisprudencia al igual que la doctrina, aceptan dentro del marco de la causal 6a. del artículo 188 del C.C.A., es la carencia total, la falta absoluta de motivación de la sentencia; mas no la menor extensión de esa motivación, cuestión meramente cuantativa y no cualitativa, y extraña por completo al recurso extraordinario de revisión. Precisa anotar que la que se impugna cumple los requisitos legales y que tan motivada está que el recurrente se tomó el trabajo de analizar y criticar a través de seis cargos las consideraciones en que ella se fundamenta. No debe olvidar el actor impugnante que el recurso de revisión tiene carácter extraordinario, por lo que su ejercicio es de alcance restringido, como que sólo procede por especiales circunstancias consagradas taxativamente en la ley, cuyo examen y aplicación obedecen a un estricto y delimitado ámbito interpretativo, para que, mediante severo y restringido criterio se pueda definir la mutabilidad de una sentencia amparada con la garantía del sello de firmeza y verdad material, como ya lo ha reiterado esta corporación en diversos fallos. De allí que no es viable tornarlo en una nueva instancia, como lo pretende el accionante eufemísticamente al plantear a través de sus cargos nuevamente la presunta infracción de normas legales que ya había señalado como infringidas con la celebración de los contratos administrativos demandados, y que fue objeto de debate en el proceso que finalizó con el fallo que impugna mediante el referido recurso.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre (16) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. R-070. Recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de 13 de febrero de 1992, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Actor: Consorcio Minero de Cúcuta Ltda.

Se decide el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 13 de febrero de 1992, proferida por la Sección Tercera de esta corporación, por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

1- ANTECEDENTES

1- EL CONSORCIO MINERO DE CUCUTA LTDA., por medio de apoderada, demandó ante la sección tercera de la corporación, la nulidad de los contra-

tos números 095 y 096, de 10 de Noviembre de 1986, celebrados entre CARBONES DE COLOMBIA S. A -CARBOCOL- e INDUSTRIAS COLOMBIANAS MINERARIAS LTDA -INCOLMINE LTDA- para mediana explotación de carbón en yacimientos ubicados en jurisdicción de los departamentos de Norte de Santander, Santander y Boyacá.

Subsidiariamente solicitó se ordene la reducción del área que se superpone a la licencia 3248, en los citados contratos.

En cualquiera de las dos declaratorias, pidió fijar la indemnización de perjuicios.

Expuso el actor en su libelo inicial que el Consorcio Minero de Cúcuta Ltda. pidió al Ministerio de Minas y Energía una licencia para la exploración de carbón, en jurisdicción del municipio de Cúcuta, que después de la tramitación legal fue admitida mediante Resolución No. 001610 de 28 de septiembre de 1970, y otorgada bajo el número 3248, mediante Resolución No. 001095 de 12 de abril de 1976.

Recibida materialmente la zona de su licencia, el Consorcio inició el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Decreto 1275 de 1970, haciendo inversiones en la exploración y delimitando y amojonando la zona, "todo hasta que sólo falta que el Ministerio de Minas ordene la confección del contrato de concesión."

El 11 de Diciembre de 1973, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 2533 por medio del cual se hizo reserva especial de seis inmensas zonas sobre yacimiento de carbón para realizar investigaciones en ellas y por Resolución No. 001088 de 14 de junio de 1978 se otorgaron a CARBOCOL. S.A., a título de aporte de oficio, tales zonas, y en ella se hizo expresa declaración de respeto por los derechos que dentro de estos territorios tuvieran los beneficiarios de solicitudes anteriores sobre carbón, lo cual era obligatorio conforme el articulo 198 del Estatuto Minero.

Dentro de la zona del aporte número 896, uno de los seis de que habla la Resolución No. 001088 de 1978, que cubre extensas zonas de los Departamentos de Boyacá, Norte de Santander y Santander, quedó totalmente incluída la extensión amparada por la Licencia 3248.

A pesar de la obligación de CARBOCOL de respetar los derechos anteriores al otorgamiento del aporte 896, como quedó ratificado por la Ley 61 de 1979 y su Decreto Reglamentario 1155 de 1980, celebró con INCOLMINE los contratos

095 y 096, cuya nulidad se damanda, para la exploración y explotación de carbón de una superficie que en parte se superpone a la zona de licencia 3248. Estos contratos fueron sometidos a la aprobación del Ministerio de Minas para cumplir un requisito exigido por el Decreto 1155 de 1980.

En virtud de lo anterior, el Consorcio Minero de Cúcuta se vio obligado a demandar los aludidos contratos.

2.- Como normas violadas se señalaron: el literal a) del artículo 1o. de la Ley 61 de 1979; el literal b) del artículo 244 del Decreto 2477 de 1986, y los artículos 1502, 1519, 1521 y 1524 del Código Civil.

3.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario que culminó con la expedición de la sentencia de 13 de febrero de 1992, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, cuya revisión se impetra.

II- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Son, en esencia, los siguientes:

1o. En el *sub lite* es verdad probatoria que la licencia No. 3248 se otorgó primero en el tiempo, esto es, el doce de Abril de 1976, como también es cierto que el aporte que se hizo a Carbocol sólo tuvo lugar el 14 de julio de 1978. Dentro de estas circunstancias se impone concluir que si el área entregada a Carbocol se superponía a la que alinda en la licencia No. 3248, el titular de ésta ha debido defender su derecho por la vía de la oposición como lo preceptuaba el artículo 169 del Decreto Reglamentario No. 1275 de 1970, en su artículo 1o., en concordancia con los artículos 65 y 167 *ibidem*.

2o. Porque el actor dejó pasar la oportunidad de defender sus derechos subjetivos, por la vía de la oposición, consolidándose así el derecho sobre el área en el titular del aporte, el cual ya no puede controvertirse cuestionando los actos que él realice con miras a la exploración, explotación, beneficio y transformación de los minerales que se encuentren en la respectiva zona. En otras palabras, la finalidad de la oposición es la que se respete el derecho del opositor, pero para lograrlo es necesario que se acuda al expediente que la ley tiene establecido para ello, pues no queda al arbitrio de los interesados desentenderse del asunto, para luego, con el correr de los meses y de los años, atacar por la vía de las nulidades los actos que el titular del aporte celebra o realiza para que se logre el objeto del aporte.

Agrégase a todo lo anterior que para casos como el que dio origen al presente conflicto de intereses la ley permite la exclusión oficiosa.

3o. Con la misma filosofía con la cual la Sala ha dicho que no es dable a quien acude a los Tribunales"... Trocar ni calificar *ad libitum* las especies jurídicas, como no es potestativo de quien administra justicia prescindir de los ordenamientos procesales, ni pretender desvirtuar, interpretando aquellos que son lo suficientemente explícitos..." pues "...el fraude a la ley no puede tener ningún pretesto..." (cita sentencia de 23 de julio de 1970, expediente 1446) se reitera que, en la materia que se estudia, tampoco le es permitido a quien pueda formular oposición quedarse pasivo, inactivo, para luego, pasada la oportunidad legal para hacerlo, tratar de recuperar el tiempo perdido de los contratos celebrados con terceros por el titular del aporte.

III. MOTIVOS DE LA REVISION

Luego de advertir el apoderado del recurrente que la sentencia que ahora demanda en revisión fué objeto del recurso extraordinario de súplica que la Sala Plena inadmitiera mediante auto de 17 de junio de 1992, manifiesta que el fallo de Sección Tercera es nulo, con nulidad sustancial originada en la sentencia, conforme la causal 6a. del artículo 188 del C.C.A., con fundamento en las censuras que a continuación se sintetizan:

Primera.- El fallo es nulo con nulidad sustancial originada en la sentencia, porque viola el artículo 169 del Decreto 1275 de 1970 ya que no se le pueden buscar atajos a una ley clara "so protexto de consultar su espíritu", que es lo que hace la sentencia al citar íntegramente el mencionado artículo 169 que dice: "...Cualquier persona podrá formular... oposiciones...", según el artículo 4o. de Código Civil: "El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar."(Las subrayas son del recurrente).

El carácter permisivo del verbo poder, que aparece en la disposición transcrita en el fallo, es lo que el legislador dijo o quiso decir, ya que es el verbo que no por causalidad se repite en todos los estatutos mineros y en el Código de Petróleos.

Cuando el fallo dice que el beneficiario de la Licencia 3248 estaba obligado a oponerse, no hace la interpretación que le asigna el artículo 26 del C.C sino que modifica la norma haciendo obligatoria una disposición facultativa como lo es el citado artículo 169.

Segunda.- El fallo es nulo, con nulidad sustancial originada en la sentencia, por violación del artículo 198 del Decreto 1275 de 1970 porque, desconociéndolo,

construye una falsa teoría sobre las oposiciones, que, para, comprobarlo, basta confrontarlo con el texto de dicho artículo, el cual hace parte del capítulo sobre las oposiciones del mencionado Decreto, que a la letra dice:

> "Sin necesidad de solicitud de parte interesada el Ministerio ordenará de oficio en cualquier tiempo la eliminación de las superposiciones o el archivo de la solicitud o propuesta en los casos en que llegaren a verificarse los hechos a que se refieren los literales a) y b) del artículo 192, si se tiene en los archivos todos los elementos de juicio para ello."

Por no haber aplicado, debiendo aplicarlo, el pretranscrito artículo 198, el fallo lo violó con la consecuencia ineludible de crear una nulidad sustantiva sobre la sentencia ya que de acuerdo con el artículo 176 todas las normas sobre trámite de las licencias se aplican a los aportes.

Tercera.- La sentencia es nula, con nulidad sustancial originada en la misma, por violación de los artículos 86 del Decreto 1275 de 1970 y 5o. del Decreto 2727 de 1979, en relación con el artículo 174 de aquel estatuto, ya que las primeras normas nombradas establecen las causales de cancelación, y esta última las hace aplicables a los aportes. La creada por la sentencia, consistente en no haber presentado el titular de la licencia oposición al aporte 896 no está contemplada en las previstas en aquellas disposiciones, lo que constituye la infracción legal.

Cuarta.- La sentencia es nula, con nulidad sustancial originada en la misma, por violar el artículo 14 de Decreto 2181 de 1972, que sustituyó el artículo 85 del Decreto 1275 de 1970 pues dicha norma dispone que el Ministerio de Minas podrá "imponer administrativamente hasta dos multas sucesivas... en cada vez y para cada caso por el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones..."y, sin embargo, la sentencia impone al titular de la Licencia 3248 la sanción de pérdida de su derecho por no haberse opuesto el aporte 896, la cual no está autorizado por el estatuto vigente, configurándose así un exceso que impide que pueda decirse que el fallo ha sido dictado "por autoridad de la ley"

Quinta.- El fallo es nulo, con nulidad sustancial originada en el mismo, porque viola los artículos 29 y 30 del Decreto 1275 de 1970, pues si bien por el primero se determina que las minas de propiedad nacional pueden explorarse y explotarse por el sistema del aporte, de la concesión o del permiso, por el segundo se señala cuáles minas quedan sometidas al sistema de aporte, por medio de varios literales, ninguno de los cuales incluye el carbón ni define claramente que pudieran ser objeto de aportes las zonas reservadas por medio del Decreto 2533 de 1973, y que de serlo solo podía hacerse a través de una Resolución del Gobierno, la cual no existió.

Además, los " aportes de oficio" se otorgaron a CARBOCOL por resoluciones Ministeriales con violación del estatuto - Decreto del Presidente de la República- que exigía una solicitud del interesado con la cual se iniciaba un procedimiento que debía concluir con el otorgamiento del aporte.

De otra parte, dónde está la aceptación de las obligaciones que el aporte impone al titular en el presente caso del aporte 896?.

Sexta.- La sentencia es nula, de nulidad sustantiva originada en ella, por desconocimiento del artículo 170 de C.C.A. que se refiere a un contenido. Un simple cotejo de esta extensa providencia, cuyo mayor volumen va dentro de comillas por tratarse de la copia de las partes y a dichas en el expediente, con el citado artículo, permite sin dificultad acusar un déficit a cargo del fallador, lo cual es tanto como dar por comprobada la afirmación de que en el presente proceso no se cumplió con la mencionada norma legal.

Sucede que el hecho exceptivo que decidió la litis, no se dice en el fallo si es un descubrimiento del sentenciador o una excepción propuesta por los demandados y acogida en el fallo por hallarse probada, aparte que su declaratoria del mérito debe quedar incluida en la parte resolutiva del fallo, lo que no aparece así.

Séptima.- La sentencia es violatoria del artículo 30 de la Carta Política de 1886, reproducido en el 58 de la actual, en lo atinente a los derechos adquiridos, por sostener que la licencia 3248 se evaporó al expirar el término de las oposiciones, sin tener en cuenta que tal derecho no expiraba sino por los hechos que señala el estatuto.

IV.- CONTESTACION DE LA DEMANDA DE REVISION

Dieron respuestas a esta demanda, los demandantes en el proceso 5487 que culminó con la sentencia ahora recurrida.

IV. 1 CARBOCOL S.A. Lo hizo proponiendo las siguientes excepciones:

1 - Falta de legitimación en la causa. La hace consistir básicamente en que en el citado proceso obran los documentos que acreditan que la licencia 3248 no estaba vigente, por lo cual la sentencia en él proferida se ajustó a derecho.

2 - Inepta demanda. La fundamenta en que la demanda de nulidad, como esta de revisión, debieron acusar no sólo los contratos referidos sino también los actos aprobatorios de los mismos -resoluciones ministeriales-, y citar a la nación-

Ministerio de Minas y Energía -para integrar en debida forma la litis, conforme a las normas de procedimiento.

IV 2. INCOLMINE LTDA. Sostiene que al sustentarse el recurso en la violación de la Constitución y de las leyes sustanciales, se está ejerciendo no el recurso extraordinario de revisión sino el abolido de anulación, el cual se fundamentaba precisamente en esos motivos: "violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva".

Ninguna de las causales se revisión previstas taxativamente en los artículos 380 del C. de P. C y 188 del C.C.A tiene como fundamento la violación de la ley sustancial ni se refiere a su errónea interpretación. En particular, los numerales 8o. de aquel artículo y 6o. de éste no se refieren a nulidades sustanciales sino a las procesales. Ningunas de las causales están referidas a la actividad del juzgador en su función de interpretar y aplicar la ley sustancial, sino a hechos y circunstancias externas a esa relación directa entre la mente del juzgador y la norma que aplica al caso debatido.

Este criterio, dice, tiene amplio y claro respaldo en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, al igual que en la doctrina como foránea (la cual cita), para concluir solicitando que se declare infundado el recurso.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

VI. Las excepciones propuestas

Procede en primer lugar, señalar que las excepciones propuestas por la demandada CARBOCOL S.A. no son atendibles en este trámite, dado los términos en que están concebidas, y como quiera que los motivos de defensa que se pueden deducir en estos procesos deben circunscribirse a contrarrestar o enervar la pretendida prosperidad del recurso extraordinario de revisión dentro del marco de la causal que se enfoque para tal efecto.

Las excepciones aquí propuestas bien pudieron haber sido aducidas dentro del proceso que terminó con el fallo que ahora se impugna por la vía de la revisión , mas no en esta oportunidad porque devienen absolutamente improcedentes.

V2. Los cargos contra la sentencia

Resulta, en verdad, evidente que el recurrente se ha equivocado en cuanto a la concepción, alcance y finalidad misma del recurso extraordinario de revisión. Pues

no resulta congruente, al formular sus cargos contra el fallo, afirmar que éste "es nulo con nulidad sustancial originada en la sentencia," aduciendo al efecto que se han violado diversas normas constitucionales y legales que cita en cada uno de ellos y con fundamento en la causal 6a. del artículo 188 del C.C.A., todo lo cual se aparta de la filosofía del mencionado recurso.

El recurso extraordinario de revisión no tiene el fundamento con que lo concibe el recurrente a través de sus censuras. Menos aún lo tiene la causal 6a. que invoca como razón de ser de la procedencia del recurso y a la cual liga todos y cada uno de sus cargos.

La esencia de todos estos, con excepción del sexto, al cual se hará particular referencia al final, consiste en que el juzgador en su labor de interpretación violó diversas disposiciones constitucionales y legales al crear en la sentencia una causal de cancelación de la licencia de exploración y explotación de carbón, la No. 3248 en el presente caso, no contemplada en aquellas disposiciones, consistente en no presentar el titular de aquella, o esa, en el evento *sub lite*, el CONSORCIO MINE-RO DE CUCUTA LTDA., oposición al aporte 896 a favor de CARBOCOL S.A.

Es que no tiene el recurso, y en particular la causal 6a. citada como, finalidad modificar el criterio con que el juzgador interpretó y aplicó la ley, ni subsanar nulidades sustanciales, ni, en general, violaciones a las leyes de la misma naturaleza por la sentencia, lo cual pertenece al marco del recurso de apelación, si el fallo es susceptible de él, y correspondía al restringido del suprimido recurso extraordinario de anulación, como atinadamente lo concibe e interpreta el apoderado de la demandada INCOLMINE LTDA.

La causal 6a. de revisión invocada por el actor, por la cual es procedente el recurso, la cual reza:" cuando existiera nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso contra la cual no procede ningún recurso" como sin dificultad se advierte, no se refiere a violación por la sentencia que desata la litis de la ley sustancial, como equivocadamente lo pretende hacer entender el actor -recurrente- a través de todos y cada uno de sus cargos, educiendo al efecto que hubo error de juicio del juzgador respecto de las normas sustanciales que aplicó o dejó de aplicar, aspecto este que, valga reiterarlo, es enteramente ajeno al campo de aplicación de dicha causal que se vincula a vicios que se generan en la sentencia, relacionados con el sistema de las nulidades procesales.

Las aludidas censuras no encuadran, pues, propiamente, en lo que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación ha entendido como sustrato que puede tipificar la causal 6a. de revisión, que se precisa en la juris-

prudencia consignada en sentencia de 6 de julio de 1988, expediente R-011, actor: Leonidas Pinzón Acosta, Consejero Ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta, la cual dice al respecto lo siguiente:

> "Agrégase a lo anterior que el apoyo fáctico y conceptual que el impugnante le ha dado a la causal citada no es de recibo, está muy lejos de encuadrar dentro de las verdaderas circunstancias que permiten hablar de "NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA". En esta materia los procesalistas están de acuerdo en enseñar que ésta se genera cuando ella se dicta en un proceso terminado anormalmente por desistimiento, transacción o perención, o cuando el proveído se profiere estando legalmente suspendido el proceso. Igualmente, cuando la sentencia aparece firmada con mayor o menor número de Magistrados, o adoptada con un número de votos diverso al previsto en la ley. Igualmente, la que provea sobre aspectos que no corresponden ora por falta de competencia, ora por falta de jurisdicción. Podría darse también la causal cuando la providencia carece completamente de motivación, pues el artículo 163 de la Constitución Nacional ordena que "Toda sentencia deberá ser motivada".

Principio este que si bien no fue reproducido en la Constitución de 1991, sí encuentra consagración legal. En efecto, lo tipifica el C. de P. C. en su artículo 303 y el C.C.A. en su artículo 170.

A este propósito, y como quiera que el recurrente estima en el cargo sexto que la sentencia infringió esta última disposición legal, la Sala observa que lo que la jurisprudencia, al igual que la doctrina, aceptan dentro del marco de la causal 6a. del artículo 188 del C.C.A. es la carencia total, la falta absoluta de motivación de la sentencia; mas no la menor extensión de esa motivación, cuestión meramente cuantitativa y no cualitativa, y extraña por completo al recurso extraordinario de revisión.

Precisa anotar que la que se impugna cumple los requisitos legales y que tan motivada está que el recurrente se tomó el trabajo de analizar y criticar a través de seis cargos las consideraciones en que ella se fundamenta.

No debe olvidar el actor impugnante que el recurso de revisión tiene carácter extraordinario, por lo que su ejercicio es de alcance restringido, como que sólo procede por especiales circunstancias consagradas taxativamente en la ley, cuyo examen y aplicación obedecen a un estricto y delimitado ámbito interpretativo, para que, mediante severo y restringido criterio se pueda definir la mutabilidad de una sentencia amparada con la garantía del sello de firmeza y verdad material,

como ya lo ha reiterado esta corporación en diversos fallos. De allí que no es viable tornarlo en una nueva instancia, como lo pretende el accionante eufemísticamente al plantear a través de sus cargos nuevamente la presunta infracción de normas legales que ya habían señalado como infringidas con la celebración de los contratos administrativos demandados, y que fue objeto de debate en el proceso que finalizó con el fallo que impugna mediante el referido recurso.

De todo lo anterior se desprende que la causal 6a. de revisión contemplada en el artículo 188 del C.C.A., no se configura en este proceso, y, consecuencialmente, no prosperan las censuras endilgadas a la sentencia recurrida.

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

FALLA:

NO PROSPERA el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 13 de Febrero de 1992, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, vuelva al expediente a la Sección Tercera.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 14 de febrero de 1995.-

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

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reitera la sentencia de 6 de julio de 1988. Expediente R-011. Ponente : Doctor JULIO CESAR URIBE ACOSTA, Actor: LEONIDAS PINZON ACOSTA.

ACCION EJECUTIVA - Prescripción. **ACCION DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO** - Prescripción

No es el caso de la acción ejecutiva simple del artículo 2536 del C.C., ni el de la que se deriva del contrato de seguro (artículo 1081) del Código de Comercio), sino de la ejecución de un acto administrativo por medio del cual se impone, de modo solidario, una sanción por el incumplimiento de los deberes legales, al obligado principal y su garante.

ACTO ADMINISTRATIVO - Ejecutoria. **DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA**

Este acto administrativo, como todos los de su género es suficiente, por sí mismo, "para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento" (art. 64 C.C.A.) y presta mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva (artículo 68, ordinales 1°. y 5°.); siendo ello así, resulta claro que no es la llamada prescripción de la acción ejecutiva en el C.C., o de las acciones derivadas del contrato de seguro en el Código de Comercio, la figura aplicable al caso, sino la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos por la causal 3a. del artículo 66 del código en cita, vale decir, "cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le corresponden para ejecutarlos."

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidos de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia: Expediente No. R-048. Actor: Aseguradora Colseguros S.A.

Reconstruido el expediente, procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de anulación formulado por la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. en contra de la sentencia pronunciada por la Sección Cuarta de esta Corporación, el 30 de marzo de 1984, por virtud de la cual se declararon no probadas las excepciones propuestas dentro del proceso ejecutivo adelantado por la Nación en contra de la recurrente.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Las excepciones propuestas y que la providencia recurrida declaró no probadas fueron las de falta de competencia para conocer del proceso, prescripción, y "falta de mérito ejecutivo de las resoluciones presentadas para exigir el cobro por la vía coactiva".

La decisión se apoyó en consideraciones de este orden:

"El numeral 3o. del artículo 562 del Código de Providencia Cívil dispuso:

"ARTICULO 562.- Prestan mérito ejecutivo en las ejecuciones por jurisdicción coactiva... las **resoluciones ejecutoriadas de funcionarios administrativos,** o de policía, que impongan multas a favor de las entidades de derecho público, si no se ha establecido otra forma de recaudo. (Subraya la Sala).

"Al analizar el texto de las Resoluciones Nos. 01594 de mayo 27 de 1980, 02097 de julio 4 de 1980 de la División Legal de la Dirección General de Aduanas, se comprueba que están dictadas por autoridad administrativa competente con facultades de imponer multas o sanciones a quienes incumplan las disposiciones legales sobre nacionalización o reexportación de mercancías o de artículos introducidos al país transitoriamente y que la suma que se ordena pagar corresponde a una sanción que se impone a quien incumplió y solidariamente a quien se comprometió a garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el importador de la mercancía y consistente en el cumplimiento de la Ley 1a. de 1969 Plan Vallejo para importación de láminas y materia prima.

"La naturaleza del acto administrativo es sancionado y está dictada por autoridad competente con facultad de aplicar dicha sanción, cuya cuantía se encuentra establecida en las pólizas de Seguros de cumplimiento a favor de las entidades oficiales, Aduana de Buenaventura No. 185661-0, 165650-3, 165652-7 del 27 de julio de 1977 y 185656-3 del 22 de agosto de 1977 expedidas por el garante Aseguradora Colseguros con obligaciones claras, expre-

sadas y exigibles; luego desde el punto de vista formal el título que ha servido de fundamento a la acción ejecutiva, presta mérito ejecutivo.

"Competencia:

"El crédito que se cobra a favor de la Aduana de Buenaventura corresponde a ingresos fiscales nacionales no recaudados, luego goza de jurisdicción y competencia el Juez Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales.

"Prescripción:

"En la etapa de jurisdicción el término de la prescripción de los créditos del Estado se rige por lo dispuesto en el artículo 2536 del Código de Procedimiento Civil:

"En el caso discutido se solicita la prescripción de la acción ejecutiva sobre créditos exigidos en las resoluciones 01554 del 27 de mayo de 1980 y 02037 de julio 4 de 1980, dictadas por la División Legal de la Dirección General de Aduanas debidamente notificadas.

"Del informe anterior se desprende que la última resolución No. 02097 del 4 de julio de 1980, fue notificada por medio de edicto desfijado el 6 de agosto de 1980, haciéndose exigible, cinco (5) días después, por lo que para el día de notificación del mandamiento de pago, 14 de febrero de 1983, no habían transcurrido los diez (10) años contemplados por el artículo 2596 del Código Civil, lo cual significa que no está probada la excepción de prescripción propuesta.

"La excepción de prescripción contemplada por le artículo 1081 del Código de Comercio, debió proponerla el ejecutado con el recurso de reposición en la vía gubernativa." (Fls. 7 a 9).

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

La recurrente reprocha a la sentencia, a través de un cargo único, como violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 1081 del Código de Comercio y 5 de la Ley 57 de 1887; por aplicación indebida del artículo 2356 del C.C.; y por interpretación errónea del artículo 15 del Decreto 2733 de 1959.

A su juicio, en cuanto atañe a la prescripción "... en tratándose de las acciones derivadas del contrato de seguro o las disposiciones que lo rigen, la norma aplicable es la contenida en el artículo 1081 del Código de Comercio, según la cual, la prescripción ordinaria será de dos (2) años y empezará a correr desde el

momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, término este que no puede ser modificado por las partes.

"No queda la menor duda que la acción iniciada contra la Aseguradora Colseguros S.A., tiene su origen en los contratos de seguros contenidos en las pólizas tantas veces mencionadas y que fueron allegadas junto con la Resolución para confirmar el llamado por la Jurisdicción Coactiva. Título Ejecutivo y consecuentemente la norma aplicable para resolver la excepción de prescripción es el artículo 1081 del Código de Comercio y no, repito, el artículo 2536 del Código Civil.

"Pero es más, la Sección 4a., en su afán de rechazar la excepción de prescripción dijo que la contemplada por el artículo 1081 del Código de Comercio, debió proponerla el ejecutado con el Recurso de Reposición en la Vía Gubernativa, dando a entender en forma por demás errada, que hay dos clases de prescripciones aplicables al cobro de seguros como los otorgados a favor de la Aduana de Buenaventura, una la contemplada como excepción dentro del Proceso Jurisdiccional, y la otra la contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio que debe proponerse al agotar la vía gubernativa.

"Tal argumentación es notablemente errada ya que no puede aplicarse a una misma acción diferentes normas de prescripción, una de carácter general como es la del artículo el Código de Comercio, con notorio olvido de lo indicado en el artículo 5o. de la Ley 7 de 1887, de acuerdo con la cual, la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general." (Fls. 10 vto. a 11 vto.).

Durante el trámite del recurso, la entidad demandada guardó silencio; el recurrente presentó el escrito visible a fls. 14 y 15 del expediente, en el cual insistió en los argumentos que le sirvieron de fundamento a la sustentación de recurso.

LA SALA CONSIDERA

Los preceptos legales que el recurrente estima violados prescriben lo siguiente:

Artículo 1081 del Código de Comercio:

"La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

"La prescrición ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

"La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

"Estos términos no pueden ser modificados por las partes."

Artículo 2536 del Código Civil:

"La acción ejecutiva se prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte.

"La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años, y convertida en ordinaria durará solamente otros diez."

Artículo 5º de la Ley 57 de 1887: "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, prefiera aquélla".

"Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

"1a. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

2a. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos, preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: civil, de comercio, penal, judicial, administrativo, fiscal, de elecciones, militar, de policía, de fomento, de minas, de beneficencia y de instrucción pública".

Artículo 15, Decreto No. 2733 de 1959: "El recurso de reposición no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas".

A juicio de la Sala, para el evento *sub-lite* no es aplicable la norma del artículo 1081 del Código de Comercio, como lo sostiene el recurrente, y tampoco lo es la del artículo 2536 del C.C., tesis de la sentencia, según se explica enseguida; pese a lo anterior, el recurso extraordinario de anulación no está llamado a prosperar, pues el quebranto legal carece de incidencia en la parte resoluta del fallo, circunstancia que impide su anulación (artículo 199, numeral 3).

El Código del Comercio, en el artículo 1081, regula lo atinente a la **prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro;** el Código Civil, en el artículo 2536 señala los términos de prescripción ordinaria de la acción ejecutiva; planteadas comparativamente estas dos disposiciones, la razón estaría del lado del

recurrente, pues no hay duda de que la primera constituye una regla especial que, por lo mismo, se ha de preferir frente a la general en la primera.

En el evento *sub-lite,* sin embargo, se trata, según se describe en la parte considerativa del fallo impugnado, de la expedición de las resoluciones Nos. 01594 y 02097 del 27 de mayo y del 4 de julio de 1980 por virtud de las cuales la División General de Aduanas sanciona el incumplimiento de las disposiciones legales sobre nacionalización o reexportación de mercancías o de artículos introducidos al país transitoriamente; en otros términos, en razón de dicho incumplimiento, en ejercicio de competencias legales de naturaleza policiva, la autoridad administrativa impone una sanción pecunaria a la persona incumplida y, **solidariamente,** al garante de la obligación que ahora figura como recurrente.

Por lo tanto, no es el caso de la acción ejecutiva simple del artículo 2536 del C.C., ni el de la que se deriva del contrato de seguro (artículo 1081 del Código de Comercio), sino de la ejecución de un acto administrativo por medio del cual se impone, de modo solidario, una sanción por el incumplimiento de los deberes legales, al obligado principal y a su garante.

Este acto administrativo, como todos los de su género, es suficiente, por sí mismo, "para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento" (art. 64 del C.C.A.) y presta mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva (artículo 68, ordinales 1o. y 5o.); siendo ello así, resulta claro que no es la llamada prescripción de la acción ejecutiva en el C.C., o de las acciones derivadas del contrato de seguro en el Código de Comercio, la figura aplicable al caso, sino la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos por la causal 3a. del artículo 66 del código en cita, vale decir, "cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le corresponden para ejecutarlos".

Según lo descrito, y atendiéndose a cuanto se afirma en el fallo recurrido pues no obra ninguna otra prueba sobre este particular en el expediente, la Sala observa que la resolución No. 02097 del 4 de julio de 1980, fue notificada por edicto cuya desfijación ocurrió el 6 de agosto de 1980, debiendo correr 5 días más para su firmeza; como la notificación del mandamiento de pago ocurrió el 14 de febrero de 1983, no hay duda de que tal medida se adoptó dentro del plazo legal para ello.

De este modo, y pese a que las normas que fundamentan esta decisión son distintas de las invocadas en el fallo recurrido, la decisión permanece inmodificable, razón por la cual el recurso extraordinario no prospera.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Sociedad ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., contra la sentencia proferida el 30 de marzo de 1984 por la Sección Cuarta de esta Corporación:

Cópiese y notifíquese. Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, distutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha mil novecientos noventa y cuatro (1994).-

Diego Younes Moreno, Presidente, *Jaime Arella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Chahín Lizcano,* No participa, *Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro,* No participa, *Delio Gómez Leyva, Miguel González Rodríguez,* Ausente con excusa, *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora,* No participa, *Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez,* No participa, *Yesid Rojas Serrano, Consuelo H. Sarria Olcos,* Ausente con excusa, *Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño.*

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA Técnica. **JURISPRUDENCIA DE SECCION-** Improcedencia. **SITUACION DE HECHO SIMILAR**

La jurisprudencia de la Sala Plena ha señalado que, para que sea procedente el recurso extraordinario de súplica, la sentencia de la sección que se impugna debe acoger una doctrina a la que sobre el mismo punto sea la jurisprudencia vigente de la Sala Plena. El recurrente debe indicar en el recurso, cuál es la jurisprudencia vigente en la materia objeto del recurso que considera que se ha violado con la sentencia que se impugna. Explicar el concepto de la infracción implica demostrar que la sentencia de la sección se fundamenta en un argumento que es contrario al desarrollo por la Sala Plena en la jurisprudencia vigente sobre el mismo punto proferida en situaciones de hecho similar. En este caso el recurrente se limitó a transcribir apartes de sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, indicando que dicha sección había tenido diferentes posiciones jurisprudenciales sobre la materia. No sólo no aparece demostrado aquí que la sentencia impugnada contradiga jurisprudencia vigente de la Sala Plena, sino que en el recurso ni siquiera se indica cuál es la jurisprudencia (de la Sección o de la Sala Plena) que se considera violada con la sentencia objeto del recurso.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santa Fe de Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia Expediente No. S-344. Actor: Compañía Colombiana Automotriz S.A.

Procede la Sala Plena a decidir el recurso de súplica interpuesto contra la sentencia proferida el 17 de septiembre de 1993 por la Sección Cuarta del Consejo

de Estado y concedido por esa misma Sección mediante auto del 15 de Octubre del mismo año (F.285).

ANTECEDENTES:

1.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia proferida el 26 de noviembre de 1993, dispuso:

" Respecto del negocio número 6756, ANULASE LA OPERACION ADMINISTRATIVA integrada por las resoluciones Números 001858 del 4 de Mayo y la 04799 del 14 de Octubre ambas de 1988 proferidas por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público por medio de la cual se negó la solicitud de reducción de la renta presuntiva por el año gravable de 1985 propuesta por la Sociedad COMPAÑIA COLOMBIANA AUTOMOTRIZ S.A. , con NIT 60.038.515.

2.- Respecto del proceso Número 7252, ANULASE LA OPERACION ADMINISTRATIVA integrada la liquidación de Revisión No. 0087 del 5 de Abril de 1989 proferida por la administración de Impuestos Nacionales de Bogotá y por la Resolución No. A- 000017-P del 26 de Abril de 1989, expedida por la División de Recursos Tributarios de la misma Administración de Impuestos Nacionales, operación por medio de la cual se determinó el impuesto de renta y complementarios a cargo de la Sociedad COMPANIA COLOMBIANA AUTOMOTRIZ S.A., con NIT. 60.038.516.

3. En consecuencia y de conformidad con la liquidación incluida en la parte motiva de esta fallo fijanse como total a cargo de dicha sociedad la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS SESENTA MIL CUATROCIENTOS NUEVE PESOS M/CTE. (52.760.409 Mcte.).

4.- Como dicha sociedad ha cancelado la suma de CIENTO CUARENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA MIL CIENTO SESENTA Y SIETE PESOS M/CTE ($ 148'960.177,00), Según liquidación oficial con reconocimiento de retenciones en la fuente, fallo 33 del cuaderno principal proceso 7552, la Administración devolverá al contribuyente el saldo que resulta a favor de NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS MCT.($ 96.199.768, M/CTE.)"

2.- Los hechos materia del proceso fueron resumidos de la siguiente manera en la sentencia de primera instancia:

" La parte actora presentó oportunamente la declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1985, radicada bajo el número 005388.

" La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, con fundamento en una inspección general, a los libros de contabilidad practicó requerimiento especial número 00054 del 24 de septiembre de 1987, y posteriormente liquidación de revisión número 00087 del 5 de abril de 1988. La liquidación adicionó ingresos netos base para determinar la renta presuntiva, por cuanto la actora había incumplido con el requisito de que trata el artículo 50 de la Ley 55 de 1985.

" Con fecha Diciembre 16 de 1987 la sociedad demandante solicito al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público la reducción de la renta presuntiva por el año gravable de 1985, y por cuanto alguno (sic) de los vehículos vendidos por la actora estaban sometidos a control de precios, mediante resoluciones del Ministerio de Desarrollo."

" El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público mediante resolución No. 01858 de mayo 4 de 1988 negó la solicitud de reducción de la renta presuntiva, por cuanto consideró que la solicitud era extemporánea, ya que para es fecha ya se había expedido el correspondiente requerimiento especial.

" La actora interpuso los recursos de ley, pero no obstante el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público mediante resolución número 04799 desató el recurso de reposición en forma adversa a las pretensiones del actor."

3.- El motivo por el cual en la sentencia de primera instancia se accede a las súplicas de la demanda, es el siguiente;

"... La ley dispone que para gozar del beneficio de reducción de la renta presuntiva debe existir una decisión del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, pero no señala tiempo ni plazo alguno, y no puede por tanto, como lo expresa la actora exigir requisitos que no han sido previstos en la ley, tales como la presentación de la solicitud de reducción de la renta presuntiva dentro de un término que no está fijado por el legislador. En consecuencia en opinión de la Sala negar una solicitud por un aspecto formal, de extemporaneidad, cuando no existe plazo para pedirla, es causal de nulidad por falsa motivación, y por ello para la Sala las pretensiones del actor están llamadas a prosperar ..." (Fl. 181).

4. - En la sentencia de segunda instancia del 17 de septiembre de 1993, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, resolvió revocar la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de Marzo de 1993, disponiendo denegar las súplicas de la demanda que dio origen al proceso.

De los fundamentos de dicha decisión, se destacan los siguientes apartes:

" Surge así como conclusión que para proceder a la reducción de la renta presuntiva era necesario, no solo formular una solicitud con el objeto de obtener el beneficio tributario sino que era imprescindible que el funcionario competente, esto es el Ministro de Hacienda y Crédito Público la determinara.

En ausencia de dicho pronunciamiento, no podía el contribuyente *motu proprio* reducir su renta presunta con los ingresos provenientes del ejercicio de actividades sujetas al control de precios, toda vez que no era de su arbitrio desconocer el imperativo legal para autoliquidarse una renta presunta inferior por la mera circunstancia de haber existido medidas administrativas, sobre control de precios para parte de la actividad desarrollada, pues el control en el precio de un producto no indica necesariamente que la rentabilidad se reduzca a un porcentaje inferior al presunto que establece la ley. Era necesario entonces, demostrar que por efectos del control exclusivamente, y no por otras circunstancias ajenas al mismo, la rentabilidad de la empresa fué inferior a dicho límite. Conclusión a la que debe llegar el funcionario competente luego de analizar los estados financieros, la actividad de los ingresos y gastos y pruebas del contribuyente para autorizar, mediante resolución especial que la justifique, la reducción de la renta presunta.

Pero en el *sub-lite* el funcionario competente, el Ministro de Hacienda, no pudo llegar a tal convicción puesto que si bien es cierto que la actividad del contribuyente parcialmente estaba afectada por disposiciones legales o administrativas relativas al control de precios y que éste presentó fotocopias de las resoluciones 239 y 605 de 1984; 004, 047,220,494,505,678,727,916,940,y 1046 de 1985 del Ministerio de Desarrollo Económico que demuestre la existencia de tal control, no presentó ningún estudio económico que permitiera establecer la incidencia del control en la obtención de una renta inferior a la establecida por la ley.

Ni tampoco puede deducirse en esta oportunidad, porque no presentó el contribuyente los estudios económicos requeridos, pues ni en acápite de prueba (fl. 19 a 21 expediente 6756 y fls 21 a 22 expediente 7252) las menciona y ciertamente la certificación contable aportada no permite suplirlas , toda vez que ésta se limita a dar fé sobre los registros de las operaciones económicas en la contabilidad y si bien permite demostrar la situación económica de la empresa no permite determinar la incidencia del control en tales resultados y en manera alguna suplen los estudios económicos que exige la ley que sí permitirían inferir que el control de precios significó una pérdida operacional o una renta inferior a la presunta y que en ella no tuvieron influencias aspec-

tos financieros, administrativos o de otra naturaleza que redujeron su rentabilidad.

De otra parte, las resoluciones del Ministerio de Desarrollo que establecen los precios máximos para algunos vehículos automotores toman en consideración los costos de producción, los gastos generales como un margen de utilidad para el contribuyente, sin que pueda pensarse que el Estado Colombiano obliga a producir a pérdida.

Por último, contrariamente a lo expuesto por la actora, corresponde a quien alega un beneficio tributario demostrar las circunstancias que lo hacen acreedor al mismo, más aún cuando en casos como *el sub-lite* se pretende desvirtuar una presunción establecida por la ley a favor de la administración."

4.- En el recurso de súplica interpuesto por el recurrente estima que la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en lo que tiene que ver con la interpretación del artículo 50 de la Ley 50 de 1985, ha sido variable a partir del año de 1991, y con el objeto de demostrar dicha afirmación transcribe parcialmente las sentencias en las que la sección se ha pronunciado sobre el tema.

Indica que la motivación de la sentencia impugnada " es falsa y además incoherente con lo que la propia sección Cuarta, previamente y en reiteradas oportunidades había dicho en torno al alcance y significado del la resolución del señor Ministro de Hacienda."

Por dicha razón, pide que la Sala Plena infirme la sentencia de segunda instancia, confirme la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y además, " uniformando la Jurisprudencia frente al presente caso u (sic) a los venideros, se acepta que NO es el pronunciamiento del señor Ministro de Hacienda, el cual debe expedir en los precios términos y con los limitados alcances del artículo 50 de la Ley 55 de 1985, la única prueba del hecho a partir del cual la presunción de renta puede esta ser desvirtuada y no obstante pronunciamiento expreso en contrario, precisamente por no ser ésta la única prueba hacía tal dirección."

Expresa finalmente que, " Si una sección dada, además y acaso para preservar su ilimitada libertad y también autonomía e independencia doctrinaria se abstiene simplemente de remitir a la Sala Plena cualquier asunto sobre el cual ejerce control absoluto, dando así cumplimiento a la previsión del último inciso del artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, el Recurso Extraordinario de súplica se hace sencillamente NUGATORIO."

CONSIDERACIONES:

A.- El recurso extraordinario de súplica se encuentra regulado en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, que textualmente y en lo pertinente dispone:

> "Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, excluidos los consejeros de la sala que profirió la decisión, contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las secciones cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación.
>
> "En el escrito que se interponga el recurso se indicará en forma precisa, la providencia en donde conste la jurisprudencia que se repute contrariada..."

La jurisprudencia de la sala plena ha señalado con base en la disposición transcrita que, sea procedente el recurso extraordinario de súplica, la sentencia de la sección que se impugna debe a coger una doctrina contraria a la que sobre el mismo punto sea la jurisprudencia vigente de la Sala Plena.

En sentencia del 4 de Junio de 1991, con ponencia del consejero Dr. Alvaro Lecompte Luna, Exp. No S-161, actor Magdalena Oil Company, la sala plena señaló:

> "Como se deduce del simple texto del artículo 130 del C.C.A., de acuerdo con su nueva versión y en lo atinente al recurso cuya filosofía ahora se analiza, no cabe hesitación alguna acerca de la jurisprudencia contrariada por la doctrina acogida por una de las secciones sea la "de la corporación", es decir la de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. No es porque los pronunciamientos o interpretaciones o teorías aprobadas por una de las secciones no sea jurisprudencia - porque conforme al Diccionario de la lengua Española (vigésima edición - 1984) , jurisprudencia es el "conjunto de las sentencias de los tribunales y doctrina que contienen" - sino porque la disposición se refiere a la circunscrita a los pronunciamientos de la corporación y aquí " Corporación" tiene la acepción específica de la "Sala Plena de lo Contencioso Administrativo". Obsérvese cómo la norma que se analiza dice que ese recurso, el de súplica, ha de tener prosperidad "contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las secciones, cuando, sin aprobación de la sala plena se acoja una doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación."

2.- Fuera de lo anterior, y de acuerdo con lo dispuesto en la norma transcrita, el recurrente debe indicar en el recurso, cuál es la jurisprudencia vigente en la

materia objeto del recurso que considera que se ha violado con la sentencia que se impugna.

Explica el concepto de la infracción implica demostrar que la sentencia de la sección se fundamenta en un argumento que es contrario al desarrollo por la sala plena en la jurisprudencia vigente sobre el mismo punto proferida en situaciones de hecho similares, pues como lo ha dicho la sala plena, "es apenas lógico para la sala que ante situaciones de hecho completamente diferentes las decisiones jurídicas que en uno y otro se profieran no admiten la posibilidad de contradicción."(sentencia de Julio 86 de 1991. Exp. S-131. Actor. Seguridad Nutibara. Ponente :Dra. Consuelo Sarria Olcos)

3.- En el *sub-júdice*, el recurso de súplica interpuesto no cumple con ninguno de los requisitos que se acaban de exponer.

En este caso, el recurrente se limitó a transcribir apartes de sentencias de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, indicando que dicha sección había tenido diferentes posiciones jurisprudenciales sobre la materia.

No sólo no aparece demostrado aquí que la sentencia impugnada contradiga jurisprudencia vigente de la Sala Plena, sino que en el recurso ni siquiera se indica cuál es la jurisprudencia(de la sección o de la sala plena) que se considera violada con la sentencia objeto del recurso.

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:

Recházase el recurso de súplica interpuesto contra proferida el 17 de Septiembre de 1993 por la sección cuarta del Consejo de Estado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Esta providencia fué aprobada por la Sala Plena en su sesión celebrada el día veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Diego Younes Moreno, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Jaoquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Mirem de la Lombana,* Ausente; *Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes*

Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño.

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General

NOTA DE RELATORIA: Se reitera la sentencia de 4 de junio de 1991, Expediente S- 161, Ponente: Dr. *Alvaro Lecompte Luna,* Actor*: Magdalena Oil Company.*

RECUSACION - Causales. **INTERES POLITICO E INTELECTUAL** - Inexistencia. **PRINCIPIO DE AUTONOMIA JUDICIAL**

Para que se configure la imposibilidad de actuar, debe tratarse de interés sustancial en el resultado del proceso del cual se pretende separarme por la vía de la recusación, relacionado con el mismo, el cual no tengo y no puede concretarse, como lo pretende el actor, por el hecho de haber precisado un criterio jurídico que plasma mi aproximación interpretativa independiente y autónoma de la ley que debo aplicar, en unas providencias producidas en procesos diferentes de la referencia. Pretender que constituye rebeldía contra el Estado Colombiano o desacato a la Constitución, emitir, por parte de un juez en una sentencia un voto negativo que resulta minoritario en frente del criterio mayoritario de una sala, con el que se expresa criterio jurídico diferente al sostenido por la mayoría de ésta o por otra corporación o juez, consagrado ahora constitucionalmente. Y que dicho voto negativo pueda calificarse con una incitación o proposición a que otros jueces desacaten la Constitución, o que el juez que lo emita quede imposibilitado para actuar en procesos futuros en que tenga que ventilarse similar criterio jurídico, a más de resultar inusitado , reduce al juez a la triste , y esa sí peligrosa para el Estado Colombiano, condición de corifeo. Como la percepción que el recurrente tiene de los hechos en que funda la recusación no es correta y además ellos no pueden encajarse dentro de las causales y recusación legalmente establecidas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, así lo manifiesto expresamente y dejo el expediente a disposición de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para lo de su cargo.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santa Fe de Bogotá D.C., Primero de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia.: Expediente No. Q-024 Actor: Zamir Silvia Amín. Recusación - AUTO.-

En conocimiento de que la parte actora dentro del proceso de la referencia me recusa e invoca como "fundamento la causal contenida en el numeral 1 del artículo 156 (sic) del código de procedimiento Civil " aduciendo que tengo "un interés político e intelectual en desconocer la institución de la cosa juzgada de carácter constitucional, consagrada en la carta y en la que fundo precisamente la procedencia del recurso extraordinario de súplica que le corresponde resolver en este proceso..."

Afirma que el interés del suscrito resulta de mi descato y mi persistencia en desconocer una decisión que estoy obligado acatar por haber hecho tránsito a cosa juzgada constitucional, al votar en contra de varios proyectos mediante los cuales la Sala Plena de la Corporación resolvió recursos de súplica , incurriendo así, en una conducta incompatible con los principios políticos que informan nuestro ordenamiento jurídico y según los cuales consagra en Colombia un Estado Social de Derecho.

Afirma que "el consejero a quien recuso, ha asumido con su conducta, una posición arbitraria por ser francamente contraria a la Constitución y a la Ley, que necesariamente implica parcialidad en los procesos de que conoce, al desacatar una decisión judicial inmodificable e incontrovertible, de una parte; y de otra , que esa posición extrema y antijurídica, desde el punto de vista de la concepción del Estado de Derecho, se traduce en un interés político e intelectual de hacer prevalecer su posición, no sólo en los procesos de su conocimiento, sino en los que se discuten en la Sala Contenciosa de la Corporación , como se deduce de las afirmaciones que hace en sus salvamentos de voto y las que deben constar en las actas pertinentes de las sesiones de dicha Sala".

Así mismo reitera el recusante que "El interés del Sr. Consejero que constituye motivo de recusación y que pone en entredicho su imparcialidad, resulta de su desacato y de su persistencia en desconocer una decisión que está obligado a acatar por haber hecho tránsito a cosa juzgada de carácter constitucional " y especifica que ello ocurre "por haber votado en abierta rebeldía contra las sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales y en acatamiento de la sentencia de la Corte Constitucional anteriormente citada, se resolvieron en el fondo varios recursos extraordinarios de súplica de la corporación; porque desconoce de manera flagrante la Carta Política, creando desconcierto y facto-

res de inseguridad jurídica, al invitar con su proceder al desconocimiento de las decisiones judiciales proferidas de conformidad con la Constitución Nacional; y, porque, al desconocer la Constitución y la (sic) Leyes de la República que juró defender al tomar posesión del cargo, incumple el compromiso solemnemente adquirido y se despoja de la credibilidad para resolver imparcialmente un proceso, que tiene por objeto admitir un recurso constitucionalmente (sic) procedente, por haberlo así declarado la Corte Constitucional en sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada".

Ante tales manifestaciones, rechazo la recusación formulada por el actor, preciso que no tengo ningún interés ni directo, ni indirecto, ni político, ni intelectual, ni de ninguna otra índole, en el resultado de proceso que adelanta ante el Consejo de Estado el recusante, que pueda menoscabar mi imparcialidad.

Mis actuaciones , concretamente los salvamentos de voto por mí proferidos en las sentencias que resuelven recursos de súplica extraordinaria, que sirven de fundamento a la recusación, corresponden al ejercicio de la función jurisdiccional a mi cargo; la cual, como es apenas obvio, no puedo menos que cumplir dentro del espíritu de independencia y de autonomía que consagra la Carta Política.

Para que se configure la imposibilidad de actuar, debe tratarse de un interés sustancial en el resultado del proceso del cual se pretende separarme por la vía de la recusación, relacionado con el mismo, el cual no tengo y no puede concretarse; como lo pretende el actor, por el hecho de haber precisado un criterio jurídico que plasma mi aproximación interpretativa independiente y autónoma de la ley que debo aplicar, en unas providencias producidas en procesos diferentes del de la referencia.

Debo así mismo rechazar las acusaciones que me formula el recusaste de desacato, rebeldía contra el Estado Colombiano, arbitrariedad, parcialidad e incitación a que los demás consejeros desacaten la Constitución, pues nada de ello está ni ha estado presente jamás en mi conducta. Pretender que constituye rebeldía contra el Estado Colombiano o desacato a la Constitución, emitir por parte de un juez en una sentencia un voto negativo que resulta minoritario en frente del criterio mayoritario de una Sala , con el que se expresa criterio jurídico diferente al sostenido por la mayoría de ésta o por otra Corporación o Juez, es tanto como desconocer el principio fundamental de la independencia del Juez, consagrado ahora constitucionalmente. Y que dicho voto negativo pueda calificarse como una incitación o proposición a que otros jueces desacaten la Constitución, o que el juez que lo emita quede imposibilitado para actuar en procesos futuros en que tenga

que ventilarse similar criterio jurídico, a más de resultar inusitado, reduce al juez a la triste, y esa sí peligrosa para el Estado Colombiano , condición de corifeo.

Debo finalmente hacer notar que mi posición jurídica respecto del recurso de súplica extraordinaria se ha expresado en salvamentos de voto pronunciados respecto de sentencias aprobadas y discutidas en la Sala Plena y que no me he abstenido de participar en su adopción, ni mucho menos como lo insinúa el memorialista que formula recusación, me he negado a admitir o a tramitar los recursos de súplica interpuestos o he hecho manifestación alguna verbal o escrita manifestando que tales recursos deben ser inadmitidos o dejados sin trámite.

En consecuencia y como la percepción que el recusante tiene de los hechos en que funda la recusación no es correcta y además ellos no pueden encajarse dentro de las causales de recusación legalmente establecidas , de conformidad con lo dispuesto por el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, así lo manifiesto expresamente y dejo el expediente a disposición de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para lo de su cargo.

Cúmplase.

Guillermo Chahín Lizcano

ACTOS ADMINISTRATIVOS - Validez

La sentencia acusada en forma alguna sostiene que, no obstante que en los actos administrativos se violan normas legales, dichos actos son válidos. En ella se indica que, si bien es cierto que las disposiciones legales contenidas en los literales c) y d) del artículo 227 de la Ley 79 de 1931 y el artículo 9 del Decreto 445 de 1960, no eran aplicables en los actos administrativos demandados, dichos actos estaban sustentados en otras normas legales y que, suprimiendo aquellas normas que en efecto fueron indebidamente aplicadas, los actos eran válidos teniendo en cuenta las demás normas que le servían de sustento y en cuya aplicación no se incurrió en ningún vicio tal como aparece analizado en la sentencia. Ahora bien, suprimiendo de los actos acusados estas normas que no eran aplicables, la parte resolutiva del acto principal, por medio del cual se destituyó a la demandante, mantiene su vigencia con el sustento de las demás, conforme a los visto en esta providencia o sea con fundamento en el literal b) del artículo 227 de la Ley 79 de 1931 y en las invocadas en los actos acusados de los Decretos 2400 y 1950 de 1973.

ACTOS ADMINISTRATIVOS - Elementos. ACTOS ADMINISTRATIVOS - Falta de competencia

Señala el recurrente que al no admitir el fallo recurrido el vicio de falta de competencia del Ministerio de Hacienda para destituir a los empleados de su dependencia por no haber recibido éste delegación expresa del Presidente del la República, se viola la jurisprudencia de la Sala Plena contenida en sentencias del 9 de marzo de 1971 y 20 de mayo de 1963, en las cuales se señala que la competencia del órgano del cual emana el acto administrativo es uno de los elementos esenciales de los cuales depende la validez del acto y que la delegación de dicha competencia sólo procede si

está autorizada por la Constitución o la Ley. La sentencia señala las normas en las cuales se considera esta contenida la delegación de esta función presidencial en el Ministerio de Hacienda; y en ella se estima que dentro de la función delegada a dicho Ministerio para separar empleados nacionales, se encuentra comprendida la facultad de decretar su destitución, sin que se cite en el recurso ninguna sentencia proferida por la Sala Plena en la que se sostenga lo contrario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica

El recurso extraordinario de súplica, sólo procede cuando la providencia recurrida acoja doctrina distinta a la jurisprudencia de la Sala Plena. La providencia de la sección que se impugne mediante este recurso debe entonces contener una decisión fundamentada en un criterio distinto del adoptado por la Sala Plena. El ataque que mediante este recurso se hace a la providencia objeto del mismo, debe dirigirse contra su motivación, que como ya se dijo debe contrariar la doctrina vigente de la Sala Plena. Es un ataque de naturaleza sustancial en la medida que se dirige contra el fundamento de la providencia que se impugna. No puede sustentarse en vicios relativos a la forma misma de la providencia impugnada, como el relativo a la falta de congruencia entre sus motivaciones y sus resoluciones. En un ataque de esta naturaleza no aparece ninguna manera cuál es fundamento de la sentencia y cuál es la doctrina de la Sala Plena que con él se viola.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santa Fe de Bogotá, D.C., Nueve de marzo de mil novecientos noventa y cinco

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia Expediente No. S-291. Actor: Faride Ossman de Sossa - Recurso extraordinario de súplica

Procede la Sala Plena a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 12 de junio de 1992.

ANTECEDENTES

1.- El presente proceso se originó en la demanda formulada por FARIDE OSSMAN DE SOSSA, con el objeto de que se declarara la nulidad de las Reso-

luciones Nos. 01495 y 02068 del 16 de abril y del 1 de junio de 1982, proferidas ambas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Mediante la primera de las resoluciones citadas, la demandante fue destituida del cargo de Aforador 5035-13 de la División de Arancel de la Subdirección Técnica de la Dirección de Arancel de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; mediante la segunda, la entidad demandada rechazó el recurso de reposición interpuesto contra el primero de los actos administrativos demandados.

2.- El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia del 2 de junio de 1989 (F.184), accedió a las pretensiones de la demanda, decretó la nulidad de las resoluciones impugnadas y ordenó el reintegro de la demandante a su cargo con las disposiciones consecuenciales correspondientes.

3.- La entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual fue resuelto por la Sección Segunda del Consejo de estado en sentencia del 12 de junio de 1992, en la cual se dispuso revocar el fallo de primera instancia y negar las pretensiones de la demanda.

4.- Contra esta sentencia se segunda instancia la parte demandante interpuso recurso de súplica, el cual fue concedido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, por auto del 19 de noviembre de 1992 (F. 15).

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a estudiar los cargos que se formulan contra la sentencia objeto del recurso de súplica, en el orden en que ellos fueron expuestos por el recurrente:

Primer cargo:

Señala la demandante que la sentencia recurrida contraría jurisprudencia de la Sala Plena en cuanto, no obstante reconocer que los actos acusados no están ajustados a los literales c) y d) del artículo 227 de la Ley 79 de 1931 y el artículo 9 del Decreto 445 de 1960, no se decreta su nulidad.

Para fundamentar este cargo la recurrente cita sentencias de la Sala Plena del 9 de marzo de 1971 y del 14 de septiembre de 1961, en las cuales señala, en síntesis, que los actos administrativos deben ajustarse a las normas jurídicas vigentes y que su violación constituye motivo para su anulación.

Considera la Sala:

La sentencia acusada en forma alguna sostiene que, no obstante que en los actos administrativos se violan las normas legales, dichos actos administrativos son válidos.

En ella se indica que, si bien es cierto que las disposiciones legales contenidas en los literales c) y d) del artículo 227 de la Ley 79 de 1931 y el artículo 9 del Decreto 445 de 1960, no eran aplicables en los actos administrativos demandados, dichos actos estaban sustentados en otras normas legales y que, suprimiendo aquellas normas que en efecto fueron indebidamente aplicadas, los actos eran válidos teniendo en cuenta las demás normas que le servían de sustento y en cuya aplicación no se incurrió en ningún vicio tal como aparece analizado en la sentencia.

Dice textualmente la sentencia:

"14.- Presunta violación de los literales c) y d) del Artículo 227 de la Ley 79 de 1931 y el artículo 9 del Decreto 445 de 1960

En el cargo que se le formuló a la demandante se afirma que con su actuación quebrantó entre otras normas las indicadas anteriormente. Respecto de las demás, la sala ya analizó que los actos acusados lo las transgredieron.

Pero, en relación con estas el asunto es diferente.

En efecto, la actora no pudo haber infringido un deber que no podía cumplir como el de clasificar y describir la mercancía que no haya sido clasificada correctamente, e indicar la tasa de derechos aplicable, por la sencilla razón de que si la mercancía en cuestión no estaba sometida al arancel aduanero, la clasificación y la tasa de derecho no podía operar. Lo propio cabe predicar en lo referente a "Anotar en el manifiesto de aduana las diferencias entre la mercancía declarada y la mercancía efectiva".

Igualmente, tampoco pudo infringir la actora el mencionado artículo 9, por cuanto que nos es norma que el aforador deba utilizar en su trabajo. (Fl. 27).

"Ahora bien, suprimiendo de los actos acusados estas normas que no eran aplicables, la parte resolutiva del acto principal, por medio del cual se destituyó a la demandante, mantiene su vigencia con el sustento de las demás, conforme a los visto en esta providencia o sea con fundamento en el literal b) del artículo 227 de la Ley 79 de 1931 y en las invocadas en los actos acusados de los decretos 2400 y 1950 de 1973." (Subrayas fuera del texto).

La Sala Plena en las sentencias citadas por la recurrente, no ha dicho que cuando el acto administrativo cuya nulidad se demanda invoque disposiciones legales no aplicables al mismo, pero que sus disposiciones se fundamenten en otras normas también invocadas en el propio acto y que constituyan, a juicio del juzgador, sustento legal del acto demandado éste deba, de todos modos invalidarse.

Por lo anterior, no prospera el cargo.

Segundo cargo:

"Señala la recurrente que al no admitir el fallo recurrido el vicio de falta de competencia del Ministerio de Hacienda para destituir a los empleados de su dependencia por no haber recibido éste delegación expresa del Presidente del la República, se viola la jurisprudencia de la Sala Plena contenida en sentencias del 9 de marzo de 1971 y 20 de mayo de 1963, en las cuales se señala que la competencia del órgano del cual emana el acto administrativo es uno de los elementos esenciales de los cuales depende la validez del acto y que la delegación de dicha competencia sólo procede si está autorizada por la Constitución o la Ley."

Considera la Sala:

En la sentencia objeto del recurso, se consideró que el Ministerio de Hacienda era competente para proferir los actos administrativos demandados. Allí se dijo:

> "Al respecto la Sala entiende que cuando la Ley 202 de 1936 permite que el Presidente de la República delegue la función de separar empleados nacionales con las excepciones allí establecidas, o para removerlos en los términos del inciso final de su artículo 1 se está refiriendo a las distintas hipótesis que implique el retiro definitivo del servicio, entre las cuales está la destitución según el artículo 25 del decreto 2400 de 1968, razón por la cual concluye que la causal de incompetencia formulada, no puede prosperar".

En la sentencia recurrida, en forma alguna se afirma que la competencia del Ministerio de Hacienda para proferir los actos demandados surge de una delegación directa del presidente de la República, son que exista disposiciones legales o constitucional que la autorice, por la cual no se violan en forma alguna las sentencias citadas en el recurso.

Por el contrario, "La sentencia señala las normas en las cuales se considera está contenida la delegación de esta función presidencial en el Ministerio de Hacienda, y en ella se estima que dentro de la función delegada a dicho Ministerio

para separar empleados nacionales, se encuentra comprendida la facultad de decretar su destitución, sin que se cite en el recurso ninguna sentencia proferida por la Sala Plena en la que se sostenga lo contrario".

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

Tercer cargo:

Indica la recurrente que en la parte motiva de la sentencia recurrida se reconoce que los actos demandados son violatorios de algunas normas superiores y en su parte resolutiva se niega la solicitud de anulación de los mismos, violando de esta manera la congruencia que la parte motiva del fallo debe guardas con la parte resolutiva y desconociendo la jurisprudencia de la Sala Plena, contendida en las sentencias del 27 de julio de 1981 y del 10 de abril de 1942, según la cual debe existir congruencia entre la parte considerativa y dispositiva de las decisiones judiciales.

Considera la Sala:

"El recurso extraordinario de súplica, sólo procede cuando la providencia recurrida acoja doctrina distinta a la jurisprudencia de la Sala Plena. La providencia de la sección que se impugne mediante este recurso debe entonces contener una decisión fundamentada en un criterio distinto del adoptado por la Sala Plena.

El ataque que mediante este recurso se hace a la providencia objeto del mismo, debe dirigirse contra su motivación, que como ya se dijo debe contrariar la doctrina vigente de la Sala Plena. Es un ataque de naturaleza sustancial en el medida que se dirige contra el fundamento de la providencia que se impugna.

No puede sustentarse en vicios relativos a la forma misma de la providencia impugnada, como el relativo a la falta de congruencia entre sus motivaciones y sus resoluciones. En un ataque de esta naturaleza no aparece ninguna manera cuál es fundamento de la sentencia y cuál es la doctrina de la sala Plena que con él se viola".

Por esta razón el cargo será rechazado, no sin antes indicar que no es cierto, como lo afirma la recurrente, que en la providencia recurrida se haya aceptados que el acto administrativo violaba normas superiores y sin embargo se hubiese negado su anulación. En este punto la Sala se remite a lo expuesto al despachar el primer cargo.

Cuarto cargo:

En este cargo, la recurrente cita sentencias de la Sala Plena del 9 de marzo de 1971, del 14 de septiembre de 1961, del 30 de julio de 1959 y del 25 de agosto de 1.69, que señalan en síntesis que la falsa motivación de los actos administrativos acarrea la nulidad de los mismos.

Indica que dicha doctrina es violada por la sentencia recurrida, en cuanto "no accedió a la anulación de los actos acusados a pesar de que al expedirlos la administración no actuó tomando en consideración las circunstancias de hecho y de derecho en concordancia con los motivos indicados, máxime si se tiene en cuenta que, según el propio fallo recurrido, la demandante no pudo haber recurrido en la transgresión que se le imputó en el pliego de cargos respecto de los literales c) y d) del artículo 227 de la Ley 79 de 1931 y el artículo 9 del Decreto 445 de 1960."

La Sala considera:

La recurrente no indica en forma alguna cuál es la razón por la cual considera que la sentencia recurrida contradice la doctrina de la sala Plena, según la cual la falsa motivación genera la nulidad de los actos administrativos. La sentencia recurrida en sus motivaciones no afirma lo contrario.

Frente a lo manifestado respecto de literales c) y d) del artículo 227 de la Ley 79 de 1931 y el artículo 9 del Decreto 445 de 1960, los cuales a juicio del recurrente fueron violados y su violación fue aceptada en la sentencia impugnada, la sala se remite nuevamente a las consideraciones hechas al despachar el primer cargo.

Por lo anterior, no prospera este cargo.

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

FALLA:

DECLARASE improcedente el recurso de súplica interpuesto contra la sentencia el 12 de junio de 1992, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Esta providencia fue aprobada por la Sala Plena en su sesión del día siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Daniel Suárez Hernández, Vicepresidente *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Mirem de la Lombana de Magyaroff, Delio Gómez Leyva, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velázquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño.*

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General

FUNCIONARIO JUDICIAL. SANCION DISCIPLINARIA. -ACTO JURISDICCIONAL. Inexistencia **EMPLEADO JUDICIAL SALA DISCIPLINARIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. COMPETENCIA**

La Corte al ejercer por iniciativa ciudadana, el control constitucional del art. 51 del D. 1888 de 1989, precisó que en virtud del mandato contenido en el artículo 256 numeral 3 de la Carta, aquella norma sólo comprende a los funcionarios de la Rama Judicial, pues sólo a ellos se refiere el canon constitucional, o sea a quienes tienen a su cargo la función de administrar justicia (jueces y magistrados con excepción de los que gozan de fuero constitucional), quienes pueden ser investigados y sancionados por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante actos que son sentencias, por provenir de una verdadera jurisdicción en cabeza de dicha Sala creada por la Constitución de 1991, pero el citado precepto legal no comprende a los empleados de la Rama Judicial por no referirse a éstos el texto superior o sea a aquellos servidores que no administran justicia, sujetos al juicio de sus superiores jerárquicos cuyos actos disciplinarios al perder la naturaleza jurisdiccional en virtud de la inconstitucionalidad aludida, automáticamente pasaron a ser regulados por las normas que gobiernan los actos administrativos, con las excepciones establecidas en la Ley. La competencia disciplinaria como lo advierte la Corte la ejercen en general la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, respecto a los funcionarios judiciales, sin detrimento de la competencia preferente de la Procuraduría General de la Nación.

EMPLEADO JUDICIAL. SANCION DISCIPLINARIA. Naturaleza. **ACTO ADMINISTRATIVO CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Es indudable, que a partir de la ejecutoria de la sentencia C-417 de 1993 mediante la cual, la Corte Constitucional declaró parcialmente la inexe-

quibilidad del artículo 51 del Decreto 1888 de 1989, los actos de sanción disciplinaria respecto a los empleados judiciales son actos administrativos y por tanto, sujetos a control por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El precepto citado califica como jurisdiccionales las providencias mediante las cuales se impone la sanción disciplinaria a los funcionarios judiciales eliminando toda posibilidad de acción ante esta jurisdicción.

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento. SANCION DISCIPLINARIA. EMPLEADO JUDICIAL

Precisada la naturaleza de los actos de sanción disciplinaria respecto a los empleados de la Rama Judicial, cuyo control corresponde al Contencioso Administrativo, es claro que entratándose de un acto de contenido particular, previamente a la acción jurisdiccional se debe agotar la vía gubernativa, mediante el procedimiento especial, si existe para el caso, o el general subsidiario previsto en el Código Contencioso Administrativo tal como lo prescriben los artículos 1 inciso 2 y 81 de este estatuto. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca al resolver la apelación, la consideró improcedente de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 29 y 45 del D. 1888 de 1989. Al estar consagrada en los artículos 29, 45 y demás normas concordantes del D. 1888 de 1989, una vía gubernativa especial para los asuntos materia de dicha normatividad, señalando los recursos que proceden contra los actos impositivos de sanciones disciplinarias respecto de empleados judiciales, e igualmente, el organismo colegiado ante el cual surte esos recursos, el procedimiento administrativo a seguir es el allí previsto, según el artículo 1 inciso 2 del C.C.A.

Consejo de Estado - Sala Disciplinaria - Santa Fe de Bogotá, D.C., Nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia Expediente No. C-280 - Disciplinario - Recurso de Queja. Actor: Clariberth Aguilar Osorio y Alvaro Ospina

Procede la Sala a pronunciarse sobre el recurso de queja formulado por los ciudadanos de la referencia, contra el auto del 22 de julio de 1994, obrante a folio 157 cdno. 2 mediante el cual, el Tribunal administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, negó el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de junio 1 de 1994 que les impuso sanción pecuniaria.

ANTECEDENTES

El auto calendado el 26 de noviembre de 1993, (Fl. 25 cdno. 2), la Sección Segunda Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fundamento en el artículo 33 del D. 1888 de 1989, dispuso adelantar investigación disciplinaria, entre otros, contra los empleados de la Secretaría de dicha sección ALVARO OSPINA OSPINA y CLARIBERTH AGUILAR OSORIO.

Cumplido todo el trámite previsto en la antecitada disposición y norma subsiguiente, el Tribunal en Sala Disciplinaria al examinar el acervo probatorio aducido al informativo, encontró a los investigadores responsables de omisiones en el ejercicio de sus cargos,, constitutivas de faltas contra el reglamento de la Corporación, y por tanto en acatamiento a los artículos 39 y 40 del mencionado decreto, en fallo de 1 de junio de 1994 (Fl. 123 y s.s., les impuso como sanción a cada uno; multa equivalente al valor de cinco (5) días de sueldo básico que percibían en el año de 1992.

El 7 de junio de 1994 según constancias visibles a folio 143 vto. del cdno. 2, los empleados AGUILAR OSORIO Y OSPINA OSPINA, fueron notificados personalmente de la providencia y en escrito que aparece a folios 146 y siguientes, presentado el 15 de junio de 1994, interpusieron recurso de apelación contra tal proveído, bajo el argumento básico de que "siendo un acto administrativo el que ha proferido la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, corresponde, para efectos de los recursos, aplicar el procedimiento previsto en el libro I, título I, Capítulo X, del Código Contencioso Administrativo".

AUTO DEL TRIBUNAL

En proveído fechado el 22 de junio de 1994 (Fl. 157), el A quo denegó el recurso de apelación, con fundamento en las siguientes consideraciones:

(...)

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la providencia del 1o. de junio de 1994, puso término al proceso adelantado, en única instancia, contra los empleados ALVARO OSPINA OSPINA Y CLARIBERTH AGUILAR OSORIO.

De la lectura de los dispuesto en los artículos 29 y 45 del Decreto 1888 de 1989, se concluye que en el presente caso en que se impuso sanción disciplinaria de multa, no hay lugar a recurso de apelación. Es improcedente éste.

(...)

EL RECURSO DE QUEJA

Dentro del término de cinco (5) días previsto en el artículo 50, numeral 3 del C.C.A., los afectados con la sanción, interpusieron directamente ante esta Corporación recurso de queja contra la anterior decisión, acompañando al respectivo escrito copia de la providencia que negó la apelación.

Alegan los recurrentes que el artículo 51 del Decreto 1888 de 1989 estatuía:

> Las providencias que en materia disciplinaria se dicten en relación con funcionarios y empleados judiciales son actos jurisdiccionales, no susceptibles de acción contencioso administrativa.

Pero ha ocurrido que la H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-417 de octubre 4 de 1993 declaró exequible el transcrito artículo, excepto las palabras "..."y empleados" que declaró inexequibles".

"Sirvió de consideración al Juez Constitucional, la circunstancia de que en el caso de los empleados judiciales, "es decir, el personal subalterno de apoyo a la rama judicial, que no tiene a su cargo la función de administrar justicia", las decisiones que en materia disciplinaria se tomen con respecto a los mismos, están excluidas de la categoría de "providencias judiciales"; conclusión a la que llega por no estar precisamente contemplados en el artículo 256-3 de la Carta Política...". Siendo ello así -agregan- resulta obvio que esas decisiones "pasen a la de actos administrativos, por lo tanto sujetos a la revisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. De donde procede la aplicación del procedimiento previsto en el libro I, título I, Capítulo X, del Código Contencioso Administrativo -para efectos de los recursos - y consecuencialmente inaplicar los artículos 29 y 45 del Decreto 1888 de 1989 - tenidos en cuenta por el *a-quo* para denegar la apelación".

Complementariamente invocan jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura, interpretando el alcance de la sentencia C-417 de 1993.

CONSIDERACIONES

"Es indudable, que a partir de la ejecutoria de la sentencia C-417 mediante la cual la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del artículo 51 del Decreto 1888 de 1989, los actos de sanción disciplinaria respecto a los empleados judiciales son actos administrativos y por tanto, sujetos a control por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. El precepto citado califica como jurisdiccio-

nales las providencias mediante las cuales se impone la sanción disciplinaria a los **funcionarios** judiciales eliminado toda posibilidad de acción ante esta jurisdicción".

De la situación anterior quedaron excluidos los empleados judiciales.

"La Corte al ejercer por iniciativa ciudadana, el control constitucional del art. 51 del D. 1888 de 1989, precisó que en virtud del mandato contenido en el artículo 256 numeral 3 de la Carta, aquella norma sólo comprende a los **funcionarios** de la Rama Judicial, pues sólo a ellos se refiere el canon constitucional, o sea a quienes tienen a su cargo la función de administrar justicia (jueces y magistrados con excepción de los que gozan de fuero constitucional), quienes pueden ser investigados y sancionados por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante actos que son sentencias, por provenir de una verdadera jurisdicción en cabeza de dicha Sala creada por la Constitución de 1991, pero el citado precepto legal no comprende a los **empleados** de la Rama Judicial por no referirse a éstos el texto superior o sea a aquellos servidores que no administran justicia, sujetos al juicio de sus superiores jerárquicos cuyos actos disciplinarios al perder la naturaleza jurisdiccional en virtud de la inconstitucionalidad aludida, automáticamente pasaron a ser regulados por las normas que gobiernan los actos administrativos, con las excepciones establecidas en la Ley.

La competencia disciplinaria como lo advierte la Corte la ejercen el general de Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, respecto a los **funcionarios** judiciales y los superiores jerárquicos respecto a los **empleados** judiciales, sin detrimento de la competencia preferente de la Procuraduría General de la Nación".

Ahora bien, "precisada la naturaleza de los actos de sanción disciplinaria respecto a los empleados de la Rama Judicial, cuyo control corresponde al Contencioso Administrativo, es claro que entratándose de un acto de contenido particular, previamente a la acción jurisdiccional se debe agotar la vía gubernativa, mediante el procedimiento especial, si existe para el caso, o el general subsidiario previsto en el Código Contencioso Administrativo tal como lo prescriben los artículos 1, inciso 2 y 81 de este estatuto. (...)

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca al resolver la apelación, la consideró improcedente de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 29 y 45 del D. 1888 de 1989 que prescriben en su orden:

1.-) "Los Tribunales Administrativos conocen en única Instancia de los procesos adelantados contra sus empleados".

2.-) "Contra la sentencia del juez que imponga sanción de destitución habrá lugar a recurso de apelación por parte del empleado o su apoderado, quien lo podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación. El recurso se concederá en el efecto suspensivo y para ante la Sala Disciplinaria del Respectivo Tribunal, la cual decidirá en la forma y términos del artículo 44".

Considera la Sala, que estas disposiciones tiene plena vigencia, por cuanto el congreso aún no ha dictado la ley que las sustituya, siendo compatibles con el artículo 31 de la Constitución que al establecer como norma general el principio de las dos instancias, hizo salvedad de las excepciones consagradas en la Ley. Además, el artículo 29 del D. 2652 de 1991 estableció que: "las disposiciones vigentes sobre régimen disciplinario y solución de conflictos de jurisdicción seguirán aplicándose en cuanto no contravienen la Constitución Nacional".

De lo anterior se deduce que (...) "al estar consagrada en los artículos 29, 45 y demás normas conconrdantes del D. 1888 de 1989, una vía gubernativa especial para los asuntos materia de dicha normatividad, señalando los recursos que proceden contra los actos impositivos de sanciones disciplinarias respecto de empleados judiciales, e igualmente, el organismo colegiado ante el cual surte esos recursos, el procedimiento administrativo a seguir es el allí previsto, según el artículo 1 inciso 2 del C.C.A".

Como en el D. 1888 de 1989, específicamente el artículo 29, se consagró que el Tribunal conocerá en única instancia de los procesos disciplinarios seguidos contra los empleados de los Tribunales Administrativos, se deduce que el recurso de apelación no es procedente y por ello estuvo bien denegado por el A quo, no debiendo prosperar en consecuencia el recurso de queja interpuesto.

Por lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala Disciplinaria de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE

Declárase bien denegado por auto de junio 22 de 1994 el recurso de apelación formulado por los empleados CLARIBERTH AGUILAR OSORIO y ALVARO OSPINA OSPINA, contra el fallo de junio 1 de 1994, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Alvaro Lecompte Luna.

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Naturaleza. **FALLOS INHIBITORIOS RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION** - Improcedencia

Por ser extraordinario, el recurso de revisión se rige por principios jurídicos diferentes de los que regulan las instancias en los procesos que por contraposición son llamados ordinario, en la medida en que en aquel se imponen limitaciones de diversa índole que van, desde el tipo de providencias susceptibles de ser atacadas por ese medio extraordinario de impugnación, pasando por las causales de revisión, hasta la actividad del fallador. En cuanto hace al último de los aspectos preanotados, cabe precisar que la labor del juzgador no puede ir más allá de la demarcación impuesta por el propio recurso, razón por la cual, los términos en que este se concibe deben ser precisos, con miras a demostrar la configuración de la causal de revisión alegada, lo cual implica descartar los motivos de inconformidad del recurrente con el fallo que impugna, puesto que el análisis de tales motivos es viable en las instancias respectivas, pero no pueden ser materia de un recurso extraordinario como el de revisión, que por definición no constituye una tercera instancia.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo catorce (14) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia Expediente No. REV-078. Actor: COMPAÑIA ADMINISTRADORA DE CASINOS Y SIMILARES

Se resuelve el Recurso extraordinario de Revisión interpuesto oportunamente (Flos. 38 a 54 Cdno. 1), por el apoderado de la demandante contra la sentencia

dictada por la Sección Tercera de esta Corporación, el 24 de octubre de 1991 (Fls. 253 - 283 cdno, de pruebas).

ANTECEDENTES

Mediante apoderado judicial, la Compañía actora demandó el incumplimiento del contrato suscrito entre ella y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones:

Que es de derecho privado de la administración (suministro mercantil) y no administrativo, el contrato No. 050 de 1985 celebrado entre las partes mencionadas.

Que es válida la prórroga automática pactada en la cláusula octava del aludido convenio y en consecuencia este se prorrogó a partir del 1 de julio de 1987 hasta el 1o. de julio de 1988, inclusive.

De lo anterior se deriva que el contrato 050/85 se encontraba vigente el 15 de noviembre de 1987 cuando por decisión unilateral e injustificada de la demanda refrendada por la Dirección General del Instituto la demandante hubo de suspender labores que el contrato le imponía.

Corolario de lo expuesto es que el I.S.S., es responsable de la totalidad de perjuicios causados a la Compañía Administradora de Casinos y Similares Ltda., por la abrupta, unilateral e injustificada suspensión o terminación del contrato No. 050 de 1985.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

El fallador de primera instancia determinó que el contrato materia del debate procesal era de suministro de carácter administrativo y en tales condiciones, conforme al artículo 132 del D.L. 222/83 (entonces vigente), se podía pactar por dos (2) años como término máximo de duración prorrogables, antes de su vencimiento, hasta un período igual.

El contrato 050 fue suscrito por las partes contendientes el 25 de junio de 1985 por el término de un año, posteriormente fue adicionado y prorrogado por un año más (en lo referente a su cláusula octava), mediante documento suscrito interpartes el 26 de junio de 1986 por lo cual, dijo el A quo, el convenio de adición y prórroga contractual, se extendió hasta el 26 de junio de 1987, encontrándose así

dentro de las previsiones legales de que trata el artículo 132 del Decreto 222/83, pues para la fecha de iniciación de la prórroga, según se deduce de la lectura de los certificados de existencia y representación legal, expedidos por el Secretario de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, la sociedad demandante tenía capacidad plena para contratar, ya que ella se disolvió el 21 de diciembre de 1986.

En el proceso se demostró que, a partir del 26 de junio de 1987 se pactó una segunda prórroga por el término de seis (6) meses, contados a partir del vencimiento de la primera; ésta última prórroga carece de valor legal, pues para la citada fecha la demandante no tenía la capacidad legar para contratar, toda vez que la sociedad actora se hallaba disuelta dado que su duración fue hasta el 21 de diciembre de 1986; pero además, la segunda prórroga tampoco es válida por expresa prohibición del artículo 132 del Decreto 222/83.

El A quo manifestó que no era procedente declarar la primera pretensión del libelo, puesto que no existía duda de que el contrato llevado al proceso era de suministro de carácter administrativo (art. 130 D. 222/83 conc. art. 986 del C. de Co.) y como tal, resultaba irrelevante todo pronunciamiento judicial sobre su naturaleza y cualificación.

Con base en los argumentos resumidos, el Tribunal Administrativo de Santander falló denegando las pretensiones de la demanda.

La decisión referida fue recurrida por vía de apelación habiendo sido revocada por el ad-quem quien, por ineptitud de la demanda, se declaró inhibido para decidir. Los argumentos expuestos por el fallador de segunda instancia puede resumirse así:

LA SENTENCIA RECURRIDA EN REVISION

En el punto primero del petitum, observó el ad-quem, se solicita declarar como de derecho privado de la administración (suministro mercantil) y no administrativo el contrato No. 050 de 1985, celebrado entre el Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.), Seccional Santander y la Compañía Administradora de Casinos y Similares Ltda; en los puntos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo del mismo se piden declaraciones consideradas consecuencia de tener el acto jurídico como de derecho privado.

Ante la justicia administrativa no es posible impetrar se declare que la naturaleza jurídica de un determinado negocio es civil, comercial o laboral; cuando se acude ante los Tribunales, se impone partir de la base ab initio cierta, que de los

conflictos de intereses surgidos del contrato debe conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dentro de la óptica que recoge el artículo 17 del D. 222/86.

En relación con esa materia, el *ad-quem* reiteró la pauta jurisprudencial fijada en sentencia del 31 de mayo de 1990, expediente No. 5209. Actor: Germán González Cajiao, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en la cual se resalta la autonomía de la justicia administrativa, indicando además, que las excepciones previas o cautelares están señaladas en la Ley en forma expresa y como excepciones que son, imponen la interpretación restrictiva de las normas que contemplan, e impiden su aplicación analógica o extensiva a otras situaciones no contempladas.

La sentencia impugnada transcribió y subrayó el siguiente aparte:

"Y así como no se le puede pedir a la jurisdicción administrativa que declare en primer término que un acto no es administrativo para poder instaurar una acción ante la justicia ordinaria, o pedirle a ésta lo contrario; tampoco se le puede pedir a aquella que declare, como se pretende en el caso sub judice, que una relación jurídica no está gobernada por un contrato administrativo o de prestación de servicios, para demandar luego, con base en esa declaración, con fundamento en una relación de trabajo ante la justicia laboral. La demanda así concebida parece estar orientada a solucionar de entrada y antes de que se produzca, un posible conflicto de jurisdicción".

FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

Como fundamento de derecho, el suplicante invocó el artículo 188-6 del C.P.C. (sic).

Manifiesta el recurrente que, la Sección III de esta Corporación incurrió en un grave error al declararse incompetente para fallar de fondo el litigio sobre un contrato celebrado por un ente estatal que lo hacía necesariamente administrativo o de derecho privado de la administración y cuya cláusula de caducidad a su vez lo hacía inescapable a la jurisdicción contencioso administrativa.

No existía ninguna posibilidad de que el litigio sobre este contrato fuera a la justicia ordinaria. Si el convenio era administrativo o de derecho privado de la administración la competencia estaba en la justicia administrativa, dada la cláusula de caducidad del contrato; no entiende el suplicante el por qué de las argumentaciones expuestas en la sentencia impugnada, en especial aquella conclusión se-

gún la cual "ante justicia administrativa colombiana no es posible impetrar que se declare que la naturaleza jurídica de un determinado negocio es civil, comercial o laboral. Cuando se acude ante los tribunales, se impone partir de la base *ab-initio* cierta, que de los conflictos de intereses que surgen del contrato debe conocer esta jurisdicción de lo contencioso administrativo...".

Pero lo que resulta más extraño, agrega el recurrente, es que para sustentar el fallo inhibitorio se transcribiera textualmente el artículo 17 del D. 222/83, subrayando donde no debía hacerse.

Después de insertar en su escrito parte de la sentencia reproducida en la impugnada, el recurrente sostiene que "La confusión de los señores magistrados fue total. Pasando por alto, inexplicablemente, que estaban ante un contrato con cláusula de caducidad, y, por ende, ante un pleito contractual de competencia insoslayable de ellos en segunda instancia, entraron en unas disquisiciones jurídicas que no venían al caso", porque él no les pedía que declararan nada con base en lo cual fuera a demandar después ante la justicia ordinaria, sino que hicieran unas declaraciones e impusieran unas condenas en un asunto que era de la exclusiva competencia de ellos, en el que la justicia ordinaria nada tenía que ver.

Al tener el contrato cláusula de caducidad, fuera administrativo o de derecho privado de la administración, la Sección Tercera del Consejo de estado tenía competencia y no podía dejar de fallar el pleito. La extraña decisión de no decir nada, dejó a la actora sin posibilidad alguna de que algún juez le resolviera su pleito, pues la cláusula de caducidad del contrato hace que la justicia ordinaria carezca de competencia sobre este asunto.

Actúa tan fuera de competencia, el juez que no siendo competente para conocer de un asunto lo resuelve como el que tenido la competencia no lo hace; ya que aquella no es sólo facultad, también es deber.

Definido que, de todas maneras un pleito contractual le corresponde a la justicia administrativa, no constituye pecado solicitar que se declare cual es la naturaleza de un contrato (art. 87 C.C.A.); si en esa clase de pleitos la ley faculta al actor para pedir que se declare hasta la existencia de un convenio, no entiende como no pueda pedir que se declare si el contrato es administrativo o de derecho privado de la administración para, consecuencialmente, hacer otras declaraciones e imponer unas condenas derivadas de la primera.

La Sección III quebrantó el debido proceso y por ende violó los incisos segundo y tercero del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, vigente el momento de la sentencia inhibitoria.

El proceso está constituido por una serie de actos encaminados a una finalidad obvia: la sentencia definitiva, favorable o adversa total o parcialmente a las pretensiones de la demanda y a las excepciones de fondo; la sentencia inhibitoria no cumple ese cometido y de ahí que haya sectores de la doctrina nacional que propugnan su erradicación, tal pronunciamiento no debería llamarse sentencia porque nada resuelve y de esta forma no encaja en la definición legal, según la cual "Las providencias del juez pueden ser autos o sentencias" (Art. 302 inciso segundo C.P.C.).

Más grave resulta la inhibición en casos como este, donde se deja al accionante sin posibilidad alguna de exigir justicia, ya que, contrariamente a los insinuado inexplicablemente en el fallo de la Sección III, la justicia ordinaria nada tiene que ver con un contrato con cláusula de caducidad, celebrado por un ente del Estado, entonces, se dejó a la actora sin juez al cual acudir.

TRAMITE DEL RECURSO DE REVISION

Luego de comprobar que reunía los requisitos legales, por auto del 11 de febrero de 1994 (Fl. 66 cdno No. 1) la demanda fue admitida; en la misma providencia se ordenó su notificación a la parte demandada para que, en el término de diez (10) días contestara el libelo y de considerarlo necesario solicitara pruebas y, a ello procedió por conducto de apoderado (Fls 74-82 cdno. 1).

Tal como prevé el artículo 192 del C.C.A., por auto calendado el 22 de marzo de 1994, se decretaron pruebas (Fls. 90-91 cdno. # 1)

CONSIDERACIONES

1.-) Para algunos doctrinantes el recurso extraordinario de revisión constituye un proceso nuevo, puesto que su iniciación requiere de la presentación de una demanda, admisible por el Juez de la revisión siempre que el escrito respectivo reúna los requisitos formales exigidos por la ley; por su parte, la demanda tiene la posibilidad de contestar el libelo y de pedir pruebas las que, previo decreto, deben ser practicadas en la etapa respectiva; en cuanto hace a la presentación del recurso extraordinario, se observa que es independiente y difiere de la que fue objeto del litigio en el proceso que la antecedió y que terminó con la sentencia cuya revisión se solicita.

Por ser extraordinario, el recurso de revisión se rige por principios jurídicos diferentes de los que regulan las instancias en los procesos que por contraposición

son llamados ordinarios, en la medida en que en aquel se imponen limitaciones de diversa índole que van, desde el tipo de providencias susceptibles de ser atacadas por ese medio extraordinario de impugnación, pasando por las causales de revisión, hasta la actividad del fallador.

En cuanto hace al último de los aspectos preanotados, cabe precisar que la labor del juzgador no puede ir más allá de la demarcación impuesta por el propio recurso, razón por la cual, los términos en que este se concibe deben ser precisos, con miras a demostrar la configuración de la causal de revisión alegada, lo cual implica descartar los motivos de inconformidad del recurrente con el fallo que impugna, puesto que el análisis de tales motivos es viable en las instancias respectivas, pero no pueden ser materia de un recurso extraordinario como el de revisión, que por definición no constituye una tercera instancia.

2.- En el presente evento, la causal alegada por el recurrente expresa:

ART. 188 CAUSALES DE REVISION, Procederá este recurso:

(...)

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

El análisis del escrito contentivo del recurso que hoy ocupa la atención de la Sala tan sólo muestra las razones por las cuales el recurrente disiente de la providencia que impugna, sin que en parte alguna indique el motivo de nulidad que dice se originó en dicha providencia.

En efecto, los fundamentos de revisión se pueden concretar en los siguientes aspectos:

2.1.-) La Sección III incurrió en un grave error al declararse incompetente (sic) para fallar de fondo el litigio, relacionado con un contrato que tenía cláusula de caducidad y en el que una de sus partes era ente estatal.

Esta afirmación no está acorde con la fundamentación y decisión contenidas en la sentencia impugnada en la cual se señala, que "ante la justicia administrativa colombiana no es posible impetrar que se declare que la naturaleza jurídica de un determinado negocio es civil, comercial o laboral", y como en ese sentido se formuló la primera petición del libelo, de la cual dedujo al actor las demás, concluyó la Corporación que por adolecer la demanda de dicho efecto, debía declararse inhibida para decidir por ineptitud de la demanda, lo que efectivamente hizo, no por falta de competencia.

2.2.-) El recurrente sostiene que se dejó a la demandante sin posibilidad de que algún juez le resolviera su pleito. Esta segunda afirmación pasó por alto el hecho de que la decisión impugnada es inhibitoria y por ende no hace tránsito a cosa juzgada (art. 333-4 C.P.C.)

2.3.-) La Sección III quebrantó el debido proceso y por ello violó los incisos segundo y tercero del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, vigente el momento de la sentencia inhibitoria.

Este cargo sería apropiado para ser invocado como fundamento del recurso extraordinario de anulación, si las normas que lo consagraban no hubieran sido derogadas por el Decreto extraordinario 597 de 1988.

Por ser aplicable al evento *sub-lite*, vale la pena transcribir lo que en caso similar expuso esta sala:

Como puede verse, toda la argumentación del recurrente está orientada a demostrar la falta de apoyo jurídico de la sentencia cuya revisión se pretende, pero en parte alguna se hace mención a la nulidad referente a la sentencia misma independientemente del proceso, que es la que tiene que ver con la causal alegada.

En el recurso de revisión, no puede perderse de vista que se trata de una impugnación de naturaleza extraordinaria a la que de ningún modo se le puede dar un tratamiento equivalente al de una tercera instancia. Respecto de este recurso es aplicable lo que para el mismo, en el procedimiento civil, dijo la H. Corte Suprema de Justicia con ponencia del Magistrado Dr. Humberto Murcia Ballén, y de quien el recurrente citó, en su apoyo, una magnifica providencia relacionada con los presupuestos procesales pero que nada tiene que ver con el negocio a estudio. En la sentencia de fecha 16 de mayo de 1.78, dijo la Corte:

Pero, como exhaustivamente lo tienen dicho la doctrina y la jurisprudencia patrias con apoyo en el criterio que en la materia pregona la literatura jurídica universal, la revisión es recurso de naturaleza eminentemente extraordinaria y diferente por su finalidad propia de todos los demás medios de impugnación, incluso de la casación misma, por lo cual **no es dable convertirla en un juicio contra la sentencia por las apreciaciones que el fallador haya hecho de la demanda que con tal sentencia decide;** pero ni muchísimo menos trocarla en medio para impedir la ejecución de fallos proferidos en procesos que se han rituado con plena observancia de sus formalidades propias.

3a. Evidentemente, salvo en los supuestos de las causales 7a., 8a. y 9a., del art. 380 del Código de Procedimiento Civil, los aspectos formales de una sentencia, los vicios o irregularidades cometidos durante la tramitación del proceso que en ella se dicta, **el quebranto de la ley procedimental o de la sustancia** y los errores de apreciación probatoria en que haya podido incurrir el juez al proferirla, son, en principio, aspectos extraños al recurso de revisión, por tratarse en ellos de yerros *in procedendo o in judicando*, para cuya corrección se han consagrado precisamente los demás recursos.

Los vicios que pueden dar lugar a la anulación de una sentencia a través del recurso de revisión, han de manifestarse necesariamente en relación con situaciones o hechos producidos o conocidos con posterioridad a la providencia decisoria, precisamente porque el desconocimiento de esas situaciones o hechos por el juez al dirimir el conflicto le impidió dictar una resolución justa. (subraya y resalta la Sala). (Sentencia de octubre 26 de 1988. Consejero Ponente Dr. CARLOS RAMIREZ ARCILA. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Exp. R-015, Actor: BASF QUIMICA COLOMBIANA S.A.).

En consonancia con lo expuesto y teniendo en cuenta que la fundamentación del recurso no se encaminó a demostrar la causal de revisión alegada por el recurrente, sino a expresar las razones de su desacuerdo con la decisión inhibitoria, que no declaratoria de incompetencia, sobre la base de que el ad quem incurrió en error al no fallar de fondo y por ello quebrantó el debido proceso, resulta forzoso para la Sala declarar infundado el recurso extraordinario de revisión. Además, bien lo ha dicho la jurisprudencia, que las causales de nulidad procesal están expresamente consagradas en los arts. 140 y 141 del C.P.C., sin que en ninguna de dichas normas se consagre como tal los hechos señalados por el recurrente.

3.-) Lo anterior no obsta para que la Sala haga la siguiente acotación en relación con el fallo inhibitorio frente al recurso que se analiza.

Si el medio extraordinario de impugnación que se viene comentando constituye una excepción a la cosa juzgada, en el *sub-judice* resultaría improcedente, puesto que la providencia cuya revisión se pretende no extinguió definitivamente una acción, toda vez que siendo inhibitoria no decidió de fondo, lo que permite la eventual iniciación de un nuevo proceso entre las mismas partes y por los mismos objeto y causa, puesto que esa clase de decisiones no hacen tránsito a cosa juzgada, en términos del artículo 333-4 del C.P.C., que a la letra dice:

(...)

Sentencias que no constituyen cosa juzgada, No constituyen cosa juzgada las siguientes sentencias:

(...)

4. Las que contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio,

Refiriéndose a los fallos inhibitoria como objeto de recurso extraordinario de revisión, esta Sala expuso en el proveimiento citado en el numeral precedente:

> Además, frente al recurso de revisión, que como se ha dicho es excepcional y el quebrantamiento que se produce lo recibe en primer término, la calidad de cosa juzgada de la sentencia, para lo cual **la ejecutoria de que habla el art. 185 del C.C.A., no puede ser la ejecutoria que produce el efecto de la cosa juzgada formal,** (como tampoco lo es en el evento del recurso de anulación) y **de ahí que como en el *sub-lite* la sentencia objeto del recurso es inhibitoria, sería este un motivo más, para declarar la improcedencia del recurso.** (Subraya y resalta la Sala).

Corolario obligado es que el recurso extraordinario de revisión no está llamado a prosperar y así habrá de declararse.

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

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la demandante contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Corporación el 24 de noviembre de 1991.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Diego Younes Moreno, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Chahín Lizcano, Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren de la Lombana de Magyaroff,*

Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Gongora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodriguez Rodriguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Miguel Viana Patiño, ausente.

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera la sentencia del 26 de octubre de 1988, Expediente: R-015, Consejero Ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila*, Actor: BASF QUIMICA COLOMBIANA.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ALVARO LECOMPTE LUNA

EN EL FALLO APROBADO POR LA SALA EN SESION DEL DIA SIETE (7) DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO (1995) Y CALENDADO A CATORCE (14) DE LOS MISMOS. EXPEDIENTE No. REV-078 - RECURSO EXTRAOR DINARIO DE REVISION. ACTOR: COMPAÑIA ADMINISTRADORA DE CASINOS Y SIMILARES LTDA.

Con sumo respeto hacia el criterio de la mayoría de la Sala, el suscrito no comparte el punto 3 de las consideraciones que argumenta en el sentido de que el recurso extraordinario de revisión no cabe contra fallos inhibitorios porque estos, según los nortes del art. 333, ordinal 4) del C. de P.C., no constituyen cosa juzgada.

Ello es cierto teóricamente. Más en la práctica y sobre todo cuando la posibilidad de que la misma causa se vuelve imposible, porque esa acción hipotética ya caducó, cree el suscrito que si se da en un caso concreto una causal de nulidad en la sentencia en sí considerada, el recurso de revisión podría ser próspero, no para que haga eclipse del principio de cosa juzgada que no se da, sino para que pueda entrarse a ver nuevamente el asunto, en aras de una más eficiente administración de justicia, verdaderamente, justa. Lo propio podría decirse si la revisión se plantea con base en otra u otras de las causales del art. 188 del C.C.A.

De manera que aunque el suscrito comparte la apreciación de que el recurso no prospera porque no surge de manera evidente la nulidad originada en la sen-

tencia con el análisis que el impugnador plantea, la acotación aludida hace necesaria esta aclaración de voto.

Con todo acatamiento,

Alvaro Lecompte Luna

Santa Fe de Bogotá, D.C. 15 de marzo de 1995

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Causales. **ERRONEA INTERPRETACION DE LA LEY**

El artículo 17 de la Ley 58/85 sienta una regla general que se reitera al comienzo del primer inciso del artículo 18; empero, en la parte final de este inciso y en el segundo, se consagra una excepción a la regla; de este modo, el nexo que existe entre las dos no es de dependencia, como lo sostiene el fallo, sino de exclusión; vale decir, cuando se presenta realizado el supuesto de hecho que prevé la norma excepcional (artículo 18), su aplicación excluye la regla general (artículo 17), y viceversa. Son titulares de la primera situación, por consiguiente, los partidos y agrupaciones políticas registrados en el Consejo Nacional Electoral; y lo son, de la segunda, los candidatos a la Presidencia de la República, sin más exigencias; entre otros términos, para éstos no es menester -para efectos de quedar cubiertos por la disposición legal- que pertenezcan a un partido o agrupación política que tenga reconocida su personería jurídica ante el Consejo Nacional Electoral. DECLARA LA NULIDAD del art. 10o. de la Resolución No. 25 de 1o. de abril de 1986 expedida por el Consejo Nacional Electoral en la siguiente expresión: "... por partidos o agrupaciones cuya personería jurídica haya sido reconocida por el Consejo Nacional Electoral..."; DECLARA LA NULIDAD DE LA COMUNICACION No. 3133 de 9 de abril de 1986, suscrita por el Registrador Nacional del estado Civil y dirigida al doctor Luis Enrique Agudelo Pino, candidato presidencial por el partido demócrata cristiano para el período constitucional 1986-1990.

CANDIDATOS PRESIDENCIALES. ESPACIO DE TELEVISION - Requisitos. **REGISTRO DE PARTIDO POLITICO** - Inexistencia. **CONSEJO NACIONAL ELECTORAL. ADICION DE REQUISITOS** - Improcedencia

El artículo 1o. de la Resolución No. 25 de 1986 del Consejo Nacional Electoral al exigir que los candidatos presidenciales, para disfrutar de espacio de televisión, debían estar inscritos "por partidos o agrupaciones cuya personería jurídica haya sido reconocida por el Consejo Nacional Electoral, adicionó un requisito no previsto en la ley con ostensible quebranto del artículo 18 de la Ley 58 de 1985; por su parte, la comunicación 3133 de. 9 de abril de 1986, suscrita por el Registrador Nacional del estado Civil, es un acto de aplicación del artículo 1o. de la mencionada resolución e incurre, por lo mismo, en idéntica infracción legal.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta de marzo de mil novecientos noventa y cinco

Consejero Ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia Expediente No. A-056. Actor: Luis Enrique Agudelo Pino

Procede la Sala Plena a decidir el recurso extraordinario de anulación propuesto en contra del fallo que profirió la Sección Primera del Consejo de Estado, el 21 de julio de 1987, por virtud del cual se denegaron las súplicas de la demanda.

En ella se había solicitado la nulidad del artículo 1o. de la resolución No. 25 del acto administrativo contenido en la comunicación No. 3133 del 1o. y el 9 de abril de 1986, respectivamente, proferidos ambos por el Consejo Nacional Electoral y que, a título de restablecimiento del derecho, se dispusiera que el demandante, como candidato a la Presidencia de la República, podría disponer de espacios en la televisión, en igualdad con los demás candidatos.

EL FALLO RECURRIDO

La sentencia impugnada parte de estas consideraciones:

"Se fundamentan exclusivamente los actos acusados en los arts. 17 y 18 de la Ley 58 de 1985. Es por consiguiente el denunciado quebranto de estas disposiciones el que debe estudiarse en primer lugar. Primero, por cuanto son

ellas las que regulan en forma inmediata la materia de que se trata. Y, segundo, porque sólo la infracción de ellas podría dar lugar, en forma indirecta, a la violación de las restantes normas legales y constitucionales que relaciona el concepto de la violación. Reza pues la primera de las normas citadas:

"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".

"Y el art. 18 dispone: "La televisión y las emisoras oficiales se abstendrán de difundir propaganda política distinta de la prevista en el artículo anterior. No obstante, dentro de los treinta (30) días anteriores a las elecciones presidenciales, los medios de comunicación social del Estado destinarán espacios para que los candidatos a la Presidencia de la república expongan sus tesis y programas. La Corte Electoral establecerá para cada debate el número y duración de dichos espacios y los distribuirá gratuitamente entre los distintos candidatos".

"Sin esfuerzo alguno puede apreciarse la íntima conexión existente entre las dos disposiciones transcritas. Al paso que la primera sienta la regla general de la gratuidad de los espacios en los medios de comunicación del Estado para la difusión de programas de los partidos o agrupaciones registrados, la siguiente regula la forma como opera dicha disposición gratuita en favor de los candidatos presidenciales en la etapa preelectoral.

"Que el uso gratuito de los mencionados medios de comunicación sólo puede beneficiar a los "Candidatos presidenciales debidamente inscritos... por partidos o agrupaciones cuya personería jurídica haya sido reconocida por el Consejo Nacional Electoral", como lo decidió este organismo con fundamento en el art. 17 de la Ley 58 de 1985, es una conclusión que hay que acoger sin reserva alguna, por las siguientes razones:

"1a.- Por la estrecha dependencia en que se halla el art. 18 citado frente al anterior, lo que se evidencia por la expresa cita que en tal norma se hace del artículo 17.

"2a.- Por razones de índole práctica. Piénsese si no en la proliferación de candidaturas presidenciales que brotan al amparo de nuestro sistema democrático, muchas de ellas a título exclusivamente personal o con un exiguo o inexistente respaldo colectivo, situaciones que no justifican en forma alguna la gratuidad (sic) de los servicios de comunicación oficiales en igualdad de con-

diciones con agrupaciones partidistas de viejo cuño o de honda raigambre popular. Al disponerse que la candidatura presidencial esté avalada por "partidos o agrupaciones" con personería jurídica reconocida, se le están exigiendo un mínimo de seriedad a la candidatura, como requisito sine qua non para que amerite el respaldo de los medios estatales implícito en el art. 18 en estudio.

Como la anterior interpretación tiene pleno respaldo jurídico en los susodichos arts. 17 y 18 de la Ley 58 de 1985, es obvio que no puede darse por tal motivo el quebranto de las restantes normas de que da cuenta el concepto de violación, que en manera alguna tratan del asunto regulado en los actos acusado. No prospera en consecuencia el cargo que contra estos se formula en la demanda". (Fls. 49 a 50 C.1).

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Con el propósito de obtener "la anulación de la sentencia... para que en su lugar de provea a reponer la sentencia anulada restableciendo la juridicidad y los claros derechos del actor", el recurrente expuso dos cargos cuyo desarrollo resume, a continuación, la Sala"

Primer cargo.- Violación del artículo 18 de la Ley 58 de 1985, por "equivocada o errada interpretación".

Con el propósito de desvirtuar la premisa del fallo según el cual el uso gratuito de los medios de comunicación sólo puede beneficiar a los candidatos presidenciales debidamente inscritos por partidos o agrupaciones cuya personería Jurídica haya sido reconocida por el Consejo Nacional, el recurrente expone dos clases de argumentos:

De un lado sostiene, en contra del fallo, que los artículos 17 y 18 de la Ley 58 de 1.985 "regulan situaciones absolutamente diferentes y que no existe relación alguna de dependencia entre ellos por la diversa materia de que se ocupan". así:

"a.) El artículo 17 regula la concesión de espacios en los medios de comunicación social del Estado:

"- A favor, única y exclusivamente, de partidos y agrupaciones políticos "registrados";

"- esta concesión gratuita es "permanente" y no sólo para debates electorales;

"- con una finalidad concreta: el fortalecimiento de los partidos políticos, y por consiguiente del sistema democrático, permitiéndoles canalizar clientela

electoral, reclutar y seleccionar dirigentes, generar políticas y programas de gobierno, la integración social, etc., por el conocimiento que ellos den a la sociedad de sus principios, ideología, proyectos y realizaciones.

"b) El artículo 18, a su vez:

"- Consagra un beneficio "transitorio", con temporalidad enmarcada dentro de los treinta (30) días anteriores al debate o elección presidencial;

"- Constituye una clara excepción a la prohibición para los medios de comunicación social de transmitir propaganda política "distinta" de la relacionada en el artículo 17. Porqué distinta?. Porque persigue no ya dar a conocer principios, programas, etc., de los partidos o agrupaciones políticas éstos si "reconocidos", sino las tesis y los programas de los "distintos candidatos" a la Presidencia. Esta excepción para hacer propaganda distinta a la que normalmente pueden hacer los partidos políticos, está relievada con la expresión "no obstante" que utiliza la ley:

"Es de bulto que la ley sólo habla de "distintos candidatos", sin la exigencia de su pertenencia a un partido o agrupación políticos "registrados" como se pretende en la sentencia;"

- Tiene, como se ve, una finalidad específica: la de dar a conocer las tesis y los programas de los distintos candidatos". (Fls 57 a 58).

De otra parte, reprocha las razones de "Indole práctica y no jurídica" en que se apoya la sentencia y concluye"

"...la seriedad de una candidatura o el respaldo a la misma, no surgen de que el aspirante a la Presidencia represente a una colectividad política inscrita o de "viejo cuño" y no de una adecuación a los cánones constitucionales que señalan los requisitos para poder aspirar la Presidencia de la República. La exigencia del aval por una agrupación o partido político con personería jurídica, como se hace en la resolución 25 del 1o. de abril de 1986 proferida por el Consejo Nacional Electoral, rebasa las previsiones del artículo 115 de la Carta y del artículo 159 de la Ley 28 de 1979 que hace aplicable el precepto constitucional". (Fl. 60 C.1).

Segundo cargo.- Dice el recurrente que la sentencia que se impugna limitó su análisis a los artículos 17 y 18 de la Ley 58 de 1985 y "dejó de considerar las demás normas invocadas, dizque porque no trataban del asunto regulado...", incurriendo "en quebranto de esas mismas normas, por no aplicarlas, como debió hacerse"; tales disposiciones son, a términos del recurso, los artículos 10, 11, 15 y

20 de la Constitución Política, 2 y 5 de la Ley 28 de 1979; 1, 3, 4 y 5 de la Ley 96 de 1985; artículo 25, literal b y 26 de la Ley 74 de 1986.

LA SALA CONSIDERA

Las dos disposiciones sobre cuya interpretación surge la discrepancia del recurrente con el fallo de la Sección Primera, están contenidas en los artículos 17 y 18 de 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", que en ese orden, preceptúan:

Articulo 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".

Articulo 18: "La televisión y las emisoras oficiales se abstendrán de difundir propaganda política distinta de la prevista en el artículo anterior.

No obstante, dentro de los treinta (30) días anteriores a las elecciones presidenciales, los medios de comunicación social del Estado destinarán espacios para que los candidatos a la Presidencia de la república expongan sus tesis y programas.

La Corte Electoral establecerá para cada debate el número y duración de dichos espacios y los distribuirá gratuitamente entre los distintos candidatos".

Sobre esta base legal, la sentencia impugnada dedujo:

a.- "La íntima conexión existente entre las dos disposiciones"

b.- que la primera "sienta la regla general de la gratuidad de los espacios en los medios de comunicación del Estado para la difusión de propagandas de los partidos o agrupaciones registrados...".

c.- que la segunda "...regula la forma como opera dicha disposición gratuita en favor de los candidatos presidenciales en la etapa preelectoral".

d.- que solamente pueden hacer uso gratuito de tales medios los "Candidatos presidenciales debidamente inscritos... por partidos o agrupaciones cuya personería jurídica haya sido reconocida por el Consejo Nacional Electoral".

A juicio de la Sala, la anterior no corresponde a la comprensión lógica de los preceptos legales comprometidos en la controversia; y, por el contrario, hace decir a la ley no sólo aquello que no dice sino que genera una inteligencia contraria a la voluntad legal.

En efecto:

a.- El artículo 17 de la Ley 58 de 1985 sienta una regla general que se reitera al comienzo del primer inciso del artículo 18; empero, en la parte final de este inciso y en el segundo, se consagra una excepción a la regla; de este modo, el nexo que existe entre las dos no es de dependencia, como lo sostiene el fallo, sino de exclusión; vale decir, cuando se presenta realizado el supuesto de hecho que prevé la norma excepcional (artículo 18), su aplicación excluye la regla general (artículo 17), y viceversa.

b.- Lo anterior está indicando que el supuesto fáctico es distinto para cada una de las fórmulas legales: el primer caso (artículo 17), se refiere a la difusión que pueden hacer los partidos o agrupaciones políticas, de modo gratuito, el los medios oficiales, de sus principios, programas, realizaciones y opiniones.

El segundo (artículo 18), se refiere a los candidatos a la Presidencia de la República quienes pueden exponer sus tesis y programas, también gratuitamente y en los mismos medios de difusión, dentro de los 30 días anteriores a la elección presidencial.

c.- Se trata, pues, de hipótesis distintas con finalidades diferentes, y diversos titulares; para el primero de los eventos (artículo 17), se pretende la difusión de los principios, programas y opiniones de partidos y agrupaciones políticas; en el segundo (artículo 18), el propósito es la exposición de las tesis y programas de los candidatos a la Presidencia de la República.

Son titulares de la primera situación, por consiguiente, los partidos y agrupaciones políticas **registrados** en el Consejo Nacional Electoral; y lo son, de la segunda, los candidatos a la Presidencia de la República, sin más exigencias; en otros términos, para éstos no es menester -para efectos de quedar cubiertos por la disposición legal- que pertenezcan a un partido o agrupación política que tenga reconocida su personería jurídica ante el Consejo Nacional Electoral.

Lo anterior parece suficiente para dar razón al recurrente y para anular el fallo impugnado que resulta directamente violatorio, por errónea interpretación, de los artículos 17 y 18 de la Ley 58 de 1985.

En estas condiciones, debe la Sala dictar el fallo que reemplace al anulado, tarea que se emprende con estas,

CONSIDERACIONES:

En el proceso está probado lo siguiente:

1.- Que el 7 de abril de 1986, fue inscrito, ante el Registrador Nacional del Estado Civil, como candidato a la Presidencia de la República por el partido demócrata cristiano, para el período constitucional 1986-1990, el señor Luis Enrique Agudelo Pino (Fl. 2).

2.- En la misma fecha, el mencionado candidato solicitó del Consejo Nacional Electoral, la asignación - en su favor - de un turno en los medios de comunicación oficiales, en igualdad de condiciones con los demás candidatos; invocó, para el efecto el artículo 7o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, o sea, el principio de igualdad ante la ley; los artículos 17 y 18 de la Ley 58 de 1985, antes comentados, y la resolución No. 20 de 1986 expedida por el propio Consejo Electoral (Fls. 3 y 4).

3.- El 9 de abril de ese año, el peticionario obtuvo respuesta mediante el oficio No. 3133 que le remitió el Registrador Nacional del estado Civil, que expresa:

"En relación con su solicitud del 7 de abril sobre espacios de televisión, informo a usted que el Consejo Nacional Electoral tuvo ocasión de estudiarla en su sesión de ayer.

"La regulación de los espacios de televisión para los candidatos presidenciales está ya consagrada en la Resolución No. 25 proferido el día 1o. del corriente mes por el mencionado Consejo.

"Es cierto que el Consejo reglamentó en forma separada los espacios de los partidos y los candidatos. Ello no desvirtúa la íntima relación que existe entre los artículos 17 y 18 de la Ley 58 de 1985, la cual no sólo se desprende de la alusión expresa que hace el segundo de ellos al primeramente citado, sino de la consideración general y sistemática de la ley referida, que tiene por objeto regular el régimen de los partidos mediante la expedición del **estatuto** que le es propio.

"Como consecuencia de ello, el Consejo reafirmó el criterio expresado en la resolución aludida: las ventajas que se derivan de las normas invocadas por usted se refieren a los partidos reconocidos; entre ellas, la de usar los espacios de televisión y radio de propiedad del Estado, bien mediante la difusión de

programas institucionales, hora presentada a sus candidatos presidenciales". (Fls. 5 a 6 C.1).

4.- La resolución No. 25, de abril 1o. de 1986, a que se hace alusión en el oficio anterior, expedida por el Consejo Nacional Electoral, dispone:

"ARTICULO 1o.- Los candidatos presidenciales debidamente inscritos ante el Registrador Nacional del Estado Civil por partidos o agrupaciones cuya personería jurídica haya sido reconocida por el Consejo Nacional Electoral, tendrán derecho a exponer sus tesis y programas por la Cadena Uno de la Televisora Nacional en cuatro (4) espacios, de veinte (20) minutos de duración cada uno, que se transmitirán semanalmente entre el 21 de abril y el 16 de mayo de 1986.

"Los mencionados espacios se difundirán siempre a la misma hora y de conformidad con las normas técnicas que el Instituto Nacional de Radio y Televisión -INRAVISION - considere pertinente. No habrá transmisión los sábados, domingos y feriados.

"ARTICULO 2O.- El orden en que hablarán los candidatos se rige por la primera letra del primer apellido, así: durante la primera demanda, se ascenderá el orden alfabético de al letra "a" a la letra "z"; durante la segunda semana se invertirá el orden de la letra "z" a la letra "a", y así alternativamente hasta completar las cuatro semanas.

"ARTICULO 3O.- Cada candidato adoptará para el uso de los espacios que le corresponden el estilo, formato o modalidad periodístico que considere conveniente.

"ARTICULO 4O.- La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición" (Fl 7 C.1)

5.- En vista de que al partido Demócrata Cristiano le fue negada la personería jurídica, según se desprende del oficio visible a folios 9 del expediente, suscrito por el Registrador Nacional del estado Civil, el actor demandó la nulidad del artículo 1o. de la resolución 25 transcrita atrás y el contenido de la comunicación No. 3133 cuyo texto también se dejó copiado; a título de restablecimiento del derecho solicitó que el Consejo Nacional Electoral le asignase espacios de televisión, en igualdad con los demás candidatos para exponer sus tesis y programas.

6.- Los razonamientos que sirvieron de premisa para determinar la nulidad del fallo objeto del recurso, tienen validez para deducir también la nulidad de los actos acusados.

El artículo 1o. de la Resolución No. 25 de 1986 del Consejo nacional Electoral, al exigir que los candidatos presidenciales, para disfrutar de espacio de televisión, debían estar inscritos "por partidos o agrupaciones cuya personería Jurídica haya sido reconocida por el Consejo nacional Electoral, adicionó un requisito no previsto en la ley con ostensible quebranto del artículo 18 de la Ley 58 de 1985; por su parte, la comunicación 3133 de. 9 de abril de 1986, suscrita por el Registrador Nacional del estado Civil, es un acto de aplicación del artículo 1o. de la mencionada resolución e incurre, por lo mismo, en idéntica infracción legal.

Lo dicho significa que se declarará la nulidad de los actos acusados, la cual, para el caso de la resolución No. 25 de 1986, se limitará a la exigencia no prevista en la ley.

En cambio no será posible acceder al restablecimiento del derecho conforme se ha solicitado porque el transcurso del tiempo lo ha hecho imposible.

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:

PRIMERO: DECLARASE la nulidad de la sentencia de 21 de julio de 1987, proferida por la Sección Primera de esta Corporación.

SEGUNDO: DECLARASE la nulidad del artículo 1o. de la resolución No. 25 del 1o. de abril de 1986 expedida por el Consejo Nacional Electoral, en la siguiente expresión:

"...por partidos o agrupaciones cuya personería jurídica haya sido reconocida por el Consejo Nacional Electoral,...".

TERCERO: DECLARASE la nulidad de la comunicación No. 3133 de 9 de abril de 1986, suscrita por el Registrador Nacional del Estado Civil y dirigida al Doctor Luis Enrique Agudelo Pino, candidato presidencial por el partido demócrata cristiano para el período constitucional de 1986-1990.

CUARTO: DENIEGANSE las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fue aprobada por la Sala Plena en su sesión del día veintiocho (28) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Diego Younes Moreno Presidente Ausente con excusa *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, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Delio Gómez Leyva, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez* Ausente con excusa, *Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosat, Denise Duviau de Puerta,*

Nubia González, Secretaria

ESPACIOS DE TELEVISION. DIFUSION DE PROGRAMAS DE LOS PARTIDOS POLITICOS REGISTRADOS (Salvamento de Voto)

Cuando el artículo 17 de la Ley 58/85 dice que "de conformidad con la reglamentación que para el efecto expide la Corte Electoral, los partidos y agrupaciones políticas 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", está queriendo significar que para que el candidato de un partido o de una agrupación pueda hacer uso gratuito de los medios de comunicación del Estado, debe estar registrado -tener personería jurídica se dice hoy - ante la Corte Electoral - hoy Consejo Nacional Electoral -, pues la ley concede el beneficio a los partidos o agrupaciones que tengan ese carácter y no a los candidatos individualmente considerados. Eso era lo vigente en la época y a ello hay que atenerse para resolver el asunto *sub-lite* como es obvio.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ALVARO LECOMPTE LUNA

EN LA PROVIDENCIA CALENDADA A TREINTA (30) DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO (1995) APROBADA EN SESION DEL DIA VEINTIOCHO (28) DE LOS MISMOS MES Y AÑO Y QUE DECIDIO EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION INTERPUESTO POR EL CIUDADANO LUIS ENRIQUE AGUDELO PINO CONTRA SENTENCIA DE LA SECCION PRIMERA DE LA CORPORACION. Expediente No. A-056.

Con profundo respeto hacia el criterio de la ilustrada mayoría de la Sala Plena que llevó al fallo mediante el cual fue declarada la nulidad de la sentencia de 21 de julio de 1987, dictada por la Sección Primera de la Corporación en este asunto, el

suscrito magistrado se permite expresar y dejar aquí su pensamiento que lleva al sentido contrario, pues, en su sentir, no debió proferirse lo así decidido, ni mucho menos, como consecuencia de ello, declarar la nulidad del art. 1o. de la resolución No. 025 de 1 de abril de 1986 expedida por el Consejo Nacional Electoral en la frase que dice "...por partidos o agrupaciones cuya personería Jurídica haya sido reconocida por el Consejo Nacional Electoral..." y tampoco la nulidad de la comunicación 3133 de 9 de abril del último año mencionado, suscrita por el Registrador Nacional del Estado Civil y dirigida al doctor Luis Enrique Agudelo Pino, candidato presidencial por el partido demócrata cristiano para el período constitucional 1986-1990.

En efecto, el primero de los actos, de contenido general, obedeció al cumplimiento fiel de la norma en que se inspiró, es decir, en 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". Obsérvese que el propio encabezado de la ley, que comprende a toda ella, está hablando **del estatuto básico de los partidos políticos,** por lo cual comprende **todo** su articulado de una manera integral, de tal suerte que no pueden interpretarse, según lo entiende el suscrito, de modo aislado o como si ningún nexo teleológico los vinculara entre sí para constituir, repito, un todo armónico.

De esta suerte, cuando el art. 17 de la ley 58 de 1985 dice que "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", está queriendo significar que para que el candidato de un partido o de una agrupación pueda hacer uso gratuito de los medios de comunicación del estado, debe estar registrado tener personería jurídica se dice hoy - ante la Corte Electoral - hoy Consejo Nacional Electoral -, pues la ley concede beneficio a los partidos o agrupaciones que tengan ese carácter y no a los candidatos individualmente considerados. Eso era lo vigente en la época y a ello hay que atenerse para resolver el asunto sub lite como es obvio.

Además de los anterior, como lo recuerda la ponencia, el art. 18 de la propia ley 58 de 1985 aclara, cree el suscrito, aún más la cuestión al señalar en su primer inciso una prohibición, al expresar que "La televisión y las emisoras oficiales se abstendrán de difundir propaganda política distinta de la prevista en el artículo anterior", porque es claro que se está refiriendo a la que atañe a los "partidos o agrupaciones registrados, amen de que el segundo inciso, al hablar de los candida-

tos presidenciales, está haciendo referencia a los candidatos que tengan respaldo de alguno o algunos de "**partidos o agrupaciones registrados**" y no a ciudadanos que carezcan de ese respaldo. Pasa nuevamente a transcribir la norma en su integridad:

> "ARTICULO 18: La televisión y las emisoras oficiales se abstendrán de difundir propaganda política distinta de la prevista en el artículo anterior.
>
> No obstante, dentro de los treinta (30) días anteriores a las elecciones presidenciales, los medios de comunicación social del Estado destinarán espacios para que los candidatos a la Presidencia de la república expongan sus tesis y programas.
>
> La Corte Electoral establecerá para cada debate el número y duración de dichos espacios y los distribuirá gratuitamente entre los distintos candidatos".

¿Cuáles candidatos? Pues aquellos que tengan el respaldo de un partido o una agrupación **registrados** ante las autoridades electorales, dado que, se insiste, la disposición está involucrada, hace parte integrante del estatuto básico de los partidos políticos, amen de proveer a la financiación parcial de las campañas electorales de esos partidos o agrupaciones registrados, no a otros que carezcan de dicha condición o calidad.

Entonces, al disponer la resolución No. 25 de 1986 - abril 1o. - que "los candidatos presidenciales debidamente inscritos ante el Registrador Nacional del Estado Civil **por partidos o agrupaciones cuya personería jurídica haya sido reconocida por el Consejo Nacional Electoral**, tendrán derecho a exponer sus tesis y programas por la Cadena Uno de la Televisora Nacional en cuatro (4) espacios, de veinte (20) minutos de duración cada uno, que se transmitirán semanalmente entre el 21 de abril y el 16 de mayo de 1986" (se subraya), únicamente está desarrollando un mandato legal de ineludible cumplimiento y, por lo tanto, cuando el Registrador Nacional del Estado Civil, cursó el oficio 3133 de 9 de abril de 1986, no hizo otra cosa que darle cumplimiento, en un caso concreto, a lo que disponía la ley y lo que disponía la reglamentación.

Por eso, hizo bien la Sección Primera cuando despachó desfavorablemente las peticiones de la parte actora y por eso no ve el suscrito que se hayan cumplido los postulados de la hoy derogada disposición sobre el recurso extraordinario de anulación para que éste prosperara, por cuanto para que ello pudiera ocurrir era necesario cuando el yerro en que incurriera el juez, al dirimir el conflicto, proviniera de un error in iudicando, bien porque eligiera mal la norma sustancial de tal modo

que lo condujera a aplicar un texto impertinente, o a aplicar el texto adecuado pero atribuyéndole un sentido o alcance que no tuviera, y ya se vio que en este asunto, la Sección Primera no contempló que los actos acusados tuvieran otro alcance que el cabal que les daba le ley en que se inspiraron.

El suscrito quiere hacer notar que ideológicamente no comulga con la letra ni con el espíritu de la Ley 58 de 1985, pero ella no es más que fruto de nuestra imperfecta y vacilante democracia.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna

Santa Fe de Bogotá, D.C. 3 de abril de 1995.

SALA DE CONSULTA

CONTRATO DE FIDUCIA PUBLICA. ENCARGO FIDUCIARIO. COMISION Y VALOR DE GARANTIA DE LA SERIEDAD. FONDO DE PENSIONES PUBLICAS

En los contratos de fiducia pública o encargo fiduciario, el valor de la comisión que se fije en el contrato deberá estar conforme con las tarifas que prescribe la Superintendencia Bancaria. El monto de la comisión constituye el valor del contrato. Sobre dicho valor se determinará el monto de la garantía de seriedad y de la garantía única, según lo dispuesto por la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco*

Radicación No. 652. Referencia: Consulta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social relacionada con los fondos de pensiones públicos del nivel nacional y de solidaridad pensional de que trata la Ley 100 de 1993.

La señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social, doctora María Sol Navia Velasco, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

"El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social viene adelantando las Licitaciones Públicas Nos. 01 y 02 de 1994, en relación con el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional y el Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la Ley 100 de 1993.

De conformidad con lo previsto en el numeral 4o. del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, a solicitud de las fiduciarias Central S.A. y Cooperativa de Colombia

FIDUCOOP, se realizaron las Audiencias Públicas respectivas, los días 28 y 31 de octubre del presente año.

De las inquietudes presentadas por los asistentes a las Audiencias citadas, se puede concluir lo siguiente:

1. Garantía de seriedad de la propuesta. Punto 2.4. de los Pliegos. Los interesados solicitan que el monto de la garantía no sea sobre el valor de los recursos que manejará el Fondo, puesto que en los contratos de fiducia el valor del contrato es el valor de la comisión. Proponen fijar un monto estimado de acuerdo con la comisión que cobre la fiduciaria o un valor fijo.

2. Información general sobre el contrato sección VIII del pliego. Los interesados solicitan que se incluya lo relacionado con la garantía de cumplimiento, principalmente establecer el monto sobre el cual se va a fijar dicha garantía.

Así las cosas y teniendo en cuenta lo señalado en el parágrafo único del artículo 16 del Decreto 679 de 1994 reglamentario de la Ley 80 de 1993, preceptúa que la garantía de seriedad de la propuesta no podrá ser inferior al 10% del valor de la misma o del presupuesto oficial estimado según lo determinen los pliegos.

El Ministerio en el punto 2.4 de los pliegos, estableció que la garantía de seriedad de la oferta sería equivalente al 10% del presupuesto oficial estimado.

De otra parte, la Ley 80 de 1993 en el artículo 25 numeral 19 nos dice que la garantía única se mantendrá vigente durante la vida y liquidación del contrato y, el Decreto 679 de 1994 artículo 17 literal b), reglamentario de la misma ley, dice que el valor del amparo del cumplimiento del contrato no será inferior al monto de la cláusula penal pecuniaria o al 10% del valor del contrato.

En razón a lo anterior, este Ministerio a través de la División Legal, consultó en el día de ayer en forma verbal con la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República, la cual nos recomendó establecer un monto aproximado de transacciones que deban realizar los fondos durante los cinco años que durará el contrato.

El Ministerio entró a considerar la recomendación de la Oficina Jurídica de la Presidencia, llegando a la conclusión que lo anterior no se puede establecer por las siguientes razones:

1. Para el Fondo de Pensiones Públicas en principio se van a pagar las pensiones que están a cargo de Cajanal, pero la Ley 100 de 1993 prevee que este

Fondo puede sustituir a las demás Cajas, Fondos o Entidades de Previsión del Sector Público del Nivel Nacional que sean declaradas insolventes por el Gobierno Nacional, circunstancia que al momento está en estudio y sobre la cual no se han tomado decisiones lo que hace impredesible saber el número de pensionados que va a absolver el fondo durante el período del contrato.

2. Para el Fondo de Solidaridad Pensional, la cobertura de la población que pueda ser beneficiaria del subsidio es fijada anualmente por el COMPES, la cual hace que tengamos una población variable año a año.

En consecuencia la inquietud del Ministerio se refiere a como establecer el monto para fijar la garantía de seriedad y así mismo poder establecer el valor del contrato que nos permita determinar la garantía única."

I. ANTECENDENTES CONSTITUCIONALES

1.- Dispone el artículo 53 de la Constitución Política que "El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: ...; garantías a la seguridad social..." Y agrega en el inciso 3o.: "El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales".

Por otra parte, el artículo 150 de la Carta, en su último inciso, le otorga competencia al Congreso para expedir el estatuto general de contratación para la administración pública y en especial de la administración nacional.

II. ANTECENDENTES LEGALES.

1.- Mediante la Ley 80 de 1993, el Congreso expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Dicha ley define, en el artículo 32, los contratos estatales como "los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previsto en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad".

A título enunciativo menciona algunos contratos y en el numeral 5o. se refiere a los "Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública" en los siguientes términos:

"Las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública, cuando así los autorice la ley, la Asamblea Departamental o el Concejo Municipal, según el caso.

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias.

La selección de la sociedad fiduciaria a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley.

Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales sobre la administración de los recursos públicos por tales sociedades las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia.

La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto.

A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley".

2.- La misma Ley 80 de 1993 en el numeral 19 del artículo 25 consagra:

"El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y tratándose de pólizas, no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativo y en los de seguros..."

3.- El Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 prescribe con relación a la garantía única, que esta tiene por objeto garantizar todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales; y por tanto de conformidad con los términos del respectivo contrato deberá cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones.

La garantía de seriedad no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del valor de las propuestas o del presupuesto oficial estimado, según exigencia de los pliegos de condiciones o términos de referencia (artículo 16).

El mismo Decreto Reglamentario, en el artículo 17, establece que la garantía única debe ser suficiente teniendo en cuenta las distintas clases de obligaciones amparadas; igualmente dispone como riesgo amparados únicamente los que correspondan a las obligaciones y prestaciones del contrato respectivo. A título enunciativo menciona los de buen manejo y correcta inversión del anticipo, cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio, correcto funcionamiento de los equipos, y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones (inciso 2o.).

Además, dentro de los principios señalados por el reglamento para evaluar la suficiencia de las garantías, se determina respecto de la de cumplimiento que el valor de dicho amparo no será inferior al monto de la cláusula penal pecuniaria ni al 10% del valor del contrato (literal b).

4.- De otra parte, el 23 de diciembre de 1993, el Congreso expidió la Ley 100, por la cual se creó el sistema de seguridad social integral; y en el artículo 97 se establece que los fondos de pensiones, así como los intereses, dividendos o cualquier otro ingreso generado por los activos que los integren, constituyen patrimonios autónomos, propiedad de los afiliados, independientes del patrimonio de la administradora.

El artículo 54 *ibidem*, determinó que la inversión de las reservas del Fondo de Pensiones Públicas entre otros, se manejarán mediante contrato de fiducia con las entidades del sector financiero especializado en este servicio.

A su vez, el artículo 130 de la misma Ley 100 crea el "Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional como una cuenta de la Nación adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyos recursos se deben administrar mediante encargo fiduciario".

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Antes de la expedición de la Ley 80 de 1993, existían dos tipos de negocios fiduciarios: la fiducia mercantil y el encargo fiduciario; se distinguían entre sí, en cuanto la fiducia implicaba la transferencia de uno o más bienes para su administración o enajenación; el encargo, en cambio, suponía la entrega pero sólo a título de mera tenencia.

En la actualidad, con la vigencia de la Ley 80 y para efectos de la contratación de las entidades estatales, se reconocen la fiducia pública y el encargo fiduciario; pero, en ninguno de los dos negocios se permite transferencia del dominio sobre los bienes o recursos estatales objeto de ellos, como tampoco se constituyen en patrimonios autónomos.

Pero debe tenerse en cuenta que antes de iniciar un proceso de contratación, se impone la determinación del objeto y el valor del contrato. A este respecto, el artículo 24, numeral 5o. de la citada Ley 80 fija las condiciones de los pliegos y dentro de ellas, en el literal c) establece: "Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato".

De tal manera que es menester en todo contrato de fiducia precisar su valor. Como quiera que en la Ley 80 de 1993 no se reguló lo referente al valor o precio, se debe recurrir a las normas que reglamentan la fiducia mercantil, atendiendo lo dispuesto por el inciso 9o. numeral 5o. artículo 32 de la ley sobre contratación administrativa según el cual "a la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley".

Así las cosas, el artículo 1237 del Código de Comercio establece que todo negocio fiduciario será remunerado conforme a las tarifas que al efecto expida la Superintendencia Bancaria; lo cual significa que la remuneración del contrato mencionado corresponde a la comisión de administración o manejo de los bienes o servicios que constituyen el objeto del contrato. De consiguiente debe claramente establecerse el valor de los bienes entregados en fiducia así como el valor de la comisión por el manejo de los mismos.

Una vez determinado el objeto y el valor del contrato, se debe proceder por la entidad estatal contratante a iniciar el trámite de selección de la entidad fiduciaria, con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso (inciso 5o. artículo 32 Ley 80 de 1993); es así, como en el pliego de condiciones deberá aparecer claramente estipulado el presupuesto estimado del contrato y las garantías requeridas con sus correspondientes cuantías y condiciones.

La Ley 80 citada, consagra la obligación para el contratista de prestar **garantía única** con el objeto de **avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato**, y de igual forma para los proponentes exige la constitución de la **garantía de seriedad de los ofrecimientos de su propuesta** (artículo 25 numeral 19).

Así mismo, el Decreto 679 de 1994 desarrolla lo referente a la garantía única y a la garantía de seriedad de la propuesta. Respecto de esta última, establece que no puede ser inferior al diez por ciento (10%) del valor de las propuestas o del presupuesto oficial estimado, según exigencia que la entidad contratante elija en el pliego de condiciones o términos de referencia. Lo que equivale a decir, según lo expuesto, que dicho porcentaje se aplica al total del valor de la comisión que se proponga como remuneración por el contrato de fiducia o encargo fiduciario, o el valor presupuestado que por dicha comisión haya estimado la entidad contratante.

Ahora bien, en cuanto a la garantía única, que tiene por objeto respaldar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista frente a las entidades estatales por razón de la celebración, ejecución y liquidación de los contratos esta-

tales, se deberán incluir como riesgos amparados los que corresponden a las obligaciones y prestaciones previstas para el respectivo contrato.

En los contratos de fiducia pública, habrá lugar a exigir la garantía única que cubra el riesgo de cumplimiento del contrato, por un valor no inferior al diez por ciento (10%) de la comisión fijada, y se mantendrá vigente por todo el tiempo de duración del mismo. Dicho valor deberá incrementarse teniendo en cuenta el monto de los recursos que se entreguen en fiducia.

LA SALA RESPONDE:

En los contratos de fiducia pública o encargo fiduciario, el valor de la comisión que se fije en el contrato deberá estar conforme con las tarifas que prescribe la Superintendencia Bancaria. El monto de la comisión constituye el valor del contrato.

Sobre dicho valor se determinará el monto de la garantía de seriedad y de la garantía única, según lo dispuesto por la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglementario 679 de 1994.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Trabajo y Seguridad Social y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Nubia González Cerón, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala

Autorizada su publicación el 20 de febrero de 1995.

DOCENTE UNIVERSITARIO. CESANTIA - Régimen Aplicable

El régimen de cesantías correspondiente a los empleados públicos docentes de las universidades estatales u oficiales del orden departamental, municipal y distrital, es el contenido en el Decreto 55 de 1994. De tal manera que quienes se hayan vinculado por concurso a partir del 11 de enero de 1994, gozan del régimen especial previsto en el artículo 99 y concordantes de la Ley 50 de 1990.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco*

Radicación No. 656 Referencia: Consulta del Ministerio de Educación Nacional relacionada con los docentes universitarios, régimen de cesantías (Ley 4a. de 1992. Decreto 55/94 y Ley 30 de 1992).

El señor Ministro de Educación Nacional, doctor Arturo Sarabia Better, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

ANTECEDENTES

En desarrollo de la Ley 4a. de 1992, y en concordancia con el artículo 77 de la Ley 30 de 1992, el Gobierno Nacional expidió el decreto salarial y prestacional para los empleados públicos docentes de las universidades estatales u oficiales del orden departamental, distrital y municipal.

En el parágrafo II del artículo 2o. del decreto en mención se dispuso que "quienes opten por el régimen salarial y prestacional establecido en el artículo 2o. de este decreto, se les aplicará el régimen de cesantías señalado en el artículo 99 y

normas concordantes de la Ley 50 de 1990. De otra parte el parágrafo del artículo 88 de la Ley 30 de 1992 determinó así: "Facúltase a las universidades estatales u oficiales para adoptar el régimen de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990. Este podrá acoger como obligatorio para quienes se vinculen laboralmente a la universidad a partir de la vigencia de la presente ley. Con respecto a quienes ya estuvieran vinculados, el traslado al nuevo régimen quedará al criterio exclusivo del docente o funcionarlo".

El Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior ICFES, ha conceptuado que el parágrafo II del artículo 2o. del Decreto 55 de 1994, es de forzosa aplicación por regular en su totalidad la materia y conceder una facultad discrecional al docente universitario, de acogerse o no al nuevo régimen salarial y prestacional dispuesto en la Ley 50 de 1990.

Cabe agregar que el parágrafo del artículo 88 de la Ley 30 de 1992, contiene una facultad que se le otorga a las universidades estatales como entes autónomos de acogerse al régimen de cesantías que más le convenga a diferencia del Decreto 55 de 1994 que deja aquella en cabeza del docente.

Por eso, ha querido hacer carrera otra interpretación en el sentido de que la norma aplicable a los docentes que se acojan al decreto en mención es la dispuesta en el parágrafo del artículo 88 de la Ley 30 de 1992, esto es quien decide en última instancia sobre el régimen de cesantías que se aplicará es la universidad.

Se consulta:

Para efectos de aplicación del régimen de cesantías de los empleados públicos docentes de las universidades estatales u oficiales del orden departamental, distrital y municipal qué normas serán aplicables? Las contenidas en el parágrafo II del artículo 2o. del Decreto 55 de 1994 o el parágrafo del artículo 88 de la Ley 30 de 1992?".

I. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES.

1. El artículo 67 de la Constitución Política consagra el servicio público educativo. Determina que corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación; así mismo en el artículo 68 establece que la ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente.

2. Por su parte, el artículo 150 de la misma Carta que fija las competencias del Congreso, le asigna en el numeral 19, literal e) la de dictar las normas genera-

les y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública.

II. ANTECEDENTES LEGALES

1. La reforma laboral adoptada por la Ley 50 de 1990 prescribe en el artículo 98 que el auxilio de cesantía se somete a dos regímenes: 1o.) El tradicional reglamentado por el Código Sustantivo del Trabajo, el cual continuará rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley y 2o.) El especial que se crea por dicha ley, y que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia.

En el parágrafo del mismo artículo 98 la ley confiere a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo celebrado con anterioridad a la vigencia de esta ley, la facultad de "acogerse al régimen especial señalado en el numeral segundo de la misma norma para lo cual es suficiente la comunicación escrita en la cual señale la fecha a partir de la cual se acoge".

2. En desarrollo del artículo 150-19 literal e) de la Constitución, el Congreso, mediante al Ley 4a. de 1992, facultó al Gobierno Nacional para fijar con sujeción a las normas, criterios y objetivos allí contenidos, el régimen salarial y prestacional, entre otros el de "los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea de su sector, denominación, régimen jurídico" (artículo 1o. literal a).

En el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1992 el Congreso le fija el Gobierno unos objetivos y criterios entre los cuales enumera en primeros término el de "el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado, tanto del régimen general como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales".

3. El 3 de septiembre de 1992, el Gobierno, en desarrollo de la Ley 4a. de 1992, expidió el Decreto 1444 sobre disposiones en materia salarial y prestacional para empleados públicos docentes de la universidades públicas del orden nacional. Respecto de las cesantías dispuso que "continuaran disfrutando del mismo régimen general de cesantías de los empleados públicos señalado en el decreto extraordinario 3118 de 1968".

4. Posteriormente por la Ley 30 de 1992 el Congreso organizó el servicio público de la educación superior; en el artículo 77 se establece que "el régimen

salarial y prestacional de los profesores de las universidades estatales u oficiales se regirá por la Ley 4a. de 1992, los decretos reglamentarios y las demás normas que la adicionan y complementan".

De otra parte, el parágrafo del artículo 88 *ibídem*, faculta:

"A las universidades estatales u oficiales para adoptar el régimen de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990. Este se podrá acoger como obligatorio para quienes se vinculen laboralmente a la universidad a partir de la vigencia de la presente ley.

Con respecto a quienes ya estuvieran vinculados, el traslado al nuevo régimen quedará al criterio exclusivo del docente o funcionario".

5. Finalmente, en desarrollo de las Leyes 4a. y 30 de 1992 se expidió por el ejecutivo el Decreto 55 de 1994, que contiene normas en materia salarial y prestacional para los empleados públicos docentes de las universidades estatales u oficiales del orden departamental, municipal y distrital.

Cuando dichos funcionarios se vinculan por concurso y a partir de la vigencia del decreto citado, el régimen de liquidación y pago de cesantías aplicable es el previsto en el artículo 99 y concordantes de la Ley 50 de 1990 (artículo 1o.).

Por su parte, el artículo 2o. *ibídem* dispone:

"Para los empleados públicos docentes de las universidades estatales u oficiales del orden departamental, municipal y distrital vinculados actualmente por el estatuto docente de la respectiva universidad, podrán optar por el régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 1444 de 1992, el Decreto 26 de 1993 y aquellos que los adicionen o modifiquen.

Quienes no se acojan al nuevo régimen continuarán rigiéndose por el régimen salarial y prestacional que efectivamente se les reconoció y pagó hasta el 31 de diciembre de 1993.

Parágrafo 1o. Para optar por este régimen se tendrá como plazo máximo el 30 de abril de 1994.

Parágrafo 2o. Quienes opten por el régimen salarial y prestacional establecido en el artículo 2o. de este decreto, se les aplicará el régimen de cesantías señalado en el artículo 99 y normas concordantes de la Ley 50 de 1990".

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. Una de las modificaciones introducidas por la Ley 50 de 1990 al régimen laboral colombiano, se concretó al auxilio de cesantía. En efecto, el mencionado estatuto acogió dos regímenes, así: a) El tradicional que debe continuar rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad al 28 de diciembre de 1990, fecha de publicación de la ley; y b) El especial, regulado por dicha Ley 50 y de aplicación obligatoria a los contratos de trabajo celebrados a partir de la vigencia de la misma.

Por otra parte, la ley citada otorga a los trabajadores que se encuentren amparados bajo el régimen tradicional, la facultad de acogerse al régimen especial, para lo cual es menester suscribir una comunicación escrita en que señale la fecha a partir de la cual decide ingresar al nuevo régimen.

Este es, el origen del derecho de opción para escoger el régimen de cesantías.

2. Constitucionalmente, la competencia para dictar normas sobre régimen salarial y prestacional de los empleados públicos corresponde al Gobierno, previa la expedición de una ley general o ley marco, que en el caso de la presente consulta es la Ley 4a. de 1992, desarrollada por el Decreto 55 de 1994, según el cual, los empleados públicos docentes de las universidades estatales u oficiales del orden departamental, municipal y distrital ya vinculados para la época de vigencia del decreto por el estatuto docente de la respectiva universidad, pueden optar por el régimen de cesantía especial creado por la Ley 50 de 1990, o por el que estaba vigente el 31 de diciembre de 1993, debiendo entenderse que quien tiene el derecho para elegir el régimen aplicable, tanto en virtud de la Ley 50 como del decreto reglamentario 55 de 1994, es el empleado público docente.

Además, debe tenerse en cuenta la previsión contenida en el artículo 10 de la misma Ley 4a. que dispone: "todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos".

Ahora bien, el parágrafo del artículo 88 de la Ley 30 de 1992 otorga la facultad, a las universidades estatales u oficiales, para adoptar el régimen de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990, previsión ésta que contraría el mandato constitucional consistente en que la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos corresponde al Congreso Nacional que expide la ley general por medio de la cual establece los criterios y objetivos a los cuales, por

disposición de la Carta Fundamental, debe sujetarse el Gobierno. Este fija el régimen salarial y prestacional de conformidad con los criterios y objetivos establecidos por el legislador. Por tanto, el legislador al expedir la Ley 30 de 1992 carecía de la competencia para facultar a las universidades para adoptar un régimen prestacional determinado, por cuanto esta función es exclusiva del Gobierno, desde luego, encausada conforme a los mandatos legales que prescriban los principios, criterios y objetivos.

3. En consecuencia, el régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos docentes de las universidades estatales u oficiales del orden departamental, municipal y distrital, que se vinculen por concurso con posterioridad al 11 de enero de 1994, fecha de vigencia del Decreto 55 del mismo año, es el especial previsto en el artículo 99 y concordantes de la Ley 50 de 1990.

A los empleados públicos docentes de las universidades estatales u oficiales del orden departamental, municipal y distrital que a la fecha de vigencia del mismo Decreto 55 ya estuvieren vinculados por el estatuto docente vigente de la respectiva universidad, si optaren por el régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 1444 de 1992 y demás que lo adicionen o modifiquen, les será aplicable el régimen de cesantías especial establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Finalmente, si tales funcionarios no optaren por el régimen anteriormente descrito, continuarán rigiéndose por el régimen salarial y prestacional que se les reconoció y pagó hasta el 31 de diciembre de 1993.

LA SALA RESPONDE:

El régimen de cesantías correspondiente a los empleados públicos docentes de las universidades estatales u oficiales del orden departamental, municipal y distrital, es el contenido en el Decreto 55 de 1994.

De tal manera que quienes se hayan vinculado por concurso a partir del 11 de enero de 1994, gozan del régimen especial previsto en el artículo 99 y concordantes de la Ley 50 de 1990.

A los funcionarios docentes que en la misma fecha ya estuvieran vinculados por el estatuto docente de la respectiva universidad y que optaren por el régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 1444 de 1992, igualmente les es aplicable el régimen especial de cesantías previsto por la Ley 50 de 1990; pero si dichos docentes no optaren por tal régimen, se les aplicará el régimen prestacional reconocido y pagada hasta el 31 de diciembre de 1993.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Educación Nacional y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco Presidente de la Sala. *Nubia González Cerón, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 16 de enero de 1995.

SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Excepción. **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-** Régimen Aplicable. **PRESTACIONES SOCIALES. PERSONAL DOCENTE**

La Ley 100 de 1993 directamente prescribe las prestaciones sociales de los empleados públicos. Más el artículo 279 del mismo estatuto excluyó del "sistema integral de seguridad social" -que instituye -entre los otros servidores públicos, "a los afiliados al fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración". La misma disposición agrega que "este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que al efecto se expida" (inciso 2o.), aunque no determina "las normas generales" para efectuarla. De manera que, según la transcrita disposición legal, las prestaciones sociales del magisterio no se rigen por la Ley 100 de 1993, sino por la Ley 91 de 1989 y por las que la completan y reforman.

SITUADO FISCAL. INGRESOS CORRIENTES DE LA NACION. TRANSFERENCIA. DEPARTAMENTOS. DISTRITOS. IVA. PAGO. PRESTACIONES SOCIALES. MAGISTERIO.

De acuerdo con la Constitución y la Ley, como la retención del impuesto a las ventas y demás recursos que la Nación transfiere a los departamentos y distritos se incorporan al situado fiscal, cuyo monto equivale al 23% de los ingresos corrientes de la Nación en 1994, ya no es posible que las entidades territoriales destinen un porcentaje del IVA para el pago de las prestaciones del magisterio, como contemplaba el artículo 8o., numeral 7o. de la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al artículo 6o., inciso 4o., de la Ley 60 de 1993 dispone, por una parte, que "el régimen prestacional

aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad... será el reconocido por la Ley 91 de 1989" y por otra, que "el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad".

PENSION. PERSONAL DOCENTE. REAJUSTE OFICIOSO DE PENSIONES

El artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que contempla el reajuste de oficio de las pensiones de jubilación, invalidez y de sobrevivientes, no es aplicable al personal docente, conforme a lo prescrito por el artículo 279, inciso 2o.. de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, los artículos 1o. y 2o. de la Ley 71 de 1988 relativos, en su orden, al reajuste de oficio de las pensiones contempladas por el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1966 "con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el gobierno el salario mínimo legal mensual" y a los límites mínimo y máximo de las pensiones, son aplicables al personal docente.

PRIMA SEMESTRAL. PERSONAL DOCENTE

La prima semestral, prescrita por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, también rige para los empleados docentes, porque la disposición comprenda sin excepción, a "los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes" de los sectores público y privado "en todos sus órdenes".

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES

Los recursos del Fondo Nacional de prestaciones sociales de Magisterio, contemplados por el artículo 8o., numeral 6o. de la Ley 91 de 1989, no subsisten porque esta disposición fue derogada expresamente por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993. Los regulados por los numerales 1, 2,, 4, 5, 8, 9 y 10 de la misma disposición se encuentran vigentes. Los recursos a que se refiere el numeral 7 del mismo precepto, según los artículos 356 de la Constitución, y, 11 parágrafo 5o. y 19, inciso 5o. de la Ley 60 de 1993, se integran al situado fiscal. Las sumas correspondientes a los aportes de las entidades territoriales se deben pagar con cargo al situado fiscal y girar directamente al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio. En la etapa de transición, de cuatro años, estas sumas se deben de-

ducir y girar antes de repartir el situado fiscal; transcurrida la etapa de transición, luego de efectuado el reparto del mismo, Según el artículo 9o., parágrafo 2o., de la Ley 60 de 1993., en las vigencias de 1994 y 1995 se excluye de la base para el cálculo del situado fiscal "el IVA al cemento, las asignaciones a las antiguas intendencias y comisarías y a las entidades de previsión social".

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Bogotá D.C., seis (6) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo*

Radicación No. 655. Referencia: Consulta del Ministerio de Educación Nacional relacionada con el magisterio y el Sistema Integral de Seguridad Social. Se absuelve la consulta que el señor Ministerio de Educación Nacional formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

"-Se aplica o no, los sistemas de pensiones, salud y demás prestaciones sociales establecidos por la Ley 100 de 1993,a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

-El reajuste pensional anual de oficio, establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, se aplica a no, a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

-La mesada adicional para los pensionados del mes de junio consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, se reconoce o no , a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

-Los aportes para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones establecidos en los artículos 27, 204 y 280 de la Ley 100 de 1993, son o no obligatorios, para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

-Las entidades médico-asistenciales que prestan sus servicios a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben adoptar o no, la forma de Entidades Promotoras de Salud e instituciones Prestadores de Servicios de Salud, de conformidad con los artículos 177 a 193 de la Ley 100 de 1993.

-Los servicios médico-asistenciales que presta el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a sus afiliados deben tener o no, cobertura familiar, como lo establece el artículo 163 de la Ley 100 de 1993.

-Para atender los riesgos profesionales (pensiones de invalidez, accidente de trabajo o enfermedades profesionales) de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se debe o no contratar con una Compañía de Seguros, de conformidad con los artículos 249 a 256 de la Ley 100 de 1993.

-Los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para obtener la pensión de invalidez deben ser evaluados o no, por las Juntas Regionales o la Junta nacional de Calificación de Invalidez, de conformidad con los artículos 38 a 45 de la Ley 100 de 1993.

-Sigue vigente o no, el régimen prestacional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

-Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio continúan siendo los mencionados en el artículo 8o. de la Ley 91 de 1989, o por el contrario son los montos de las cotizaciones establecidos para pensiones, para salud y las demás prestaciones consagradas en la Ley 100 de 1993.

-Los numerales 1,2,3,5, y 6 del Artículo 8o. de la Ley 91 de 1989, fueron o no derogados por el artículo 289 de la Ley 100 del 1993. En caso afirmativo cuáles serían los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para pagar las prestaciones sociales a sus afiliados.

-El numeral 7o. del articulo 8o. de la Ley 91 de 1989, será suprimido de conformidad con el parágrafo segundo del artículo 9o. de la Ley 60 de 1993."

La Sala considera:

1º) El artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución atribuye al congreso "dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno", entre otras materias, para "fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública". El gobierno debe desarrollar estas "normas generales" mediante decretos reglamentarios.

Se trata de las "leyes marco", instituidas por primera vez en el país por el Acto Legislativo No. 1 de 1968 - artículo 76, ordinal 22 y 120, ordinal 22, de la anterior Constitución-, mediante las cuales el Congreso regula, en forma general o abstracta, las prestaciones sociales de todos los empleados nacionales, departamentales, distritales y municipales, que el gobierno prescribe específicamente.

En todos los casos contemplados por el artículo 150, numeral 19, de la Constitución, las ramas legislativa y ejecutiva colaboran armónicamente para que las "normas generales", provenientes del Congreso, sean relativamente estables y las reglamentarias, expedidas por el gobierno, puedan adaptarse a las cambiantes circunstancias de los tiempos.

2°) Sin embargo, la Ley 100 de 1993 directamente prescribe las prestaciones sociales de los empleados públicos. Más el artículo 279 del mismo estatuto excluyó del "sistema integral de seguridad social" -que instituye-, entre otros servidores públicos, "a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración". La misma disposición agrega que "este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que al efecto se expida" (inciso 2°), aunque no determina "las normas generales" para efectuarla.

De manera que, según la transcrita disposición legal, las prestaciones sociales del magisterio no se rigen por la Ley 100 de 1993, sino por la Ley 91 de 1989 y por las que la completan o reforman.

3°) En consecuencia, las pensiones, sus ajustes, los riesgos profesionales y no profesionales y las prestaciones médico-asistenciales del magisterio, según el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se rigen por la Ley 91 de 1989 y por las demás que la adicionan o modifican: esta ley es anterior a la Constitución de 1991 y con posterioridad a su promulgación no se ha expedido una ley marco que la sustituya y le permita al gobierno prescribir directamente las prestaciones sociales del magisterio.

4°) Los principios legales relativos a las prestaciones sociales del magisterio, dispuestos por la Ley 91 de 1989, en síntesis, son los siguientes:

a) El artículo 2° de la mencionada ley, en armonía con la Ley 43 de 1975, determina las entidades que deben pagar las prestaciones sociales del magisterio, sus reajustes y sus sustituciones causados hasta su promulgación, teniendo en cuenta, el efecto, el proceso de su nacionalización cumplido en el lapso comprendido entre el 1° de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980.

El artículo 2°, numeral 5°, de la Ley 91 de 1989 además dispone que "las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente ley, son de cargo de la Nación y

serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", al cual se reconoció el derecho a percibir de las entidades a que estaba afiliado "las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles".

b) El artículo 3° de la Ley 91 de 1989 creó el "Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital...".

El artículo 4° de la misma ley dispone que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la presente ley, siempre con observancia del artículo 2°, y de los que se vinculen con posterioridad a ella". Y el artículo 5° Ibídem prescribe, como finalidades del Fondo, "efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado", prestar los servicios médicos-asistenciales, "que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el "Consejo Directivo"; llevar los "registros contables y estadísticos para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además puede ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda"; hacer que la Nación efectúe oportunamente los aportes que le corresponden y "transfiera los descuentos de los docentes" y que todas las entidades deudoras del Fondo "cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones".

c) El artículo 8° de la Ley 91 de 1989 determinó los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, a saber:

"1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.

2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.

3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.

4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.

5. El 5% de cada mesada pensional que pague al Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

6. El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4a. de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.

7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.

8. Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar las Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.

9. Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que conceda.

10. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto."

La Sala considera que las partidas correspondientes a los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9 y 10 se encuentran vigentes y que, en consecuencia, constituyen fuentes de ingresos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Los aportes a que se refiere el numeral 6°, relativo al 5% "a cargo de los docentes de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales", regulado por el artículo 5° de la Ley 33 de 1985, no subsiste porque esta disposición fué expresamente derogada por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993.

Según el artículo 356, inciso 2°, de la Constitución, el situado Fiscal es "el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, el distrito capital y los distritos especiales de Cartagena, Santa Marta y

Barranquilla, para la atención directa, o a través de los municipios, de los servicios que se les asignen". Esos recursos deben destinarse, además de la salud, a financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media y aumentarse cada año, "hasta llegar -según el inciso 3° de la misma disposición- a un porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que permita atender adecuadamente los servicios para los cuales está destinado"; con la misma finalidad, se deben incorporar a él "la retención del impuesto a las ventas y todos los demás recursos que la nación transfiere directamente para cubrir gastos en los citados niveles de educación", en los plazos y con las condiciones que determine la ley.

Según los artículos 11°, parágrafo 5°, 14 y 15 de la Ley 60 de 1993, actualmente se cumple un período de transición, de cuatro años, para que los departamentos y distritos asuman plenamente la transferencia del situado Fiscal; mientras tanto, "la administración de los recursos del situado fiscal se realizará con la intervención técnica y administrativa de la Nación", por conducto del respectivo ministerio o de los Fondo Educativos Regionales para la Educación (artículo 15, inciso 2°, de la Ley 60 de 1993).

De manera que de acuerdo con la Constitución y la ley, como la retención del impuesto a las ventas y demás recursos que la Nación transfiere a los departamentos y distritos se incorporan al situado fiscal, cuyo monto equivale al 23% de los ingresos corrientes de la Nación en 1994, ya no es posible que las entidades territoriales destinen un porcentaje del IVA para el pago de las prestaciones del magisterio, como contemplaba el artículo 8°, numeral 7°, de la Ley 91 de 1989.

Sin embargo, el artículo 6°, inciso 4°, de la Ley 60 de 1993 dispone, por una parte, que "el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad... será el reconocido por la Ley 91 de 1989" y, por otra, que "el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad".

En el último caso -incorporación del personal docente territorial al Fondo-, "las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente ley" (artículo 6°, inciso 5°, de la Ley 60 de 1993). Además, según la misma disposición, "el valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deben trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos

efectos, con base en la liquidación que se realice para cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos".

El artículo 11, parágrafo 5°, de la Ley 60 de 1993, en armonía con lo expuesto, dispone que durante el período de transición de cuatro años, de acuerdo con el reglamento que al efecto expida el gobierno, se determinará el valor de los aportes patronales para pensiones y cesantías que "se deducirá del valor total del situado fiscal antes de proceder a su distribución", y que, después del período de transición, tras el reparto del situado fiscal, el valor del aporte se deducirá de cada cuota: en ambos casos las correspondientes sumas deben girarse directamente al Fondo de Prestaciones del Magisterio.

Además, el artículo 19, inciso 5°, de la misma ley, prescribe que, sin que sea necesario remitirlas a los departamentos y distritos, "las sumas correspondientes a los aportes de las entidades territoriales, sus entes descentralizados, o entidades contratistas, que por concepto de prestaciones sociales del personal de salud, docente y administrativo, deban ser pagadas con cargo al situado fiscal, serán giradas directamente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio..." Agrega que, "de todas maneras, en los presupuestos de las entidades territoriales deberán quedar claramente especificadas las partidas con destino al pago de prestaciones sociales que deberán ser giradas por la nación en la forma aquí prevista".

Sin embargo, según el artículo 10°, parágrafo 2°, de la Ley 60 de 1993, "las apropiaciones para atender los pasivos prestacionales de salud y educación que corresponda pagar a la nación, en virtud de las Leyes 43 de 1975, 91 de 1989 y las reconocidas por la presente ley, serán financiadas con recursos diferentes al situado fiscal".

d) Respecto de los recursos provenientes de las transferencias nacionales a los municipios, de conformidad con el artículo 357 de la Constitución, el artículo 21, numeral 1°, de la Ley 60 de 1993 dispone que ellos deben invertirse, entre otras actividades, en el pago de personal docente y en "aportes de la administración para los sistemas de seguridad social del personal docente".

5°) Según el artículo 9°, parágrafo 2°, de la Ley 60 de 1993, para las vigencias fiscales de 1994 y 1995 de las base de cálculo del situado fiscal se excluyen "el IVA al cemento, las asignaciones a las antiguas intendencia y comisarías y a las entidades de previsión social".

6°) El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 prescribe el régimen legal de las prestaciones sociales para "el personal docente nacional y nacionalizado" y para

"el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990". Especialmente regula las pensiones, la cesantía y las vacaciones.

7° El artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que contempla el reajuste de oficio de las pensiones de jubilación, invalidez y de sobrevivientes, no es aplicable al personal docente, conforme a los prescrito por el artículo 279, inciso 2°, de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, los artículos 1° y 2° de la Ley 71 de 1988 relativos, en su orden, al reajuste de oficio de las pensiones contempladas por el artículo 1° de la Ley 4° de 1966 "con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el gobierno el salario mínimo legal mensual" y a los límites mínimo y máximo de las pensiones, son aplicables al personal docente.

Además, la prima semestral, prescrita por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, también rige para los empleados docentes, porque la disposición comprende, sin excepción, a "los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes" de los sectores público y privado "en todos sus órdenes". La Corte Constitucional, mediante sentencia No. C-409, de 15 de septiembre pasado, declaró inconstitucionales las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988 " de los inciso 1° y 2° del artículo 142 de la Ley 100 de 1989, por considerar que todos los pensionados, sin ninguna salvedad, tiene derecho a la prima mensual que prescribe.

8°) Los aportes para los fondos de solidaridad, contemplados por los artículos 27, 204 y 280, deben ser prestados por los servidores docentes porque la Ley 100 de 1993, a este respecto, no hace excepción alguna.

El artículo 21, inciso 5°, del Decreto 692 de 1994, que regula el Fondo de Solidaridad de Pensiones, expresamente se refiere a "los afiliados al Fondo Nacional de Pensiones del Magisterio" y dispone que si su remuneración es igual o superior a cuatro salarios mínimos deben contribuir con el 1%. Además, el artículo 3°, inciso 4°, del Decreto 695 de 1994 prescribe una contribución del 1% de los salarios para el fondo de solidaridad de salud que se distribuye entre el empleador y los trabajadores, en cuantías equivalentes a las dos terceras partes y a la tercer parte, respectivamente.

9°) Los artículos 163, 177 a 193 de la Ley 100 de 1993, relativos a la prestación de los servicios médico-asistenciales, de conformidad con el artículo 179, inciso 2° de la Ley 100 de 1993, no son aplicables al personal docente; tampoco lo son, por el mismo motivo, los artículos 38 a 454 y 249 a 256 de la Ley 100 de

1993, referentes, en su orden, a la evaluación de las incapacidades para el reconocimiento de pensiones de invalidez y a los seguros para riesgos profesionales. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, de conformidad con el artículo 5°, numeral 2°, de la Ley 91 de 1989, debe "garantizar la prestación de los servicios médicos-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo" y reconocer y hacer efectivas las prestaciones sociales de sus afiliados.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

1°) La Ley 100 de 1993 no es aplicable al personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones de estos empleados se rigen por la Ley 91 de 1989 y por las que la adicionan a reforman, conforme a los expuesto en la parte motiva.

Sin embargo, excepcionalmente, los artículos 27, 142, 204, y 280 de la Ley 100 de 1993, relativos a los fondos de solidaridad y a la prima semestral, son aplicables al mencionado personal.

2°) Los artículos 14, 38,a 45, 163, 177 a 193 y 249 a 256 de la Ley 100 de 1993 que, en su orden, se refieren al reajuste anual de las pensiones, a la evaluación de la incapacidad para reconocer pensión de invalidez, a la cobertura familiar de los servicios asistenciales y al seguro para riesgos profesionales, no son aplicables al personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3°) Las prestaciones sociales del personal docente, afiliado al Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio, prescritas por la Ley 91 de 1989, con las adiciones señaladas en la parte motiva, se encuentra vigente.

4°) Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contemplados por el artículo 8°, numeral 6°, de la Ley 91 de 1989, no subsisten porque esta disposición fué derogada expresamente por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993. Los regulados por los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9 y 10 de la misma disposición se encuentran vigentes.

Los recursos a que se refiere el numeral 7° del mismo precepto, según los artículos 356 de la Constitución, y 11, parágrafo 5°, y 19, inciso 5°, de la Ley 60 de 1993, se integran al situado fiscal.

5°) Las sumas correspondientes a los aportes de las entidades territoriales se deben pagar con cargo al situado fiscal y girar directamente al Fondo Nacional de

Prestaciones del Magisterio. En la etapa de transición, de cuatro años, esas sumas se deben deducir y girar antes de repartir el situado fiscal; transcurrida la etapa de transición, luego de efectuado el reparto del mismo.

6º) Según el artículo 9º, parágrafo 2º, de la Ley 60 de 1993, en las vigencias de 1994 y 1995 se excluyen de la base para el cálculo del situado fiscal "el IVA al cemento, las asignaciones a las antiguas intendencias y comisarias y a las entidades de previsión social".

Transcríbase, en sendas copias autéticas, a los señores Ministro de Educación Nacional y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala, *Nubia González Cerón, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria

Autorizada su publicación el 2 de febrero de 1995.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JAVIER HENAO HIDRON

Referencia: A la consulta radicada bajo el número 655

Nuestro disentimiento se concreta al tema relacionado con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sobre el particular, interroga el consultante:

1. Si dichos recursos continúan siendo los mencionados en el artículo 8°. de la Ley 91 de 1989, o por el contrario son los montos de las cotizaciones establecidos para pensiones, para salud y las demás prestaciones consagradas en la Ley 100 de 1993.

Debió responderse afirmativamente, es decir, que los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son los mencionados en el artículo 8° de la Ley 91 de 1989.

Expresamente, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó del sistema integral de seguridad social, conjuntamente con los miembros de la fuerza militares y de la policía nacional y los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, "a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargos serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración".

Ante tan perentoria declaración, la Ley 100 de 1993 mal podía derogar o modificar la Ley 91 de 1989, o sustraer parte de los recursos que ésta destina al mencionado Fondo.

Por eso, en el artículo 289 "vigencia y derogatorias", la Ley 100 guardó absoluto silencio en relación con la Ley 91 de 1989, la que tampoco le es contraria en ninguna de sus disposiciones.

Solo así manteniendo su integridad, la Ley 91 de 1989 estará en condiciones de respaldar debidamente al Fondo de Prestaciones Sociales de Magisterio para la completa atención de sus obligaciones.

2. Si los numerales 1, 2, 3, 5, y 6 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, fueron o no derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993. En caso afirmativo cuáles serían los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para pagar las prestaciones sociales a sus afiliados.

La ponencia, en un principio, consideró que los numerales 1, 2, y 6 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, no subsistían, por cuanto los artículos 2° de la Ley 4a. de 1966 y 5° de la Ley 33 de 1985 fueron expresamente derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993; tras la discusión de rigor, la mayoría de la Sala considera que "los aportes a que se refiere el numeral 6°., relativo al 5% a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales, regulados por el artículo 5°, de la Ley 33 de 1985, no subsiste porque esta disposición fue expresamente derogada por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993".

Ocurre que las disposiciones pertinentes de las Leyes 4a. de 1966 y 33 de 1985, o sea sus artículos 2° y 5°., respectivamente, aunque fueron derogados por la Ley 100 de 1993, para nada modifican la Ley 91 de 1989, cuyo numeral 6° del artículo 8° no fue derogado y, por tanto, conserva su vigencia. La derogatoria de normas anteriores, incorporadas al texto de la Ley 91, carece de aptitud para influir sobre una normatividad que tiene vida propia.

En cuanto al numeral 7 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989, acerca del cual dice el consultante que "será suprimido de conformidad con el parágrafo segundo del artículo 9° de la Ley 60 de 1993" y la Sala que "ya no es posible que las entidades territoriales destinen un porcentaje del IVA para el pago de las prestaciones del magisterio, como contemplaba el artículo 8°., numeral 7°., de la Ley 91 de 1989" (pág. 9), acotamos:

La Ley 60 de 1993, frente a la intención expresada en el parágrafo segundo del artículo 9°., en el sentido de excluir de la base de cálculo del situado fiscal el IVA al cemento y las rentas asignadas" a la antiguas intendencia y comisarias y a las entidades de previsión social", dispone concretamente en relación con el personal docente, que las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de sus prestaciones, a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, "serán giradas al mismo por las entidades territoriales", según la siguiente reglamentación: "El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deberán trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magis-

terio, se determinará para estos efectos, con base en la liquidación que se realice en cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos" (Ibídem, art. 6o., inciso quinto), de modo que, reconocido el valor anual de los aportes patronales para pensiones y cesantías, este valor "se deducirá del situado fiscal antes de proceder a su distribución" (Ibídem. art. 11, parágrafo 5º.).

Como consecuencia, el numeral 7 del articulo 8o. de la Ley 91 de 1989, que determina como recurso del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, "el porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del magisterio", está vigente, salvo la expresión "del IVA".

Por lo expuesto se reitera:

-La vigencia de la Ley 91 de 1989;

-La subsistencia de las partidas correspondientes a todos los numerales que contiene el artículo 8o. de dicha ley;

-La integridad de los recursos asignados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Bogotá, 6 de diciembre de 1994.

Javier Henao Hidrón

NOTA DE RELATORIA: La aclaración de voto del Dr. *Javier Henao Hidrón* se refiere a: La correspondiente a todos los numerales que contienen el art. 8o. de dicha ley; la integridad de los recurso asignados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Autorizada su publicación el 2 de febrero de 1995.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Modalidades. **PLAN OBLIGATORIO DE SALUD CONTRIBUTIVA. PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADA. PLAN OBLIGATORIO DE SALUD** - Afiliación. **PLAN OBLIGATORIO DE SALUD INDIVIDUAL. PLAN OBLIGATORIO DE SALUD COLECTIVO. PLAN OBLIGATORIO DE SALUD** - Cobertura Familiar. **PLAN OBLIGATORIO DE SALUD** - Beneficiarios

> **El artículo 7 de la Ley 4a. de 1976, sobre la cobertura familiar, fue subrogado por el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al régimen que contempla. Sin embargo, para los regímenes de excepción, determinados por el artículo 279 de la misma ley, en los cuales la cobertura familiar ha estado regulada por el artículo 7o. de la Ley 4a. de 1976, subsiste esta disposición.**

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo*

Radicación No. 659. Referencia.: Consulta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social sobre la vigencia del artículo 7o. de la Ley 4a. de 1976.

Se absuelve la consulta que la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

> "En mi calidad de Ministra de Trabajo y Seguridad Social, solicito comedidamente a los H. Magistrados de esa Sala, su pronunciamiento respecto de los interrogantes que se formulan a continuación:

El artículo 7o. de la Ley 4a. de 1976 establece:

"Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la ley, según lo determinan los reglamentos de las entidades obligadas tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento que las entidades, patronos o empresas tengan establecidos o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios.

"Parágrafo.- En los servicios de que trata este artículo quedan incluidos aquellos que se creen o se establezcan para los trabajadores en actividad por intermedio de cooperativas, sindicatos, cajas de auxilios, fondos o entidades similares, ya sea como auxilios, donaciones o contribuciones de los patronos".

Conforme al artículo 157 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud son de dos tipos:

- afiliados al régimen contributivo, y

- afiliados al régimen subsidiado

Al régimen contributivo pertenecen entre otros, los pensionados y jubilados.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud permite el acceso a un plan de Salud Obligatorio que tendrá cobertura familiar y del cual son beneficiarios, de acuerdo con el artículo 163 de la citada Ley, las siguientes personas:

"Cónyuge, compañero (a) permanente del afiliado cuya unión sea superior a dos años, los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero (a) permanente e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste".

Con base en las anteriores disposiciones se consulta:

- La Ley 100 de 1993, derogó el artículo 7o. de la Ley 4a. de 1976?"

La Sala considera:

1o) El artículo 1o. de la Ley 100 de 1993 instituye el "sistema de seguridad social integral" con el objeto de "garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan". El sistema, en consecuencia, se propone cubrir "las contingencias económicas y de salud, y la prestación de servicios sociales complementarios", y al efecto constituye un "conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos", conformado "por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales" regulado por la misma Ley (artículos 7o. y 8o. de la Ley 100 de 1993).

2o) En este orden de ideas, la Ley 100 de 1993, con el objeto de establecer un "sistema de seguridad social integral", en los libros 1o., 2o. y 3o. regula, respectivamente, el sistema general de pensiones, el de salud y el de riesgos profesionales.

3o) El artículo 152, inciso 2o., de la Ley 100 de 1993 dispone que "los objetos del sistema general de seguridad social en salud con regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención", con las excepciones, prescritas por la misma ley, que se rigen "por las disposiciones legales vigentes" y por las Leyes 9a. y 10a. de 1990 y 60 de 1993 (artículos 152 y 279 de la Ley 100 de 1993).

4o) El sistema general de seguridad social en salud se rige, entre otros, por los principios de obligatoriedad y libre escogencia. El primero hace obligatoria la afiliación "para todos los habitantes de Colombia" y, por ende, "corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este sistema" y al Estado facilitarla "a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago". El segundo "asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadores de servicios de salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios" (artículo 153, numerales 2 y 4). De manera que, a diferencia del régimen anterior, la Ley 100 de 1993 -con las salvedades que prescribe- hace obligatoria la afiliación al sistema general de seguridad social en salud, pero deja al usuario en libertad de escoger, si ello fuere posible, "entre las entidades promotoras de salud y las instituciones" encargadas de prestar ese servicio.

5o) En este mismo orden de ideas, el Estado debe intervenir, entre otras finalidades, para "asegurar el carácter obligatorio de la seguridad social en salud y su

naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia" (artículo 153, literal b, de la Ley 100 de 1993).

6o) La afiliación -que confiere derecho al "plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud", de conformidad con los artículos 159 y 169 de la Ley 100 de 1993- puede ser contributiva o subsidiada; la primera corresponde a "las personas vinculadas a través de contrato de trabajo", a "los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago" y la segunda a "las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización" (artículo 157, literal A, numerales 1o. y 2o., de la Ley 100 de 1993).

La afiliación también puede ser individual o colectiva, mediante empresas, agremiaciones o por asentamientos geográficos, según el reglamento. Pero "el carácter colectivo de la afiliación será voluntario, por lo cual el afiliado no perderá el derecho a elegir o trasladarse libremente entre entidades promotoras de salud" (artículo 157, parágrafo 2o., de la Ley 100 de 1993).

7o) Además, según el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, "el plan de salud obligatorio tendrá cobertura familiar". Esto significa que, para los efectos indicados, además del afiliado, existen otros beneficiarios determinados por la ley, a saber: "el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges que hagan parte del núcleo familiar y dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan exclusivamente del afiliado".

La misma disposición agrega que, "a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste". De manera que la ampliación de la cobertura familiar depende, en este caso, de las condiciones indicadas.

El parágrafo 1o. del artículo 163 de la Ley 100 de 1993 agrega que el reglamento que expida el gobierno debe determinar la forma de incluir en la cobertura familiar a los hijos con incapacidad permanente y el parágrafo 2o. que "todo niño que nazca después de la vigencia de la presente ley quedará automáticamente como beneficiario de la entidad promotora de salud a la cual esté afiliada a su ma-

dre" y que "el sistema general de solidaridad social en salud reconocerá a la entidad promotora de salud la unidad de pago por capacitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente Ley".

Como el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 regula en diferente forma la "cobertura familiar" del "plan obligatorio de salud", claramente subrogó el artículo 7o. de la Ley 4a. de 1976, en cuanto al régimen que contempla.

Sin embargo, para los regímenes de excepción, determinados por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, como el relativo a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, en los cuales la cobertura familiar ha estado regulada por el artículo 7o. de la Ley 4a. de 1976, subsiste esta disposición.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

1o) El artículo 7o. de la Ley 4a. de 1976, sobre la cobertura familiar, fue subrogado por el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al régimen que contempla.

2o) Sin embargo, para los regímenes de excepción, determinados por el artículo 279 de la misma Ley, en los cuales la cobertura familiar ha estado regulada por el artículo 7o. de la Ley 4a. de 1976, subsiste esta disposición.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministra de Trabajo y Seguridad Social y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala, *Nubia González Cerón, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada la publicación el 12 de enero de 1995.

SOCIEDAD. SOCIOS. SOCIEDAD - Disolución. **DESPIDO COLECTIVO. MINISTERIO DE TRABAJO** - Funciones. **AUTORIZACION**

Corresponde al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social autorizar el cierre total y definitivo y el consiguiente despido colectivo de trabajadores, en los casos enunciados por el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, previa observancia de los trámites legales. La disolución de una sociedad, motivada por la expiración del término de duración no faculta a sus directivos para proceder a despidos colectivos. Sólo cuando la disolución ocasione la terminación de la empresa o empresas que la sociedad viene desarrollando y la consiguiente clausura de labores, se podrá proceder al despido, previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Si la disolución de la sociedad no pone fin a las empresas, no existirá causa jurídica que motive un despido colectivo.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco*

Radicación No. 660 Referencia: Consulta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social relacionada con el alcance de los vocablos "sociedad" y "empresa o establecimiento", para los efectos de la autorización de un despido colectivo de trabajadores.

La señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social, doctora María Sol Navia Velasco, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

"En mi condición de Ministra de Trabajo y Seguridad Social, solicito a los Honorables Magistrados de esa Sala, su pronunciamiento respecto del alcance de los vocablos "sociedad" y "empresa o establecimiento", para los efectos

de la autorización de un despido colectivo de trabajadores, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

El artículo 40 del Decreto-Ley 2351 de 1965, modificado por el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, señala:

PROTECCION EN CASO DE DESPIDOS COLECTIVOS.

1. Cuando algún **empleador** considere que necesita hacer despidos colectivos de trabajadores, o terminar labores, parcial o totalmente, por causas distintas a las previstas en los artículos 5o., ordinal 1o. literal b) de esta Ley y 7o. del Decreto-Ley 2351 de 1965, deberá solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, explicando los motivos y acompañando las correspondientes justificaciones, si fuere el caso. Igualmente deberá comunicar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores de tal solicitud.

2. Igual autorización se requerirá cuando el **empleador** por razones técnicas o económicas u otras independientes de su voluntad necesite suspender actividades hasta por ciento veinte (120) días. En los casos de suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito, el empleador debe dar inmediato aviso al inspector del trabajo del lugar o en su defecto a la primera autoridad política, a fin de que se compruebe esa circunstancia.

3. La autorización de que trata el numeral 1o. de este artículo podrá conceder se en los casos en que el **empleador** se vea afectado por hechos tales como la necesidad de adecuarse a la modernización de procesos, equipos y sistemas de trabajo que tengan por objeto incrementar la productividad o calidad de sus productos; la supresión de procesos, equipos o sistemas de trabajo y unidades de producción; o cuando estos sean obsoletos o ineficientes, o que hayan arrojado pérdidas sistemáticas, o los coloquen en desventajas desde el punto de vista competitivo con empresas o productos que se comercialicen en el país o con los que debe competir en el exterior; o cuando se encuentre en una situación financiera que lo coloque en peligro de entrar en estado de cesación de pagos, o que de hecho así haya ocurrido...

...

6. Cuando un **empleador** o **empresa** obtenga autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para el cierre definitivo, total o parcial, de su empresa, o para efectuar un despido colectivo, deberá pagar a los trabajadores afectados con la medida, la indemnización legal que le habría correspondido al trabajador si

el despido se hubiera producido sin justa causa legal. Si la **empresa** o **empleador** tiene un patrimonio, líquido gravable inferior a mil (1.000) salarios mínimos mensuales, el monto de la indemnización será equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la antes mencionada.

Por su parte, el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 5o. de la Ley 50 de 1990, en su numeral 1o. literal e), establece:

TERMINACION DEL CONTRATO. El contrato de trabajo termina:

...

e) Por liquidación o clausura definitiva de la **empresa** o **establecimiento**.

El Código de Comercio en su artículo 218, numeral 1o., preceptúa:

La sociedad comercial se disolverá:

1. Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración.

Nótese que las normas laborales, más exactamente las relacionadas con la causal de terminación de los contratos de trabajo y con el despido colectivo de trabajadores, siempre se refieren a **empresa** o **establecimiento**.

Mientras que las normas de naturaleza comercial, siempre aluden a **sociedades comerciales**.

Pues bien, de conformidad con los artículos 98, 99 y 110 del estatuto comercial referido, y con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha junio 6 de 1972, "La sociedad y la empresa son fenómenos jurídicos distintos, pues el primero da nacimiento a la persona jurídica, distinta de la de sus socios individualmente considerados, a vista de lo dispuesto en el artículo 2079 del C.C., en tanto que el segundo es toda unidad de explotación económica, al tenor de la definición legal (C.S.T. art. 194).

La sociedad, como persona jurídica, en los términos del artículo 110, numerales 1o. y 4o. del Código de Comercio, pueden desarrollar su objeto social a través de una o varias unidades de explotación económica (empresas), o de uno o varios negocios o establecimientos de comercio.

Atendiendo las anteriores consideraciones, y ante casos específicos en los cuales los socios deben modificar sus estatutos con el propósito de adelantar el término de duración de la sociedad, trayendo como consecuencia la desaparición de la fuente de trabajo, y ante la dificultad que ofrecen las normas en comento para determinar su alcance interpretativo y su consecuente aplicación, me permito elevar a esa Honorable Corporación, la siguiente consulta:

Es procedente autorizar a una **sociedad** el cierre total y definitivo y el consiguiente despido colectivo de todos sus trabajadores, con el fundamento de que de acuerdo con sus estatutos, la fecha de expiración está próxima, frente a las disposiciones labores que al prever las causales de terminación de los contratos de trabajo, siempre se refieren, a la clausura definitiva de la **empresa** o **establecimiento**, la cual, en los términos del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, debe entenderse como una unidad de explotación económica, distinta de la **sociedad.**

De esta manera dejo expuesta a la Sala, la duda en torno a la determinación del alcance de las palabras "sociedad" y "empresa o establecimiento" para efectos de autorizar o no el cierre definitivo de la empresa y el despido colectivo de todos sus trabajadores".

I. ANTECEDENTES.

1.- El artículo 32 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo que había sido modificado por el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, prescribe:

> "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" (num. 1o.).

2.- El artículo 5o. de la misma Ley 50 de 1990 establece, entre otras, como causales de terminación del contrato de trabajo: la "liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento" y la "suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días".

En estos casos, determina la ley, el empleador deberá solicitar el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho.

3.- A su vez, el artículo 66 *ibidem*, determina que las empresas que no sean de servicio público no pueden clausurar labores total o parcialmente, en forma definitiva o temporal, sin previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan por razón de contrato de trabajo celebrados por un tiempo mayor.

4.- Por su parte, el artículo 67 de la misma Ley 50, modificatorio del artículo 40 del Decreto-Ley 2351 de 1965, regula la protección en caso de despidos colectivos de trabajadores. Prescribe la norma que:

> 1- Cuando un empleador necesite hacer despidos colectivos o terminar labores en forma parcial o total, por causas distintas a las relativas a la terminación del contrato, deberá solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
>
> 2- Se requiere también tal autorización, cuando por razones técnicas o económicas el empleador necesite suspender actividades hasta por 12 días.

5.- El Código de Comercio define la empresa como "toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio" (artículo 25).

Igualmente, se prescribe en el artículo 98 del mismo Código que "por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social".

Agrega el artículo 98 *ibidem*, que la sociedad una vez constituída legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Entre las causales de disolución de la sociedad, se encuentra el vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración (artículo 218 C. de Co.).

El establecimiento de comercio, según el artículo 515 del mismo estatuto, es un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Los sujetos de derecho son las personas, sean naturales o jurídicas, que en ejercicio de su personalidad jurídica, pueden desarrollar empresas, o actividades económicas valiéndose de uno o varios establecimientos de comercio; a tales personas se les denomina también empresarios.

En términos generales, la empresa es la actividad de explotación económica cuyo objetivo se orienta a la producción, transformación, circulación, administración y custodia de bienes; la sociedad en cambio surge de un contrato por medio del cual dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad constituida legalmente forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

El establecimiento de comercio está conformado por el conjunto de bienes organizados por la persona o empresarios para realizar los fines de la empresa.

Tal como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia existen diferencias sustanciales entre los términos empresa y sociedad:

> "La sociedad y la empresa son fenómenos jurídicos distintos pues el primero da nacimiento a la persona jurídica, distinta de la de sus socios individualmente considerados, a la vista de lo dispuesto en el artículo 2079 del Código Civil, en tanto que el segundo es toda unidad de explotación económica, al tenor de la definición legal (C.S.T., art. 194). La empresa puede pertenecer tanto a una persona natural como a una persona jurídica, sin que en el segundo caso se confunda con ésta ni constituya un nuevo ser jurídico distinto de su dueño. La sociedad mercantil surge de la vida legal previo el lleno de ciertas formalidades (escritura pública de constitución e inscripción en el registro civil y de su extracto en el de comercio y publicación del mismo decreto de cierto plazo) conforme a lo previsto en el código de la materia, mientras que la empresa es simple hecho, que se revela por su actividad en el mundo exterior, según su índole, bastando ella como manifestación de su existencia y como requisito suficiente para los fines de la ley laboral" (Sentencia, junio 6 de 1972, Gaceta Judicial tomo CXLII, pág. 542).

De todo lo anterior se concluye que una sociedad puede desarrollar diversas actividades siempre y cuando estén contempladas dentro de su objeto social, las cuales, cuando reúnan ciertas características de estabilidad y unidad se convierten en empresas. Estas, a su vez, en determinados casos pueden ser asumidas por

diversas personas. La finalización de una empresa obedece a la decisión tomada para el efecto por la persona, y en nuestro caso por el empresario - sociedad; no puede procederse a la clausura de labores sin que medie la autorización expresa del Ministerio de Trabajo, la cual deberá tomarse con el lleno de las formalidades legales.

La disolución de una sociedad (contrato) implica su terminación definitiva; ello se deduce por el advenimiento de una de las clausulas de disolución previstas en la ley o acordadas en los estatutos; entre estas se encuentran la del término de su duración.

Por otra parte el artículo 67 de la Ley 50 de 1990 exige a todo empleador, sin distinguir entre persona natural o persona jurídica, la obligación de solicitar al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la autorización para proceder a efectuar despidos colectivos para terminar labores total o parcialmente, o para suspender actividades hasta por 120 días.

De esta manera un empleador sólo puede proceder a solicitar despidos colectivos en las eventualidades previstas en la norma anteriormente citada (artículo 67, Ley 50 de 1990); para ello es menester la autorización correspondiente del Ministerio de Trabajo que supone la prueba de la causa que la motiva.

La disolución de la sociedad, como se expresa, implica el advenimiento de una situación que le pone fin a su objeto social, lo cual debe estar previsto en la ley o en sus estatutos. Las relaciones jurídicas que la sociedad tenga vigentes en el momento de su disolución no fenecen al ocurrir ésta. La persona jurídica sociedad que se halle en estado de disolución está obligada o cumplir todas las obligaciones contraídas, incluyendo obviamente entre estas, las laborales, a las que el legislador les confiere cierto privilegio.

Precisamente el proceso de la liquidación tiene como finalidad realizar los activos para extinguir las obligaciones existentes.

Disuelta la sociedad, los contratos de trabajo se mantienen vigentes, salvo causa específica para determinados casos; si se pretenden despidos colectivos, quien represente a la sociedad para efectos de la liquidación deberá solicitar al Ministerio de Trabajo la autorización correspondiente para efectuar tales despidos, para lo cual deberá ceñirse estrictamente a las prescripciones establecidas para el efecto.

Con la autorización exigida al empresario, para proceder a los despidos colectivos se pretende ante todo proteger el derecho de los trabajadores a continuar

laborando en la empresa, sin que le sea permitido al empleador discrecionalmente suprimir las fuentes de empleo. Tal como lo dispone el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo al que hace referencia el numeral 5, artículo 67 de la Ley 50 de 1990; la infracción de este ordenamiento legal ocasiona al empresario-empleador las sanciones legales pertinentes.

LA SALA RESPONDE:

Corresponde al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social autorizar el cierre total y definitivo y el consiguiente despido colectivo de trabajadores, en los casos enunciados por el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, previa observancia de los trámites legales.

La disolución de una sociedad, motivada por la expiración del término de duración no faculta a sus directivos para proceder a despidos colectivos. Solo cuando la disolución ocasione la terminación de la empresa o empresas que la sociedad viene desarrollando y la consiguiente clausura de labores, se podrá proceder al despido, previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Si la disolución de la sociedad no pone fin a las empresas, no existirá causa jurídica que motive un despido colectivo.

Transcríbase, en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Trabajo y Seguridad Social y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala. *Nubia González Cerón, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 12 de enero de 1995.

FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL Origen. **FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL** - Definición

Como resultado del conflicto laboral ocurrido en el Instituto de Seguros Sociales, el Decreto 1651 de 1977, dictado con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 12 del mismo año, estableció una nueva especie dentro de la clasificación tradicional de los empleados oficiales, en empleados públicos y trabajadores oficiales: la de los funcionarios de seguridad social. De conformidad con el citado decreto, son funcionarios de seguridad social las personas naturales que desempeñen cargos asistenciales y administrativos en el ISS, distintos de los de Director General, Secretario General, y los Subdirectores y Subdirectores Seccionales de la entidad, que son empleados públicos de libre nombramiento y remoción, y de las personas que cumplan las funciones relacionadas con actividades de aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchada de ropa y transporte, que son trabajadores oficiales (*ibídem*, arts. 2o.y 3o). Esta última categoría fue nuevamente regulada por la Ley 10 de 1990.

ISS. EMPLEADOS PUBLICOS. TRABAJADORES OFICIALES. FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL - Clasificación

El Instituto de Seguros Sociales de acuerdo con el Decreto 1651 de 1977, se estableció la clasificación de los empleados, distinguiendo tres categorías: los empleados públicos, los trabajadores oficiales, y los funcionarios de seguridad social. La característica fundamental de estos últimos es la de estar vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, que les confiere el derecho a celebrar con el Instituto convenciones colectivas " para modificar las asignaciones básicas de sus cargos". A su vez, y según la forma como deben proveerse, los cargos desempeñados por funcionarios de seguridad social se clasifican en discrecionales, que son los enumerados a continuación: director de unidad programática local, jefe de oficina nacional, y los de consejeros, asesores

y, en general, los cargos de los despachos del Director y del Secretario General, y de carrera.

CARRERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL - Definición.

La carrera de la seguridad social es especial y está concebida como un sistema de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios de seguridad social y la calidad del personal, con arreglo a principios tales como la igualdad de oportunidad para el ingreso al servicio, la selección, permanencia y promoción mediante procedimientos reglados con base en criterios objetivos, y el desarrollo de las calidades humanas, técnicas y científicas de los funcionarios de la seguridad social.

FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL. PRESTACIONES SOCIALES. PENSION DE JUBILACION

El Decreto 1653 de 1977, que establece el régimen especial de prestaciones sociales de los funcionarios de seguridad social, regula los aspectos relacionados con las cesantías, las pensiones de invalidez, vejez y muerte, los auxilios por concepto de enfermedad, maternidad, de alimentación, de transporte, funerario, y por muerte de un familiar, así como determinados servicios y subsidios. Debiendo liquidarse con el promedio de lo percibido en el último año de servicios por concepto de los siguientes factores de remuneración: asignación básica mensual; gastos de representación; prima técnica, de gestión y de localización; primas de servicios y de vacaciones; auxilio de alimentación y de transporte; valor del trabajo en dominicales y feriados, y valor del trabajo suplementario o en horas extras. En el caso de acumulación del tiempo de servicios con otras entidades de derecho público, la cuantía de la pensión será del setenta y cinco por ciento del promedio de lo percibido en el último año de servicio por concepto de todos los factores de remuneración que constituyen salario (*ibídem,* arts. 19 y 21).

ISS - Naturaleza Jurídica. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO. ESTABLECIMIENTO PUBLICO-Transformación. TRABAJADORES OFICIALES. EMPLEADOS PUBLICOS. ESTATUTOS

Con fundamento en las atribuciones que le fueron conferidas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política expedida en 1991, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2148 de 1992, reestructuró el Instituto de Seguros Sociales- ISS- como una empresa industrial y comercial del

Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Como consecuencia de la transformación del Instituto, de establecimiento público en empresa industrial y comercial del Estado, la regla general en materia de personal, simultáneamente debió invertirse, pues sus servidores ya no serían empleados públicos, y por excepción, trabajadores oficiales, sino trabajadores oficiales y por excepción empleados públicos. Para este último efecto, o sea, para precisar qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, la atribución correspondiente es otorgada por la Ley (Decreto-Ley 3235 de 1968, art 5o., inciso segundo) a los estatutos de dichas empresas.

ISS. ESTATUTOS

Los estatutos del ISS, adpotados por el Consejo Directivo mediante el acuerdo número 003 de 3 de mayo de 1993 y aprobados por el gobierno (Decreto 461 de 1 de marzo de 1994), clasifican a los servidores del instituto en las tres categorías establecidas desde el año 1977, esto es: empleados públicos, trabajadores oficiales y funcionarios de seguridad social. Sólo que especifica la lista de los empleados públicos, en veinte numerales de su artículo 33, de modo que resulta ampliada con respecto a la anteriormente vigente, explicando a continuación: "Salvo lo dispuesto en los numerales anteriores, los servidores del Instituto conservarán su carácter de funcionarios de la seguridad social o de trabajadores oficiales, de conformidad con lo establecido en el artículo 3o. del Decreto-Ley 1651 de 1977 y el parágrafo el artículo 26 de la Ley 10 de 1990".

ISS. ESTATUTOS - Reforma. FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL. PRESTACIONES SOCIALES. REGIMEN APLICABLE. EMPLEO - Cambio de Naturaleza. CONVENCION COLECTIVA - Beneficio. SALARIO CONVENCIONAL-Conservación

Las prestaciones sociales de los funcionarios de Seguridad Social que como consecuencia de la reforma estatutaria del Instituto de Seguros Sociales, pasan a ser empleados públicos, se liquidan haciendo un corte en el momento de cambio de naturaleza del empleo. Las prestaciones que se deben liquidar, son las causadas en favor del funcionario de Seguridad Social, previstas en el Decreto 1653 de 1977 que establece un régimen especial, y el salario que debe tenerse en cuenta, el que devengaba como

funcionario de seguridad social con inclusión de los factores de remuneración correspondientes. Para efectos de la pensión de jubilación, el régimen aplicable es el previsto en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, tomando en cuenta los factores allí enumerados, los mismos que sirven para determinar el salario base para la liquidación. Advierte la Sala que si para el funcionario de la seguridad social se han pactado salarios convencionales más favorables, tales salarios deberán reconocérsele, así su nueva condición sea la de empleado público , mientras permanezca vigente la convención que concede el beneficio.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón*

Referencia: Consulta sobre los efectos laborales del cambio de naturaleza jurídica de algunos cargos en el Instituto de Seguros Sociales. Radicación Número 654

La consulta que formula a la Sala la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, doctora María Sol Navia Velasco, está redactada en los siguientes términos textuales:

El artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, señala:

"Empleados públicos y trabajadores especiales. Las personas que prestan sus servicios en los ministerio, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

"Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, "**los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección y confianza debe ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos**".

El Instituto de Seguros Sociales, Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional, mediante el Decreto 461 de 1994, adoptó los estatutos que rigen su funcionamiento. En ellos de dispuso la clasificación de sus ser-

vidores, de tal manera que algunos cargos desempeñados por funcionarios de la seguridad social pasaron a ser ocupados por empleados públicos.

El régimen prestacional de los funcionarios de la seguridad social es considerablemente más favorable que el de los empleados públicos.

Se pregunta:

1. Qué sucede con las prestaciones del funcionario de la seguridad social que en virtud de una reforma estatutaria pasa a ser empleado público?

Se liquida haciendo un corte en el momento del cambio de naturaleza?

Se liquida todo el tiempo teniendo en cuenta su nueva condición de empleado público?

Qué salario deberá tener en cuenta, el de funcionario de la seguridad social o el de empleado público?

Qué prestaciones se le deben liquidar? las previstas para los funcionarios de la seguridad social o las previstas para los empleados públicos?

Para efecto de liquidar la pensión de jubilación, cuál sería el régimen aplicable y el salario base de liquidación de la misma?

2. Cuando un funcionario de la seguridad social es **encargado** de las funciones de otro cargo de la seguridad social y en virtud de la reforma de estatutos, el cargo que venía ocupando, pasa a ser de aquellos que deban ser desempeñados por empleados públicos, se pregunta:

Cuáles prestaciones se liquidan durante el encargo y al retiro del servicio? Las que tendría derecho como empleado público, o como funcionario de la seguridad social?

Con qué salario? Con el de empleado público o con el de funcionario de la seguridad social.

Podría hacerse corte hasta la fecha en que se produce el cambio de naturaleza?

Respecto de la pensión de jubilación, cuál será el régimen aplicable y el salario base de liquidación de la misma?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. **De los funcionarios de seguridad social**. "Como resultado del conflicto laboral ocurrido en el Instituto de Seguros Sociales, el Decreto 1651 de 1977, dictado con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 12 del mismo año, estableció una nueva especie dentro de la clasificación tradicional de los empleados oficiales, en empleados públicos y trabajadores oficiales: la de los funcionarios de seguridad social.

De conformidad con el citado decreto, son funcionarios de seguridad social las personas naturales que desempeñan cargos asistenciales y administrativos en el ISS, distintos de los de Director General, Secretario General, y los Subdirectores y Subdirectores Seccionales de la entidad, que son empleados públicos de libre nombramiento y remoción, y de las personas que cumplan las funciones relacionadas con actividades de aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchada de ropa y transporte, que son trabajadores oficiales (ibidem, art. 2o. y 3o.). Esta última categoría fue nuevamente regulada por la Ley 10 de 1990", que dispuso: "Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, de las mismas Instituciones:" (parágrafo del art. 26.).

De esa manera, "en el Instituto de Seguro Sociales de acuerdo con el Decreto 1651 de 1977, se estableció la clasificación de los empleados, distinguiendo tres categoría: los empleados públicos, los trabajadores oficiales, y los funcionarios de seguridad social. La característica fundamental de estos últimos es la de estar vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, que les confiere el derecho a celebrar con el instituto convenciones colectivas "para modificar las asignaciones básicas de sus cargos".

A su vez, y según la forma como deben proveerse, los cargos desempeñados por funcionarios de seguridad social se clasifican en **discrecionales**, que son los enumerados a continuación: director de unidad programática local, jefe de oficina nacional, y los de consejeros, asesores y, en general, los cargos de los despachos del director y del secretario General, y **de carrera**."

"La carrera de la seguridad social es especial, y está concebida como un sistema de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia en la presentación de los servicios de seguridad social y la calidad del personal, con arreglo a principios tales como la igualdad de oportunidades para el ingreso al servicio, la selección, permanencia y promoción mediante procedimiento reglado

con base en criterios objetivos, y el desarrollo de las calidades humanas, técnicas y científicas de los funcionarios de seguridad social."

Por otra parte, "el Decreto 1653 de 1977, que establece el régimen especial de prestaciones sociales de los funcionarios de seguridad social, regula los aspectos relacionados con la cesantía, las pensiones de invalidez, vejez y muerte, los auxilios por conceptos de enfermedad, maternidad, de alimentación, de transporte, funerario, y por muerte de un familiar, así como determinados servicios y subsidios.

Respecto de la pensión vitalicia de jubilación, el decreto últimamente citado dispone que es equivalente al ciento por ciento del promedio de lo percibido en el último año de servicios y a ella tendrá derecho el funcionario de seguridad social que haya prestado servicios durante veinte años continuos o discontinuos al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco años si es varón y de cincuenta si es mujer," debiendo liquidarse con el promedio de lo percibido en el último año de servicios por concepto de los siguientes factores de remuneración: asignación básica mensual; gastos de representación; prima técnica, de gestión y de localización; prima de servicios y de vacaciones; auxilios de alimentación y de transporte; valor del trabajo en dominicales y feriados, y valor del trabajo suplementario o en horas extras. En el caso de acumulación de tiempo de servicios con otras entidades de derecho público, la cuantía de la pensión será del setenta y cinco por ciento del promedio de lo percibido en el último año de servicio por concepto de todos los factores de remuneración que constituyen salario (ibídem, arts. 19 y 21).

II. "**Cambio de naturaleza jurídica del ISS y subsiguiente cambio en la naturaleza de algunos empleos**. Con fundamento en las atribuciones que le fueron conferidas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política expedida en 1991, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2148 de 1992, restructuró el Instituto de Seguros Sociales - I.S.S. como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad social.

Como consecuencia de la transformación del establecimiento público en empresa industrial y comercial del Estado, la regla general en materia de personal, simultáneamente debió invertirse, pues sus servidores ya no serían empleados públicos y, por excepción, trabajadores oficiales, sino trabajadores oficiales y por excepción empleados públicos. Para este último efecto, o sea, para precisar qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, la atribución correspondiente es otorgada

por la ley (Decreto-Ley 3135 de 1968, art. 5o. inciso segundo) a los **estatutos** de dichas empresas.

Pues bien, "los estatutos del ISS, adoptados por el Consejo Directivo mediante el acuerdo número 003 de 3 de mayor de 1993 y aprobados por el Gobierno(Decreto 461 de 1o. de marzo de 1994), clasifican a los servidores del Instituto en las tres categorías establecidas desde el año de 1977, esto es: empleados públicos trabajadores oficiales y funcionarios de seguridad social. Sólo que especifica la lista de los empleados públicos, en veinte numerales de su artículo 33, de modo que resulta ampliada con respecto a la anteriormente vigente, explicando a continuación: "salvo lo dispuesto en los numerales anteriores, los servidores del Instituto conservarán su carácter de funcionarios de la seguridad social o de trabajadores oficiales, de conformidad con lo establecido en el artículo 3o. del Decreto-Ley 1651 de 1977 y el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990."

De conformidad con los nuevos estatutos, y en palabras del consultante, "algunos cargos desempeñados por funcionarios de la seguridad social, pasaron a ser ocupados por empleados públicos".

Ese es el motivo para que se indague acerca del régimen prestacional aplicable al funcionario de la seguridad social que pasa a ser empleado público, por una parte; y por otra, sobre la manera de liquidar las prestaciones a un funcionario de seguridad social que es encargado de las funciones de otro cargo de la seguridad social y ahora, modificados los estatutos, se encuentra con que el cargo que venía ocupando, pasa a ser de aquellos que deben ser desempeñados por empleados públicos.

III. **Situación jurídica de los funcionarios de seguridad social que se convierten en empleados públicos en el ISS**. Respecto de normas laborales, el Decreto-Ley 2148 de 30 de diciembre de 1992, que reestructuró el Instituto de Seguros Sociales, estableció que a los "empleados públicos" (sic) vinculados al mismo en la fecha de publicación de aquel decreto, se les aplicarán las siguientes disposiciones:

1. El tiempo de servicios se entenderá sin solución de continuidad para todos los efectos legales;

2. El cambio de naturaleza jurídica del Instituto de Seguros Sociales no afecta el régimen salarial y prestacional vigente en la entidad (art.37).

El referido artículo 37 del Decreto 2148 de 1992 debe aplicarse a todos los servidores del Instituto y no tan solo a sus empleados públicos. Pero respecto de

los funcionarios de seguridad social la no afectación de su régimen prestacional, debe entenderse referida a quienes conservan dicha categoría en la nueva reestructuración; no es posible, en efecto, hacer extensiva esa prerrogativa a quienes por disposición de la reforma estatutaria pasaron a ser empleados públicos, porque éstos tienen un estatuto jurídico distinto del que rige para los funcionarios de seguridad social.

Además, cabe reiterar que para los funcionarios de seguridad social el beneficio por convención colectiva se encuentra limitado a la modificación de las asignaciones básicas de sus cargos (Decreto-Ley 1651 de 1977, art. 3o., inciso final), lo cual excluye el derecho a convertir prestaciones sociales.

El régimen prestacional especial para los funcionarios de seguridad social, regirá mientras los servidores del instituto conserven esa condición, y se perderá al pasar a ser empleados públicos, caso en el cual se deberá aplicar el régimen prestacional general. Es solución que se impone para conservar la independencia y separación de los dos regímenes, en donde cada uno tiene características propias en razón de la índole de los empleos.

Hacer extensivos los beneficios legales prescritos para los funcionarios de seguridad social en el Decreto 1653 de 1977, a empleados públicos (o lo que lo mismo, a antiguos funcionarios de seguridad social que se convierten en empleados públicos), equivaldría a mezclar indebidamente los dos sistemas prestacionales; en esta hipótesis, se produciría una fusión, aunque parcial, porque habría que discriminar, cuando la ley no lo hace, entre los empleados públicos, admitiendo que unos lo son en su integridad y otros, los provenientes de empleos asistenciales y administrativos desempeñados por funcionarios de la seguridad social, apenas a medias, porque tendrían el mismo régimen salarial pero distinto régimen prestacional.

Así como no es jurídicamente viable hacer retroactiva para efectos prestacionales, la normatividad del empleado público respecto de quienes desempeñaron cargos como funcionarios de seguridad social, pues ello afectaría gravemente las prerrogativas de estos últimos, tampoco será posible dar efectos futuros, invadiendo el campo de los empleados públicos, a un régimen solo aplicable a funcionarios de seguridad social.

Cada vez que ocurra un cambio en la naturaleza de los empleos en el ISS, habrá que entender que éste se produce sin solución de continuidad, pero ello implica el cambio correlativo de estatuto jurídico. Y que al funcionario habrá que liquidarle su situación laboral con fundamento en el régimen establecido para el primer

empleo, con el fin de que sea viable su vinculación al segundo o su retiro del servicio.

Lo adecuado será entonces hacer un corte al producirse el cambio de naturaleza del cargo, solución que tiene la virtud, en concepto de la Sala, de garantizar los derechos adquiridos por el funcionario de seguridad social, y al mismo tiempo, preservar el régimen jurídico del empleado público, sometido a condiciones legales y reglamentarias distintas y de igual fuerza vinculante.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, **LA SALA RESPONDE:**

1. "Las prestaciones sociales de los funcionarios de seguridad social que como consecuencia de la reforma estatutaria del Instituto de Seguros Sociales, pasan a ser empleados públicos, se liquidan haciendo un corte en el momento del cambio de naturaleza del empleo.

Las prestaciones que se deben liquidar, son las causadas en favor del funcionario de seguridad social, prevista en el Decreto 1653 de 1977 que establece un régimen especial, y el salario que debe tenerse en cuenta, el que devengaba como funcionario de seguridad social con inclusión de los factores de remuneración correspondientes.

Para efectos de la pensión de jubilación, el régimen aplicable es el previsto en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, tomando en cuenta los factores allí enumerados, los mismos que sirven para determinar el salario base para la liquidación.

Advierte la Sala que si para el funcionario de la seguridad social se han pactado salarios convencionales más favorables, tales salarios deberán reconocérsele, así su nueva condición sea la de empleado público, mientras permanezca vigente la convención que concede el beneficio."

2. En relación con el funcionario de seguridad social que es encargado de las funciones de otro empleo de la seguridad social y cuyo cargo-el que ocupaba en propiedad - pasa a ser por decisión de la reforma estatutaria del ISS, de aquellos que deben ser desempeñados por empleados públicos, se responde que su situación es semejante a la que se presenta al resolver el caso anterior y que, por tanto, al producirse el cambio de naturaleza del empleo es preciso hacer un corte en materia prestacional, con base en su condición de funcionario de seguridad social.

La situación jurídica a que da lugar el encargo, la prevé al artículo 44 del Decreto 1651 de 1977, en el sentido de que no interrumpe el tiempo para efectos de la

antiguedad en el empleo del cual se es titular, ni afecta la situación del funcionario de carrera a quien se le otorga. Las prestaciones causadas se liquidarán durante el encargo, teniendo en cuenta la remuneración y los factores correspondientes a esta situación administrativa; terminando el encargo y si se produce el retiro del servicio, sus prestaciones le deben ser liquidadas como funcionario de seguridad social.

Por lo demás, la remuneración percibida en el empleo objeto de encargo sirve de fundamento, de conformidad con la ley, para la liquidación de algunas prestaciones sociales, tales como las cesantías y la pensión de jubilación.

Transcríbase en sendas copias auténticas, a la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social y al Señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C.C.A., art. 112).

Roberto Suárez Franco, Presidente de la Sala; *Nubia González Cerón, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 7 de marzo de 1995.

ALCALDE - Inhabilidades **GOBERNADOR** - Inhabilidades **PENSIONADO. REINTEGRO AL SERVICIO OFICIAL** - Excepción **EMPLEO DE ELECCION POPULAR. EDAD DE RETIRO FORZOSO**

De la prohibición de reincorporación al servicio público por parte de los jubilados o de las personas mayores de sesenta y cinco (65) años es menester excluir, además, los cargos que en la última década han adquirido la característica de ser de elección popular, verbigracia, los de gobernadores y alcaldes. El fundamento jurídico se encuentra no solamente en el derecho que en principio tiene todo ciudadano a elegir y ser elegido, prescrito por el artículo 40-1 de la Constitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por el voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales (*ibídem*, art. 293). En el caso de los alcaldes, sus inhabilidades, incompatibles y prohibiciones fueron reguladas, como desarrollo del Acto Legislativo número 1 de 1986, que dispuso su elección directa por los ciudadanos, en las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987; y con posterioridad a la expedición de la Carta Política de 1991, por la Ley 136 de 1994. Esta normatividad, en los aspectos vigentes, ha sido recopilada en el nuevo Código de Régimen Municipal o Decreto-Ley 2626 de 29 de noviembre de 1994 (artículos 129, 145 y 16). Pues bien, entre las causales de inhabilidad para acceder al desempeño del cargo, no está la condición de jubilado ni la exigencia de ser menor de sesenta y cinco (65) años.

DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO - Incompatibilidades. **SALARIO. PENSION DE JUBILACION** - Incompatibilidades. **ALCALDE**- Elección.

La circunstancia de que una persona goce de pensión de jubilación reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social, no es impedimento para

tomar posesión del empleo de alcalde y ejercerlo. En el expresado evento, la persona posesionada como alcalde no podrá percibir la asignación que corresponde al cargo conjuntamente con la mesada pensional. A este respecto, existe la prohibición consignada en el artículo 128 de la Constitución Política, la que puede tener excepciones legales, Configurada la incompatibilidad entre la asignación y la pensión de jubilación, la manera de superarla es renunciar a la mesada pensional con el fin de poder percibir el sueldo, mientras permanezca en el cargo de alcalde.

Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil - Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón*

Referencia: Consulta acerca de si una persona , jubilada con el Estado, puede válidamente tomar posesión del empleo de alcalde y percibir la mesada pensional.

Radicación: número 661.

El señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctor Eduardo González Montoya, formula a la Sala la siguiente consulta:

Existe algún impedimento par tomar posesión del empleo de Alcalde por parte de una persona que goza de pensión de jubilación reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social?

En el evento de no existir impedimento alguno para asumir tal empleo habría incompatibilidad para percibir la mesada pensional?

Si se configura tal incompatibilidad existiría algún procedimiento para superarla y poder desempeñar el referido empleo de Alcalde?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. Retiro del servicio público. Según el artículo 31 del Decreto-Ley 2400 de 1968, "todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado (...) Exceptuándose de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2o. del artículo 29 de este Decreto". A su vez, el artículo 122 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, con sentido reiterativo prescribe que "la edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año".

Por su parte, el Decreto-Ley 3074 de 1968, en su artículo 1o., preceptúa que "el empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes ala fecha en que reúna tales condiciones". La misma disposición agrega que la persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar una de las siguientes posiciones:

1. Presidente de la República

2. Ministro de Despacho o Jefe de Departamento Administrativo;

3. Superintendente;

4. Viceministro;

5. Secretario General del Ministerio o Departamento Administrativo;

6. Presidente, Gerente o director del establecimiento público o de empresa industrial y comercial del Estado.

7. Miembro de misión diplomática no comprendido en la respectiva carrera;

8. Consejero o Asesor.

Y adicionalmente, los cargos que por necesidad del servicio "determine el Gobierno", siempre que no se sobrepase la edad de los sesenta y cinco (65) años.

II. Interpretación de las normas sobre prohibiciones del reintegro al servicio oficial y sus excepciones. La regla general consiste en que la ley prohibe el reintegro al servicio de los empleados administrativos jubilados. Dicha regla tiene excepciones: son las establecidas para el personal civil de la rama ejecutiva por el artículo 1o. del Decreto-Ley 3074 de 1968, que modificó el artículo 29 del Decreto-Ley 2400 del mismo año; el respectivo listado, que incluye a altos funcionarios del ejecutivo nacional, se relacionó en el acápite anterior.

Según el Consejo de Estado, "la prohibición no es para clase o categoría alguna de jubilados, sino con relación a los cargos de la Administración Pública Nacional, con las excepciones previstas en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968". Y agrega, con connotación explicativa: "Al margen de dicha prohibición quedó todo el vasto campo constituido por los empleados oficiales y municipios (...) A esos innumerables empleos tienen acceso todos los antiguos servidores del Estado, jubilados, aún los nacionales, como empleados públicos o trabajadores

oficiales" (Sección Segunda, Sentencia de 21 de marzo de 1984, reiterada mediante sentencia de 18 de diciembre de 1987 Jurisprudencia y Doctrina, No. 196 abril/88, p. 250 y ss).

Más recientemente, la Ley 27 de 1992, sobre carrera administrativa, preceptúa que las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la rama ejecutiva, contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, la Ley 13 de 1984 y la 6a. de 1987, sus Decretos Reglamentarios del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismo de los niveles nacional, departamental, distrital (la expresión "diferentes al Distrito Capital" quedó sin vigencia con motivo de la expedición del estatuto orgánico de Bogotá o Decreto-Ley 1421 de 1993, art. 126), municipal y sus entes descentralizados, en las asambleas departamentales, en los concejos municipales y distritales y en las junta administradoras locales, excepto las unidades de apoyo que requieran los diputados y concejales (Ibídem, art. 20).

La Sala considera que las normas mencionadas, es decir, los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y la Ley 27 de 1992 se refieren a empleados administrativos, ya sean de carrera, de período o de libre nombramiento y remoción, pero no rigen para cargos de elección popular.

Por consiguiente, de la prohibición de reincorporación al servicio público por parte de los jubilados o de las personas mayores de sesenta y cinco (65) años es menester excluir, además, los cargos que en la última década han adquirido la característica de ser de elección popular, verbigracia, los de gobernadores y alcaldes. El fundamento jurídico se encuentran no solamente en el derecho que en principio tiene todo ciudadano a elegir y ser elegido, prescrito por el artículo 40-1 de la Constitución Política, sino en la reglamentación especial que por mandato de ella debe establecer la ley, en la cual se determinarán, entre otros aspectos, las inhabilidades, incompatibilidades, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por el voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales (Ibídem, art. 293).

En caso de los alcaldes, sus inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones fueron reguladas, como desarrollo del Acto Legislativo número 1 de 1986, que dispuso su elección directa por los ciudadanos, en las Leyes 78 de 1986 y 48 de 1987; y con posterioridad a la expedición de la Carta Política de 1991, por la Ley 136 de 1994. Esta normatividad, en los aspectos vigentes, ha sido recopilada en el nuevo Código de Régimen Municipal o Decreto-Ley 2626 de 29 de noviembre de 1994 (artículos 129, 145 y 146). Pues bien, entre las causales de inhabilidad para

acceder al desempeño del cargo, no está la condición de jubilado ni la exigencia de ser menor de sesenta y cinco (65) años.

III. La prohibición de recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público. La constitución Política determina que "nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley", y explica que por Tesoro Público se entiende el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

Las excepciones legales al respecto están contenidas en el artículo 19 de la Ley 4a. de 1992, que subrogó el artículo 32 del Decreto-Ley 1042 de 1978, y son las siguientes:

a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;

b. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública.

c. Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

d. Los honorarios percibidos por concepto de hora cátedra;

e. Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.

f. Los honorarios percibidos por los miembros de la juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate demás de dos juntas;

g. La que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley beneficien los servidores oficiales docentes pensionados.

Parágrafo No se podrá percibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.

El caso que es objeto de la consulta no está contemplado por el artículo 19 de la Ley 4a. de 1992 y, por lo mismo, la pensión no es compatible con el sueldo del alcalde.

Por ello, dada la incompatibilidad entre el sueldo y la mesada pensional, el interesado deberá renunciar a esta última.

IV. Respuesta a los planteamientos del consultante. Con fundamento en las consideraciones anteriores,

LA SALA RESPONDE:

A. La circunstancia de que una persona goce de pensión de jubilación reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social, no es impedimento para tomar posesión del empleo de alcalde y ejercerlo.

B. En el expresado evento, la persona posesionada como alcalde no podrá percibir la asignación que corresponde al cargo conjuntamente con la mesada pensional. A este respecto, existe la prohibición consignada en el artículo 128 de la Constitución Política, la que puede tener excepciones legales.

C. Configurada la incompatibilidad entre la asignación y la pensión de jubilación, la manera de superarla es renunciar a la mesada pensional con el fin de poder percibir el sueldo, mientras permanezca en el cargo de alcalde.

Transcribase, en sendas copias auténticas, al director del Departamento Administrativo de la Fundación Público y al Secretario de la Presidencia de la República (C.C.A. art. 112).

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Nubia González Cerón, Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 16 de febrero de 1995.

SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES. ESPECTRO ELECTROMAGNETICO - Acceso. **LICENCIA. CONTRATO DE CONCESION**

Las licencias y los contratos de concesión, a que se refieren los artículos 22 y 25 de la Ley 142 de 1994, deben otorgarse con fundamento en las Leyes que los regulan. Según el artículo 39, numeral 1o., de la Ley 142 de 1994, "el acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse por medio de un contrato de concesión, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las Leyes especiales pertinentes", pero sin que el artículo 19 de la mencionada Ley se aplique "a bienes distintos de los estatales". El inciso 2o. de la misma disposición agrega que "la remuneración que se pacte por una concesión o licencia ingresará al presupuesto de la entidad pública que celebre el contrato o expida el acto". Además, según el parágrafo del artículo 39 *ibídem*, estos contratos se rigen por reglas y principios del Derecho Público. De manera que el acceso al espectro electromagnético, con el objeto de prestar servicios públicos domiciliarios relativos a las comunicaciones, se rige por la Ley 80 de 1993 y el Decreto-Ley 1900 de 1990.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Régimen Legal. **SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. LEY POSTERIOR. SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES** - Larga Distancia

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 dispone que "los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 10 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y la presente Ley...". Sin embargo, "las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contrato de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrá facultar, previa

consulta expresa, que se incluyan en los demás". La disposición agrega que " cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estará sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa". La Sala considera que la transcrita disposición regula los contratos de las entidades encargadas de prestar servicios domiciliarios y que, en consecuencia, en este aspecto, prevalece sobre el artículo 38 de la Ley 80 de 1993. El artículo 32, parágrafo 1o. de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de crédito, seguros y financieros, no se rigen por la mencionada Ley. Aunque el parágrafo 1o. del artículo 332 de la Ley 80 de 1993 regula materias diferentes de los servicios domiciliarios, la Sala considera que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 precribre que los contratos para la prestación de los servicios domiciliarios, con las salvedades que establece, no se rigen por la Ley 80 de 1993 sino por el Derecho Privado, con las variantes prescritas por la misma Ley 142 de 1994.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo*

RADICACION No. 666 Referencia: Consulta formulada por el Ministro de Comunicaciones, relacionada con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y la Ley 80 de 1993.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Comunicaciones, doctor Armando Benedetti Jimeno, formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

" - La previsión hecha por el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 es aplicable a TELECOM como Empresa Industrial y Comercial del Estado que presta servicios públicos de aquellos a los que se refiere esa Ley, y, por tanto, los contratos de TELECOM que tengan por objeto la prestación de esos servicios están regidos por las normas del derecho privado en lo no regulado por dicha normatividad?

- Teniendo en cuenta que los contratos que celebra TELECOM están enmarcados dentro de su objeto, que es la prestación de los servicios de telecomunicaciones, puede entenderse que todos ellos están comprendidos dentro del régimen especial establecidos en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 para los contratos que " tengan por objeto la prestación" de los servicios públicos a los que ella se refiere?

- Puede entenderse en general, que la Ley 142 de 1994 sustrajo de la aplicación del Estatuto general de contración (sic) estatal a las empresas que prestan los servicios públicos o que ella se refiere, para darles un tratamiento especial en razón a la competencia que deben enfrentar con los particulares y a la finalidad social prevalente del Estado?"

LA SALA CONSIDERA:

1o) Como se enuncia en el contexto de la consulta, a diferencia del régimen legal anterior, los contratos de las empresas industriales y comerciales de todos las órdenes quedaron comprendidos por la Ley 80 de 1993 (artículos 1o. y 2o., literal a),), que los regula de modo general y específico, a saber:

a) Los contratos que tengan por objeto el ejercicio de actividades que constituyen monopolio, de obra, prestación de servicios, explotación o concesión de bienes de las entidades públicas, en ellos incluídos los de las empresas industriales y comerciales y de las sociedades de economía mixta asimiladas a aquellas, deben pactar "las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las Leyes nacionales y de caducidad". Las mencionadas cláusulas son obligatorias y se entienden estipuladas aunque no se expresen; sin embargo, en los contratos de suministro son opcionales para las partes (artículo 14, ordinal 2o., de la Ley 80 de 1993).

b) En los demás contratos, entre los cuales se cuentan los "que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales", no procede "la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales".

c) El artículo 24, literal m), de la Ley 80 de 1993 exceptúa de la licitación o concurso público -y dispone que se celebren directamente-, entre otros, "los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta Ley". Los contratos excluidos del procedimiento de contratación directa, a que hace referencia la transcrita disposición, son los de obra, consultoría, prestación de servicios, encargos fiduciarios y fiducia pública. d) El artículo 38 de la Ley 80 de 1993 estableció un régimen especial para algunos contratos de las entidades que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones. Dispuso que "en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios en donde se ubiquen, no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en esta Ley", sino a los que determinen los estatutos internos, a los cuales también corresponde señalar las cláusulas excepcionales que se

deban estipular. Sin embargo, los procedimientos que se adopten deben "desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad" establecidos por la Ley 80 de 1993.

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones, mediante el Decreto 2123 de 1992, fue convertida en empresa industrial y comercial del Estado. En consecuencia, el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 le era aplicable en relación con los contratos a que se refería.

e) El artículo 33, inciso 4o., de la Ley 80 de 1993, dispone que "los servicios y las actividades de telecomunicaciones serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias otorgadas por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto-Ley 1900 de 1993" (artículos 4o., 20, 23, 34, 35, 36, 40 a 48 del Decreto-Ley 1900 de 1990).

f) Del mismo modo, según los artículos 33, parágrafo, de la Ley 80 de 1993 y 3o. de la Ley 37 de 1990, el Estado directamente puede conceder a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones el servicio de telefonía móvil celular.

2o) La Ley 142 de 1994 tiene por objeto regular "los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural" (artículo 1o.). El servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada, según el artículo 14, numeral 26, de la mencionada Ley, tiene por objeto "la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio", "la actividad complementaria de telefonía móvil rural" y el "servicio de larga distancia nacional e internacional". Se exceptúa la telefonía móvil celular que "se regirá, en todos sus aspectos, por la Ley 37 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios o las normas que los modifiquen, complementan o sustituyan".

3o) La Ley 142 de 1994 regula los contratos de las empresas de servicio público, algunos contratos de entidades públicas que prestan servicios públicos domiciliarios y el contrato de servicios públicos, en síntesis, a saber:

a) Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones regidas por disposiciones específicas de la Ley 142 de 1994 y por las reglas y principios del Derecho Privado (artículos 17 a 21 de la Ley 142 de 1994). Sin embargo, aunque, según el artículo 22 ibídem, no necesitan permiso especial para cumplir su objeto social, "para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y

26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades". En este mismo orden de ideas, el artículo 25, inciso 1o., *ibídem* dispone que "quienes presten servicios públicos requieren contratos de concesión con las autoridades competentes, según la Ley, para usar las aguas; para usar el espectro electro-magnético en la prestación de servicios públicos requerirán licencia o contrato de concesión". Además, de acuerdo con el artículo 26 de la misma Ley, tambiés es menester obtener las licencias y permisos pertinentes de carácter municipal.

Las entidades descentralizadas de todos los niveles, según el artículo 17, parágrafo 1o., de la Ley 142 de 1994, "cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones -de "empresas de servicios públicos", la Sala agrega-, deberán adoptar la forma de las empresas industriales y comerciales del Estado".

Los artículos 22, 25 y 26 de la Ley 142 de 1994, antes referidos, también rigen la actividad de las empresas industriales y comerciales que tengan por objeto prestar sevicios públicos domiciliarios.

b) Las licencias y los contratos de concesión, a que se refieren los artículos 22 y 25 de la Ley 142 de 1994, deben otorgarse con fundamento en las Leyes que los regulan. Según el artículo 39, numeral 1o., de la Ley 142 de 1994, "el acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse por medio de un contrato de concesión, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las Leyes especiales pertinentes", pero sin que el artículo 19 de la mencionada Ley se aplique "a bienes distintos de los estatales". El inciso 2o. de la misma disposición agrega que "la remuneración que se pacte por una concesión o licencia ingresará al presupuesto de la entidad pública que celebre el contrato o expida el acto". Además, según el parágrafo del artículo 39 *ibídem*, estos contratos se rigen por reglas y principios de Derecho Público.

De manera que el acceso al espectro electromagnético, con el objeto de prestar servicios públicos domiciliarios relativos a las comunicaciones, se rige por la Ley 80 de 1993 y el Decreto-Ley 1900 de 1990.

c) El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 dispone que "los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y la presente Ley ...". Sin embargo, "las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrá facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los de-

más". La disposición agrega que "cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa".

La Sala considera que la transcrita disposición regula los contratos de las entidades encargadas de prestar servicios domiciliarios y que, en consecuencia, en este aspecto, prevalece sobre el artículo 38 de la Ley 80 de 1993.

El artículo 32, parágrafo 1o., de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de crédito, seguros y financieros, no se rigen por la mencionada Ley. Aunque el parágrafo 1o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula materias diferentes de los servicios domiciliarios, la Sala considera que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 prescribe que los contratos para la prestación de servicios domiciliarios, con las salvedades que establece, no se rigen por la Ley 80 de 1993 sino por el Derecho Privado, con las variantes prescritas por la misma Ley 142 de 1994.

d) En fin, la Ley 142 de 1994 también regula "el contrato de servicios públicos" que, según el artículo 132 ibídem, "se regirá por lo dispuesto en esta Ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil".

Además, de acuerdo con el artículo 128, inciso 3o, de la misma Ley, "los contratos entre quienes presten el servicio de larga distancia nacional o internacional y sus usuarios se someterán a las reglas del contrato de servicios públicos que contienen esta Ley".

Con fundamento en lo expuesto

LA SALA RESPONDE:

1o) El acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse mediante licencia o contrato de concesión, de conformidad con la Ley 80 de 1993 y los artículos 22, 25 y 39, numeral 1o., de la Ley 142 de 1994.

2o) El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 subrogó parcialmente el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 y es aplicable a los contratos que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones celebre con el objeto específico de prestar los servicios domiciliarios que le corresponden.

3o) El contrato de servicios públicos, incluído el servicio de larga distancia nacional e internacional, está regulado por los artículos 128 y siguientes de la Ley 142 de 1994.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Comunicaciones y Secretario de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Nubia González Cerón, Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada su publicación el 24 de febrero de 1995.

INTERPRETACION DE LA LEY. HERMENEUTICA JURIDICA. LEY POSTERIOR. SERVICIOS PUBLICOS DOMICIALIARIOS. SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA - Régimen Aplicable

Aunque las Leyes 142 y 143 de 1994 tienen la misma jerarquía, en aquellos aspectos en que haya un tratamiento posterior y de carácter especial, prevalece en la medida en que el asunto verse sobre generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad. El intérprete puede regirse por normas de interpretación como las siguientes: a. Cuando las palabras de la ley hayan sido expresamente definidas para ciertas materias por el legislador, se les dará en ésta su significado legal. b. Cuando sobre la forma de interpretación no haya norma expresa en la misma ley o en otra nueva ley, es menester recurrir a los principios generales consagrados en la Constitución y en la ley (especialmente en las Leyes 57 y 153 de 1887 y en el capítulo 4o. del título preliminar del Código Civil, "Interpretación de la ley"). Subsidiariamente, podrá acudirse a la jurisprudencia y la doctrina que se vaya formando en torno a las dos leyes a que se refiere la consulta. c. Cuando se trate de fijar el sentido de cada una de las partes de una ley, su contexto servirá para ilustrarlas, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. d. Cuando no pudieren aplicarse los principios y reglas hermeneútica, los pasajes oscuros o contradictorios se interpretarán del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Los artículos 186 y 96, pertenecientes a las Leyes 142 y 143, respectivamente, deberán entenderse en el sentido en que se obtenga un efecto jurídico, teniendo en consideración que ambas están sometidas a los principios generales de interpretación contenidos en la legislación nacional. Aprobadas por el legislador en forma consecutiva y sancionadas por el ejecutivo el mismo día, cada una tiene el alcance debido, según su naturaleza: la primera, general sobre el régimen de los servicios públicos domiciliarios; la segunda, especial sobre el régimen de energía eléctrica.

Por tanto, conviene armonizar su aplicación, entendiendo que en caso de contradicción entre sus disposiciones, la Ley 143 es la llamada a prevalecer.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Santa Fe Bogotá, D.C., 9 de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón*

Referencia: Consulta sobre interpretación y orden de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994. Radicación número : 665

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Jorge Eduardo Cock Londoño, en torno a las Leyes 142 y 143 hace consideraciones de esta guisa: que la primera establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y la segunda el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional; que ambas recibieron la sanción ejecutiva por el Presidente de la República el 11 de julio de 1994, pero mientras la Ley 142 entró en vigencia ese mismo día, fecha de su publicación en el Diario Oficial, la Ley 143 fue promulgada el día siguiente; y que existen aspectos que son tratados en forma diferente en las dos leyes, tales como: la composición y los períodos de los expertos de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, la naturaleza y características de la Unidad de Planeación Mineroenergética, y los factores que deben tenerse en cuenta para el pago del subsidio.

Como consecuencia, el señor Ministro formula las siguientes preguntas:

Para aquellos casos donde hay un tratamiento diferente a determinado asunto por parte de las dos leyes en mención, cuál de los dos ordenamientos se debe aplicar?

Cuáles son los principios de interpretación por los cuáles se debe regir el intérprete?

Cómo se debe entender y aplicar los artículos que sobre interpretación contienen las dos leyes?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. **Fundamentos constitucionales**. En el capítulo dedicado a la finalidad social del Estado y los servicios públicos, la Carta Política defiere a la ley la determinación : a). De competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domicialiarios, su cobertura, calidad, financiación y régimen

tarifario, e igualmente de las entidades competentes para fijar las tarifas; y b). De los derechos y deberes de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio (arts. 367 y 369).

Así mismo, la Constitución autoriza a la Nación y a las entidades territoriales y descentralizadas para conceder subsidios, con el propósito de que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas, y al Presidente de la República para señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y para ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los prestan (arts. 368 y 370).

II. **De cómo las Leyes 142 y 143 fijan pautas para su interpretación.** En desarrollo de normas constitucionales a que se alude en el acápite anterior, el Congreso de la República expidió en el año de 1994 dos leyes que tienen numeración consecutiva: la 142 y la 143, sancionadas ambas por el ejecutivo con fecha 11 de julio, pero vigente la primera a partir de esa fecha y la segunda, desde el 12 de julio, pues fueron publicadas en el Diario Oficial con intervalo de un día.

La Ley 142, por establecer el régimen de los servicios públicos domiciliarios, es aplicable, entre otros, al servicio de energía eléctrica. Conforme a la definición que ella misma trae, el servicio público domiciliario de energía eléctrica "es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluido su conexión y medición", aunque también comprende las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión (art. 14.25).

Por su parte, la Ley 143 establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, concede unas autorizaciones al Gobierno y dicta otras disposiciones en materia energética. Por su contenido, que regula las actividades concernientes al sector eléctrico, ha sido denominada en forma genérica como la ley de energía eléctrica.

Cada una de las leyes mencionadas es estricta en sus regulaciones y en la fijación de pautas de interpretación, como se deduce, en lo pertinente, de estas disposiciones:

El artículo 186 de la Ley 142, intitulado "concordancias y derogaciones", tras advertir que procede para efectos del artículo 84 de la Constitución Política (aquel

que dispone que cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio), hace énfasis en que esta ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos domiciliarios y que deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. Luego prescribe lo siguiente:

> Prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria.

El artículo 96 de la Ley 143, por el contrario, reacciona contra la perentoria disposición que se acaba de transcribir y así establece:

> Para efecto de las excepciones que consagra el artículo referente a "concordancias y derogaciones" de la ley sobre el régimen de los servicios públicos domiciliarios, en todo lo referente a energía eléctrica, en el caso específico que sean contrarias, se aplicará preferentemente esta ley especial.

III. **Principios de hermenéutica jurídica.** Interpretar la ley es fijar su sentido y alcance, para lo cual existen unas normas generales de hermenéutica que son aplicables siempre que la ley que se pretenda interpretar no sea objeto de ley interpretativa.

Algunos de estos principios son bastante conocidos: la ley posterior prevalece sobre la ley anterior; la ley especial debe aplicarse con prelación a la ley de carácter general; "dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales, oscuras o incongruentes"; para interpretar las expresiones oscuras de la ley, puede recurrirse a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento, etc.

Con fundamento en tales principios, una primera aseveración conduce a otorgar la generalidad a la Ley 142 que regula los servicios públicos domiciliarios y la especialidad, en el caso de la energía eléctrica, a la Ley 143. De modo que esta última, por ser posterior y especial, según su naturaleza, debiera aplicarse de preferencia en los casos de contradicción con aquella, que es anterior y general. Pero conviene advertir que los artículos 186 de la Ley 142 y 96 de la Ley 143 preten-

den, cada uno, otorgar prelación a la respectiva ley de que forman parte e inclusive imponer su interpretación hacia el futuro.

Así el precepto contenido en el inciso primero del artículo 186, es posible deducir las siguientes reglas con respecto a la Ley 142:

a. Que es de carácter general;

b. Que para el ejercicio de las actividades que regula (los servicios públicos domiciliarios), se prohibe establecer requisitos adicionales a los allí exigidos;

c. Que deja sin efectos (deroga) las normas que contradigan sus disposiciones;

d. Que "prevalecerá", expresión que debe entenderse en relación con las leyes anteriores sobre la materia, de carácter general, que no son derogadas expresamente;

e. Que sirve para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a que ella se aplica, o sea: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; y

f. Que si se expidieron leyes especiales sobre algunos de los servicios públicos domiciliarios que ella misma regula, solamente puede resultar contrariada "cuando éstas identifiquen de modo preciso" la norma que es objeto de excepción, modificación o derogatoria.

Por su parte, el artículo 96 de la Ley 143 otorga a ésta, como ley especial y posterior, prelación con respecto a la Ley 142, "en el caso específico que sean contrarias" y en relación con "todo lo referente a energía eléctrica", cerrando el paso a una interpretación restringida de aquella que podría conducir a que, contra la lógica jurídica, la Ley 143 no tuviera aplicación preferente en los asuntos que regula.

IV. **Prelación y coordinación entre las Leyes 142 y 143**. Aunque pretendan lo contrario, para la Sala estas dos leyes no pueden sustraerse a los principios generales de interpretación contenidos en las leyes vigentes; antes bien, están sometidas a sus prescripciones. Por ello, y dada su naturaleza especial referida exclusivamente al servicio de energía eléctrica, la Ley 143 regirá de modo preferente con respecto a aquellas normas que contraríen en forma específica las disposiciones generales de la Ley 142; pero si no existiere contradicción, entonces la Ley 142 es la llamada a complementar las normas de la ley especial.

A manera de ejemplo, los aspectos de la consulta que se dice están regulados en forma diferente en las dos leyes, podrían interpretarse de conformidad con los principios y criterios expuestos, así:

A. Composición y período de los expertos de la Comisión de Regulación de Energía y Gas. -Creada por la Ley 142 como una unidad administrativa especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscrita al Ministerio de Minas y Energía (art. 69), esta comisión, según el artículo 71 ibídem, estará integrada, además del Ministerio del ramo y el director del Departamento Nacional de Planeación, por tres expertos comisionados de dedicación exclusiva, designados por el Presidente de la República para períodos de tres años. Por el contrario, la Ley 143 establece que la Comisión de Regulación Energética, creada por el artículo 10 del Decreto 2119 de 1992, se denominará Comisión de Regulación de Energía y Gas, y estará integrada además de los Ministros de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público y del director del Departamento Nacional de Planeación, por cinco expertos en asuntos energéticos de dedicación exclusiva, nombrados por el Presidente de la República para períodos de cuatro años 9 art. 21).

La ley últimamente citada será entonces la aplicable por cuanto además de su carácter especial es contraria, en los aspectos concernientes a la composición de la comisión y al número y período de los expertos que de ella forman parte, al artículo 71 de la Ley 142.

B. Naturaleza y características de la Unidad de Planeación Mineroenergética. -Mientras que la Ley 142 mantiene vigente la Unidad Administrativa Especial de Planeación Mineroenergética del Ministerio de Minas y Energía, con sujeción al mismo régimen jurídico de las comisiones de regulación "de que trata esta ley" y agrega que continuará ejerciendo las mismas funciones que le han sido asignadas legalmente (art. 67, parágrafo), esto es, conforme a lo dispuesto por el Decreto 2119 de 1992, la Ley 143 regula detalladamente dicha Unidad y, por esta razón, en el artículo 16 enumera sus funciones y en el literal k) concluye diciendo que tendrá "las demás que le señale la ley y el Decreto 2119 de 1992". En el presente caso no resultará difícil hacer la interpretación adecuada de ambas leyes, considerando que la expedida con posterioridad adiciona y complementa la inmediatamente anterior.

C. Factores para el pago de subsidios.- La Ley 142 establece las reglas con sujeción a las cuales la Nación y las entidades territoriales y descentralizadas, podrán conceder subsidios en sus respectivos presupuestos, advirtiendo que ellos se otorgarán solamente a los usuarios de inmuebles residenciales y a las zonas rurales de los estratos 1 y 2 (art. 99).

La Ley 143, a su turno, dispone reglas para el pago de subsidios a las empresas distribuidoras de energía en compensación por atender a usuarios residenciales de menores ingresos (arts. 43 y 47) y además contempla una situación específica, referente a un subsidio hasta por un 50% del costo del consumo de energía eléctrica para bombeo en acueductos públicos en los municipios que, conforme al artículo 6o. de la Ley 136 de 1994 (hoy art. 19 del Decreto-Ley 2626 de 1994), pertenecen a las categorías sexta, quinta y cuarta (art. 93).

Mientras la Ley 142 regula subsidios generales, aplicables a los servicios públicos domiciliarios, incluido el de energía eléctrica, la Ley 143 dispone subsidios para las empresas distribuidoras y adopta una nueva condición para tener derecho al subsidio de energía eléctrica. Las disposiciones contenidas en ambas leyes, por consiguiente, no son contradictorias sino complementarias.

Con fundamento en las consideraciones expuestas,

LA SALA RESPONDE:

1. Aunque las Leyes 142 y 143 de 1994 tienen la misma jerarquía, en aquellos aspectos en que haya un tratamiento diferente por parte de las mismas, esta última, por ser posterior y de carácter especial, prevalece en la medida en que el asunto verse sobre generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad.

2. El intérprete puede regirse por normas de interpretación como las siguientes:

a. Cuando las palabras de la ley hayan sido expresamente definidas para ciertas materias por el legislador, se les dará en ésta su significado legal.

b. Cuando sobre la forma de interpretación no haya norma expresa en la misma ley o en otra nueva ley, es menester recurrir a los principios generales consagrados en la Constitución y en la ley (especialmente en las Leyes 57 y 153 de 1887 y en el capítulo 4o. del título preliminar del Código Civil, "interpretación de la ley"). Subsidiariamente, podrá acudirse a la jurisprudencia y la doctrina que se vaya formando en torno a las dos leyes a que se refiere la consulta.

c. Cuando se trate de fijar el sentido de cada una de las partes de una ley, su contexto servirá para ilustrarlas, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

d. Cuando no pudieren aplicarse los principios y reglas de hermenéutica, los pasajes oscuros o contradictorios se interpretarán del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

3. Los artículos 186 y 96, pertenecientes a las Leyes 142 y 143, respectivamente, deberán entenderse en el sentido en que se obtenga un efecto jurídico, teniendo en consideración que ambas están sometidas a los principios generales de interpretación contenidos en la legislación nacional.

Aprobadas por el legislador en forma consecutiva y sancionadas por el ejecutivo el mismo día, cada una tiene el alcance debido, según su naturaleza: la primera, general sobre el régimen de los servicios públicos domiciliarios; la segunda, especial sobre el régimen de energía eléctrica. Por tanto, conviene armonizar su aplicación, entendiendo que en caso de contradicción entre sus disposiciones, la Ley 143 es la llamada a prevalecer.

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).

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Nubia González Cerón, Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación el 14 de febrero de 1995.

TELECOM - Régimen Pensional. **CAPRECOM** - Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida. **ISS. COMPETENCIA. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES. BONOS PENSIONALES. AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**

Las pensiones que correspondan a los pensionados y trabajadores de Telecom deben ser administrados, según el régimen solidario de prima media con prestación definida por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, mientras exista legalmente y siempre que los titulares de ellas se hubiesen afiliado a dicha Caja antes del 1o. de abril de 1994. Quienes se hubiesen vinculado a la Empresa de Telecomunicaciones con posterioridad a tal fecha y elijan el régimen de prima media con prestación definida, quedan afiliados al Instituto de Seguros Sociales; pero si optan por el régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán adscribirse a una sociedad administradora de fondos de pensiones o de fondos de pensiones y cesantías, escogida libremente. Por su parte, es menester tener en cuenta que el patrimonio autónomo constituído por la empresa, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario 1643 de 1994, garantiza el pasivo pensional; sus recursos deben ser entregados a la entidad administradora elegida por los beneficiarios, según cada caso, en los términos y condiciones previstos en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios. La expedición de los bonos pensionales por parte del Caprecom procede cuando una persona afiliada antes del 31 de marzo de 1994, hubiese elegido cambiar de régimen, esto es, al de ahorro individual con solidaridad, o cuando se trate de servidores que hubieren efectuado cotización a dicha Caja.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero Ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco*

Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación No. 672 Referencia: Consulta del Ministerio de Comunicaciones relacionada con los alcances de la Ley 100 de 1993 respecto de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM.

Se absuelve la consulta que el señor Ministerio de Comunicaciones, doctor Armando Benedetti Jimeno, formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

I. ANTECEDENTES

A. Para responder una consulta realizada por el anterior Ministro de Comunicaciones doctor William Jaramillo Gómez relacionada con las funciones de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM en cuanto al pago de las pensiones, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emitió su concepto el 10 de agosto de 1994, radicado bajo el No. 628.

B. Los antecedentes de la consulta se fundamentaron en los artículos 52 de la Ley 100/93, 34 y 36 del Decreto Reglamentario 692 de marzo 29 de 1994. De acuerdo con estas normas, corresponde a las Cajas, Fondos o Entidades de Seguridad o de Previsión Social existentes del sector público o privado administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida mientras dichas entidades subsistan y respecto de las personas que a 31 de marzo de 1994 fueron sus afiliadas, no pudiendo recibir nuevos afiliados a partir de dicha fecha. Las partes pertinentes de estas normas se transcriben a continuación:

Artículo 52 de la Ley 100 de 1993:

"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".

Artículo 34 del Decreto 692 de 1994:

"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 admi-

nistrar el régimen respecto de las personas que a 31 de marzo de 1994 fueron sus afiliados, no pudiendo en consecuencia recibir nuevos afiliados a partir de dicha fecha".

El artículo 36 del decreto en referencia, en su inciso 3o. afirma:

"El I.S.S. 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". (Los subrayados corresponde a la consulta).

C. Para su pronunciamiento, la Sala de Consulta del Consejo de Estado, además de las normas citadas, invocó entre otras, el artículo 128 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 4o. del Decreto 692/94, los cuales en su parte pertinente señalaron el derecho de los servidores públicos de acogerse al régimen de prestación definida y poder continuar afiliados a la Caja, o entidad de previsión a la cual se hayan vinculados a 31 de marzo de 1994. Así mismo, la función de estas entidades para administrar los recursos y pagar las pensiones conforme al ordenamiento legal.

Se transcriben las partes pertinentes:

Artículo 128 de la Ley 100 de 1993:

"Los servidores públicos que se acojan al régimen de prestación definida, podrán continuar afiliados a la caja, fondos o entidad de previsión a la cual se hallan vinculados. Estas entidades administrarán los recursos y pagarán las pensiones conforme a las disposiciones de dicho régimen previstas en la presente ley".

Artículo 4o. del Decreto 692:

"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".

D. La respuesta de la Sala de Consulta fue la siguiente:

"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 mismo 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".

E. Con posterioridad, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1643 de agosto 1 de 1994, en virtud del cual se dispuso la creación de un Fondo como patrimonio **autónomo para garantizar** EL PAGO de las pensiones que correspondan a los pensionados y actuales trabajadores de TELECOM por un monto igual al valor del cálculo actuarial a la fecha de publicación del decreto (el subrayado es nuestro).

Se transcribe a continuación el artículo 1o. del decreto:

"Artículo 1o. Con el fin de crear una provisión para garantizar los pasivos pensionales de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, dicha empresa deberá constituir un patrimonio autónomo por un monto igual al valor del cálculo actuarial a la fecha de publicación de este derecho de las pensiones que correspondan a los pensionados y actuales trabajadores de Telecom.

Dicho patrimonio autónomo será manejado a través de un encargo fiduciario cuya administración será seleccionada conforme a lo previsto en la Ley 80 de 1993. Los recursos del patrimonio autónomo se invertirán en condiciones que garanticen una adecuada rentabilidad, seguridad y liquidez".

Los artículos 2o. y siguientes del Decreto 1643 señalan la existencia de una Junta con participación de los trabajadores para la administración del patrimonio autónomo; la elección de una persona por parte de los trabajadores y pensionados con la función de velar por la correcta administración del encargo fiduciario y los recursos y reservas que constituirán el patrimonio autónomo.

F. El Decreto 1240 de 1989, dispuso que a CAPRECOM le corresponde el pago y reconocimiento de las prestaciones socio-económicas de sus afiliados, entre ellas la pensión de jubilación.

No obstante, es importante mencionar que las pensiones causadas y reconocidas a los trabajadores de la Empresa, han venido siendo canceladas por TELECOM, la cual mediante la figura de un contrato interadministrativo entrega las recursos a CAPRECOM, incluyendo además el pago de un porcentaje adicional de administración, y CAPRECOM, administra estos valores de TELECOM para el pago de las pensiones. Este contrato se encuentra próximo a vencerse, (1o. de abril de 1995) e incorpora igualmente el reconocimiento de otras sumas para los servicios médicos de afiliados.

Lo anterior, en forma adicional a los aportes que hace la Empresa y los funcionarios a CAPRECOM, en un porcentaje de la nómina mensual y mediante descuento de sus asignaciones mensuales.

G. Actualmente, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, y de sus Decretos Reglamentarios, la Empresa y sus funcionarios vienen aportando a CAPRECOM en los porcentajes establecidos en la misma, para pensiones y para salud, e igualmente en forma adicional, al contrato señalado anteriormente causados y pagados al CAPRECOM con posterioridad a la vigencia del Decreto 1643 de 1994.

H. Respecto de las empresas que tienen a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de las pensiones, se mencionan entre otros, los artículos 118 y 124 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 118, señala entre las clases de bonos pensionales:

"Los bonos pensionales serán de tres clases:

a. Bonos pensionales expedidos por la Nación.

b. Bonos pensionales expedidos por las cajas, fondos o entidades del sector público que no sean sustituidas por el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional a que se refiere el capítulo III del presente título, y cuya denominación genérica de bono pensional se complementará con el nombre de la caja, fondo o entidad emisora.

c. Bonos pensionales expedidos por **empresas** privadas o **públicas**, o por cajas pensionales del sector privado **que hayan asumido exclusivamente a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones y cuya denominación genéri-**

ca de bono pensional se complementará con el nombre de la entidad emisora". (El subrayado es nuestro).

El artículo 124 estableció:

"Fondos para Pagos de Cuotas Partes y Bonos Pensionales de las Empresas que tienen a su cargo exclusivo las pensiones de sus empleados.

Para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los correspondientes bonos pensionales y de las cuotas partes, a cargo de las empresas que tienen a su cargo exclusivo el pago de las pensiones y de las cajas de previsión del sector privado, se deberán otorgar las garantías que para el efecto determine el Gobierno Nacional.

Cuando el monto de las obligaciones de que trata el inciso anterior, exceda las proporciones de los activos que para el efecto se establezca, se deberá constituir patrimonios autónomos manejados por encargo fiduciario, sujetos a la vigilancia y control de la Superintendencia respectiva.

Los aportes a los fondos de que trata este artículo, serán deducibles de la renta de los contribuyentes en cuanto no se hayan deducido con anterioridad.

PARAGRAFO 1. Se exceptúan de la obligación prevista en este artículo, los recursos destinados al pago de los beneficios de caráter personal diferentes a los contemplados en esta ley, que acuerden o hayan acordado los empleadores y trabajadores del sector privado.

PARAGRAFO 2. Se excepcionan de la obligación prevista en este artículo, **aquellas empresas que constituyan las reservas actuariles** de conformidad con las normas expedidas por la superintendencia respectiva".

1. La Convención colectiva suscrita entre TELECOM y el Sindicato de Trabajadores de la Empresa SITTELECOM, cuya vigencia es de dos (2) años contados a partir del 1 de enero de 1994, no se refirió expresamente al tema de la administración de las pensiones. Respecto de CAPRECOM, en sus artículos 25 y 26 estipuló lo siguiente:

"Artículo 25 Servicio Médico asistencial.

La Empresa continuará prestando a todos sus trabajadores, pensionados y beneficiarios, los servicios médico asistenciales en forma integral a través de CAPRECOM en las mismas condiciones en que lo venía haciendo. Se excluyen

del régimen compartido a los trabajadores oficiales vinculados a partir del 31 de diciembre de 1992".

"Artículo 26 de Caprecom.

TELECOM mantendrá su afiliación a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM y promoverá su reestructuración interna tendiente a fortalecerla y consolidarla como la única Caja del sector, dentro del marco legal".

II. Con fundamento en las anteriores consideraciones, **SE CONSULTA**:

1. Respecto de las pensiones que correspondan a los pensionados y trabajadores de TELECOM a la fecha de vigencia del Decreto 1643 de 1994, a qué entidad le corresponde administrar su régimen y por lo tanto su reconocimiento y pago?

A) A la entidad fiduciaria seleccionada conforme al procedimiento de la Ley 80 de 1993, a que se refiere el Decreto 1643 de 1994?

En caso contrario, esta entidad manejaría el patrimonio autónomo del fondo constituido por la Empresa, con la rentabilidad y liquidez necesaria, con el fin de garantizar su pago y entregar los recursos a CAPRECOM?. A TELECOM?. O otra entidad que se considere competente?

B) Directamente a cargo y cuenta de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM?

En este caso, como se establece en la consulta, correspondería a CAPRECOM el reconocimiento y pago de las pensiones socioeconómicas que se causen de conformidad con el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

C) A la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, teniendo en cuenta que en la actualidad por vía de la celebración de un contrato entre las partes, está cancelando a CAPRECOM el monto de las pensiones de los pensionados y actuales trabajadores de TELECOM?

Podría TELECOM, en este caso, celebrar un nuevo contrato con el mismo CAPRECOM, con el Instituto de Seguros Sociales I.S.S., o las sociedades administradoras de fondo de pensiones para al administración y pago de las pensiones citadas?

Este contrato tendría sustento legal en el principio de la autonomía de la voluntad que sirve de fundamento a la Ley 80 de 1993, y se sometería a las normas de contratación allí señaladas.

2. En qué casos sería procedente la expedición de los bonos pensionales de que trata el literal c) del artículo 118 de la Ley 100 de 1993?.

Las anteriores alternativas se entienden, sin perjuicio del derecho del trabajador de escoger libremente el régimen del sistema general de pensiones o la entidad administradora en el régimen de ahorro individual con solidaridad".

I. ANTECEDENTES.

1. El artículo 48 de la Consititución Política establece como obligatorio el servicio público de la seguridad social, el cual se prestará bajo la coordinación y control del Estado. Agrega en el inciso 5o. que "La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante".

2. Por parte el Decreto 1240 de 1989 le confiere a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM el carácter de entidad de seguridad social, cuyo objeto es 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.).

Dentro de las funciones de dicha Caja se enumera la de atender el reconocimiento y pago de las prestaciones socio-económicas conforme al régimen previsto en la ley y a los contratos suscritos en cada caso en particular, a los empleados oficiales al servicio de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, (literal a, artículo 4o. ibídem). Igualmente se le asigna la de "asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones socio-económicas que la ley establezca en favor de los afiliados vinculados específicamente a una entidad adscrita al Ministerio de Comunicaciones, previo contrato suscrito con la Caja". (literal d, artículo 4o.).

3. La Ley 100 de 1993, creadora del sistema de seguridad social integral, estableció dos regímenes solidarios de pensiones, que, aunque excluyentes, coexisten; son: el Régimen solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (artículo 12) los cuales deben ser administrados por las entidades que determina la ley.

Según el mismo estatuto, el régimen de prima media con prestación definida es administrado por el Instituto de Seguros Sociales. Además las cajas, fondos o

entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de quienes se hallasen afiliados el 31 de marzo de 1994 y mientras dichas entidades subsistan (artículos 52 Ley 100 de 1993 y 4o. Decreto 692 de 1994).

El régimen de ahorro individual con solidaridad está constituido por 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 (artículo 59 inciso 1o. Ley 100 de 1993). En este régimen los afiliados tienen la cuenta individualizada en la cual se les abona el valor de sus cotizaciones y los aportes de su empleador, las cotizaciones voluntarias, los bonos pensionales, los subsidios del Estado y todos los rendimientos financieros que genere (artículo 5o. Decreto 692 de 1994).

Son entidades administradoras de los fondos de pensiones sometidos al régimen mencionado las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías (AFPC).

4. En lo que corresponde al sector público, el artículo 130 de la Ley 100 de 1993 creó el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, el cual sustituyó a la Caja de Previsión Social en lo relacionado con el pago de pensiones, y a las demás cajas de previsión o fondo del sector público del orden nacional, siempre y cuando el Gobierno así lo determine.

Sin embargo, la misma ley prevé que las cajas, fondos o entidades del sector público, que no hayan sido sustituidas por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, destinarán los recursos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus correspondientes bonos pensionales y de las cuotas partes que les correspondan, mediante la constitución de patrimonios autónomos manejados por encargo fiduciario (artículo 122).

Ahora bien, para el manejo de las obligaciones derivadas de los bonos pensionados y de las cuotas partes, a cargo de las empresas que tienen a su cargo exclusivo el pago de las pensiones, se deberán otorgar las garantías que para el efecto determine el Gobierno Nacional. Se exoneran del cumplimiento de dicha obligación las empresas que constituyan reservas actuariles, de conformidad con las normas expedidas por la Superintendencia respectiva (artículo 154 ibídem).

5. Prescribe la Ley 100 de 1993 que los bonos pensionales, constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General (artículo 115). Dispone, así mismo, que tendrán derecho al bono pensional aquellos afiliados que previo su

ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad hayan cumplido con alguno de los siguientes requisitos:

a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o a las cajas o fondos de previsión del sector público. No obstante los afiliados que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono;

b) Que hubiesen estado vinculados al Estado y a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;

c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;

d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

Dichos bonos pensionales son de tres clases: Los expedidos por la Nación; los expedidos por cajas, fondos o entidades del sector público que no sean sustituidos por el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, y los expedidos por empresas privadas o públicas o por cajas pensionales del sector privado que hayan asumido exclusivamente a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones (artículo 118).

Las normas para la emisión de los bonos pensionales, su redención, posibilidad de negociarlos y las condiciones de los bonos que se expidan a los afiliados que se trasladen del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro con solidaridad están contenidas en el Decreto Reglamentario 1299 de 1994; para los que se trasladen al régimen de solidaridad de prima media con prestación definida, les es aplicable especialmente el Decreto Reglamentario 1314 de 1994.

6. Mediante el Decreto Reglamentario 1643 del 1o. de agosto de 1994, el Gobierno Nacional "prevé la existencia de un fondo para garantizar el pago de las pensiones a cargo de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom".

Dispone en su artículo 1o.:

"Con el fin de crear una provisión para garantizar los pasivos pensionales de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, dicha empresa deberá constituir un patrimonio autónomo por un monto igual al valor del cálculo actuarial a la fecha de publicación de este decreto de las pensiones que correspondan a los pensionados y actuales trabajadores de Telecom.

Dicho patrimonio autónomo será manejado a través de un encargo fiduciario cuya administración será seleccionada conforme a lo previsto en la Ley 80 de 1993.

Los recursos del patrimonio autónomo se invertirán en condiciones que garanticen una adecuada rentabilidad, seguridad y liquidez".

El mismo decreto contiene unas reglas para efectos de la administración del patrimonio autónomo (artículos 2o. y ss ibídem).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Sistema General de Pensiones

Dentro del desarrollo del derecho constitucional de la seguridad social, se reguló lo concerniente al Sistema General de Pensiones aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, con las excepciones previstas en la ley, dentro de los cuales no se encuentran los empleados de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom.

De las disposiciones de la Ley 100 de 1993 transcritas, se concluye que los servidores públicos o privados deben vincularse a uno de los dos regímenes de seguridad social: al solidario de prima media con prestación definida o al de ahorro individual con solidaridad.

Considera la Sala pertinente reiterar el concepto emitido el 10 de agosto de 1994 en el que al respecto afirmó: "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 ya 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 ordenará. 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".

El régimen de ahorro individual con solidaridad debe ser administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías.

De otra parte, al mismo tiempo que la Ley 100 de 1993 creó el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, que sustituyen a la Caja Nacional de Previsión Social, prohibió la constitución de nuevas cajas, fondos o entidades de seguridad social con destino al sector público.

Ello explica el por qué actualmente sólo pueden ser administradoras de pensiones, el Instituto de Seguros Sociales, las cajas, los fondos o las entidades de seguridad social ya existentes del sector público o privado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, así como las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones o de Pensiones y Cesantías, y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional; todo ello, dentro del marco legal y reglamentario previsto en la ley de seguridad social.

2. Caprecom, entidad administradora

La Caja de Previsión Social de Comunicaciones, tal como sostuvo la Sala en el concepto anteriormente citado, es administradora del régimen solidario de prima media con prestación definida, pero solamente respecto de quienes se hubieren afiliado a ella antes del 1o. de abril de 1994, incluidos los servidores de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

> "Ahora bien, -se agrega en dicho concepto- 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 con solidaria, deberán vincularse en la sociedad administradora de fondos de pensiones o a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías, según elección individual".

3. El caso específico de Telecom. Decreto 1643 de 1994

Con la expedición del Decreto 1643 de 1994, el Gobierno utilizó como mecanismo legal el de patrimonio autónomo manejado por encargo fiduciario, con el objeto específico de garantizar las pensiones de Telecom.

Se dispuso además, que el valor de dicho patrimonio fuese por el equivalente del que resulte del cálculo actuarial de las pensiones de quienes ya han sido pensionados y de los trabajadores que estuviesen vinculados el 1o. de agosto de 1994, fecha de publicación del decreto en mención.

Con la constitución del patrimonio autónomo como garantía de la carga pensional de la empresa, se cumple el mandato constitucional consistente en que los recursos destinados a las pensiones, mantengan su poder adquisitivo.

De lo anterior se sigue que no puede confundirse el manejo del pasivo pensional a través de un patrimonio autónomo por encargo fiduciario con el manejo o administración de uno de los regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones.

El encargo fiduciario cuya constitución fue prevista para garantizar el pasivo pensional de la empresa debe tratársele de conformidad con las normas de la Ley 80 de 1993, que dispone la no transferencia del dominio, ni que este constituya patrimonio autónomo diferente del propio de la respectiva entidad oficial (artículo 32 numeral 5o. inciso 8o.).

Como se afirma el Sistema General de Pensiones, excluye cualquier otro sistema de administración distinto al asumido por el Instituto de Seguros Sociales, en caso de que se seleccione el régimen solidario de prima media con prestación definida, por las cajas, fondos o entidades de previsión o seguridad social vigente, respecto de quienes estuvieren afiliados a éstas antes del 31 de marzo de 1994 y eligieren este régimen; o por las sociedades administradoras de fondos de pensiones o de fondos de pensiones y cesantías en el evento de selección del régimen de ahorro individual con solidaridad; finalmente, por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional que sustituye a la Caja Nacional de Previsión Social en relación con el pago de pensiones del sector público.

En este orden las ideas y para el caso concreto de las pensiones de Telecom, se tiene que corresponde su administración, a las entidades administradoras descritas en la Ley 100 de 1993, según el régimen seleccionado por el respectivo servidor, a saber:

1o. Si el trabajador elige el sistema de prima media con prestación definida a partir del 1o. de abril de 1994 corresponderá su administración al Instituto de Seguros Sociales.

2o. Si el trabajador, se encontraba afiliado a Caprecom antes del 31 de marzo de 1994 y eligió el régimen solidario de prima media con prestación definida, su administración corresponderá a dicha caja.

3o. Si el trabajador opta por el régimen de ahorro individual con solidaridad, compete su administración a la sociedad administradora de fondos de pensiones o de pensiones y cesantías, que el interesado seleccione.

De otra parte, el patrimonio autónomo manejado por encargo fiduciario y debidamente autorizado por el Decreto Reglamentario 1643 de 1994, no es administrador de pensiones de la empresa con la finalidad de que aquella mantengan su poder adquisitivo.

4. Bonos pensionales

Son definidos por la ley como "aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones".

La principal finalidad de los bonos pensionales, es la del reconocimiento del tiempo trabajado por los servidores públicos para efectos pensionales.

La expedición de los bonos, regulada como quedó descrito en el capítulo de antecedentes del presente concepto, procede:

1. Cuando existe o ha existido relación laboral con cualquiera de las entidades del Estado, sea en forma contínua o discontínua.

2. Cuando se ha cotizado al Instituto de Seguros Sociales o a las cajas o fondos de previsión del sector público.

3. Cuando ha existido afiliación a cajas de previsión del sector privado que tuviere a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones.

4. Cuando al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, se está trabajando en una empresa que tiene a cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

Por último, se observa que el segundo punto de la consulta se concreta al literal e) del artículo 118 de la Ley 100 de 1993, que trata sobre la clase de "bonos pensionales expedidos por empresas privadas o públicas, o por cajas pensionales del sector privado que hayan asumido exclusivamente a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones".

Debe tenerse en cuenta que el pago de estos bonos es procedente cuando se presente por el afiliado un traslado de régimen lo que ocasiona el cambio de entidad administradora pero desde luego observándose lo previsto en la ley de sujeción a lo ya explicado.

LA SALA RESPONDE:

1) Las pensiones que correspondan a los pensionados y trabajadores de Telecom deben ser administradas según el régimen solidario de prima media con prestación definida por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, mientras exista legalmente y siempre que los titulares de ellas se hubiesen afiliado a dicha Caja antes del 1o. de abril de 1994.

Quienes se hubiesen vinculado a la Empresa de Telecomunicaciones con posterioridad a tal fecha y elijan el régimen de prima media con prestación definida, quedan afiliados al Instituto de Seguros Sociales; pero se optan por el régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán adscribirsen a una sociedad administradora de fondos de pensiones o de fondos de pensiones y cesantías, escogida libremente.

Por su parte, es menester tener en cuenta que el patrimonio autónomo constituido por la empresa, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario 1643 de 1994, garantiza al pasivo pensional; sus recursos deben ser entregados a la entidad administradora elegida por los beneficiarios, según cada caso, en los términos y condiciones previstos en la Ley 100 de 1993, y sus Decretos Reglamentarios.

2) La expedición de los bonos pensionales por parte de Caprecom procede cuando una persona afiliada antes del 31 de marzo de 1994 hubiese elegido cambiar de régimen, esto es, al de ahorro individual con solidaridad o cuando se trate de servidores que hubieren afectado cotización a dicha caja.

Transcríbase en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Comunicaciones y Secretario Privado de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; *Nubia González Cerón, Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reitera el concepto emitido el 10 de agosto de 1994.

Autorizada la publicación el 7 de marzo de 1995.

SECCION PRIMERA

ACCION DE NULIDAD

En este caso, si bien es cierto que en el texto del libelo demandatorio no se dedicó un acápite especial a los "hechos" también lo es que estos se deducen del concepto de la violación, pues éste sólo involucra fundamentos de derecho sino que, como es lógico, está edificado sobre la base de fundamentos de hecho. Además, no puede perderse de vista que cuando la controversia es de puro derecho, como en este caso, la invocación de los hechos resulta innecesaria para dirimir la misma. Por esta razón la aparente ausencia del tal requisito no puede conducir a un fallo inhibitorio.

ACCION DE NULIDAD

El no haberse señalado en la demanda quién es la parte demandada tampoco es causal para inhibirse de un pronunciamiento de fondo ya que del texto del acto acusado se desprende el sujeto pasivo de la acción, amén de que éste fue citado al proceso, compareció al mismo y pudo ejercer su derecho de defensa, que es en última instancia lo que se busca garantizar con la exigencia de dicho requisito.

ESTATUTO DE SANTA FE DE BOGOTA - Autorización. **ALCALDE MAYOR DE SANTA FE DE BOGOTA. POTESTAD REGLAMENTARIA. CONCEJO DEL DISTRITO CAPITAL. ACUERDOS DEL DISTRITO CAPITAL.**

Del contenido de los numerales 10o, 11 y 16 del artículo 16 del Estatuto Orgánico de Bogotá no se desprende la autorización para que el Alcalde Mayor hubiera hecho las regulaciones a que se contraen las normas acusadas. Todo lo contrario, del texto de los mismo se deduce inequívoca-

mente que el Alcalde Mayor debe sujetarse a los Acuerdos del Concejo Distrital. Por ello, so pretexto de hacer que se cumplan las disposiciones y dictar las providencias necesarias en los ramos de la Administración no puede ir más allá del espíritu y alcance de las normas que pretende reglamentar para hacer efectivo su cumplimiento.

ALCALDE MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL. MERCADOS MOVILES. VENDEDORES AMBULANTES. CODIGO DE POLICIA DEL DISTRITO CAPITAL. PERMISO- Requisitos. **POTESTAD REGLAMENTARIA** Exceso. **SANCIONES** -Improcedencia .**SANCIONES** -Atipicidad.

El Alcalde Mayor no podía exigir requisitos adicionales para el ejercicio de la actividad de los vendedores ambulantes y estacionarios, diferentes de los exigidos en el Acuerdo No. 36 de 1962 (Código de Policía del Distrito Especial de Bogotá), que en su artículo 711 previó unas condiciones para la expedición del permiso, haciendo énfasis en cuanto a que el mismo no causaría derecho o tasa alguna, resultando por lo mismo extrañas las exigencias de acompañar un paz y salvo por todo concepto y una garantía de cumplimiento de las condiciones contenidas en el permiso, a las que se contraen los numerales 3o. y 4o. del artículo 13 acusado. La sanción de suspensión por treinta días a que alude el artículo 22 cuestionado, no está prevista como tal en el Acuerdo No. 3 de 1977, como tampoco lo está la de retención del carné de los expendedores o dependientes. (Artículo 27 *ibídem*). De igual manera, las conductas objeto de sanción a que alude al artículo 24 enjuiciado (cesión, venta y subarriendo), tampoco se encuentran tipificados como sancionables en el Acuerdo No. 3 de 1977, y el hecho de que los Códigos Civil y de Comercio se refieran a estas conductas no habilita a una autoridad diferente del Concejo Distrital para cumplirlas como sancionables en una actividad que sólo puede ser objeto de regulación por la Corporación Edilicia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera
Santa Fe de Bogotá D.C., veinte (20) de Enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente No. 1784 Recurso de apelación contra la sentencia de 25 de abril de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: Fernando Treebilcock B.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá contra la sentencia del 25 de abril de 1994, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto declaró no probadas las excepciones propuestas por el damandado y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda al declarar la nulidad de los artículos 13, en sus numerales 3o. y 4o. , 22 en la frase "...lugar a la suspensión hasta por treinta (30) días...", 24 y 27 del Decreto acusado.

I. ANTECEDENTES

I.1-. El ciudadano y abogado FERNANDO A TREEBILCOCK, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la ACCION consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de los artículos 11,13 numerales 3o. y 4o. , 20 numeral 11,22 a 24 y 27 del Decreto No. 0247 de 19 de mayo de 1989 "Por el cual se reglamenta el funcionamiento del sistema de mercados móviles en el Distrito Especial de Bogotá", expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá.

I.2-. En apoyo de sus pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

Con base en el artículo 199 de la Constitución Nacional de 1886 se expidió el Decreto 3133 de 1968, que contiene la reforma administrativo de Bogotá, y en su artículo 2o. indicó que la Administración del Distrito Especial de Bogotá no estará sujeta a las normas que expida la Asamblea ni a las de la Gobernación del Departamento de Cundinamarca. En cuanto a las atribuciones administrativas que confieren la Constitución y las leyes a las Asambleas y Gobernadores le fueron asignadas al Concejo Distrital y al Alcalde Mayor en lo pertinente.

El artículo 187 numeral 9o. de la Constitución Nacional de 1886 facultó a las Asambleas para reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no fuera materia de disposición legal, y, como se ha visto, el Concejo Distrital quedó investido de las mismas facultades por mandato de la ley.

El artículo 9o. del Código Nacional de Policía establece que cuando las disposiciones de las asambleas Departamentales sobre policía necesiten de alguna precisión para aplicarlas los Gobernadores y Alcaldes podrán dictar reglamentos con ese solo fin y por tanto no podrán expedir normas de conducta no contenidas en las Ordenanzas y, por ende, en los acuerdos.

El Concejo de Bogotá, con el fin de reglamentar la actividad del vendedor que despliega su actividad en bienes de uso público, expidió el Acuerdo No. 3 de 1977 clasificándolos en vendedores ambulantes y estacionarios.

El Alcalde Mayor de Bogotá expidió el Decreto acusado, desbordando las facultades otorgadas por el artículo 9o. del Código Nacional de Policía, al crear requisitos para la obtención del permiso, abiertamente ilegales, como son: el paz y salvo por todo concepto y la obtención de garantías de cumplimiento de las condiciones señaladas en el permiso, lo cual significa un previo desembolso extraño al permiso que debe otorgarse al solicitante. Crea un gravamen para el vendedor en Bogotá equivalente a dos salarios diarios mínimos legales vigentes, atentando contra el artículo 711 del Acuerdo No. 36 de 1962 (Código de Policía de Bogotá), que prohibe terminantemente la causación de un derecho o tasa para el vendedor que se beneficia del permiso, independientemente de que sólo el Congreso, las Asambleas y los Concejos podrán imponer contribuciones en tiempo de paz (artículo 43 de la Constitución).

También se incurrió en un exceso en la imposición de sanciones y en el procedimiento a efectuarse contrariándose el Acuerdo No. 3 de 1977, que en ningún momento prevé procedimientos o sanciones del calibre de que trata el Decreto acusado.

I.3-. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 25 de abril de 1994, la cual fue oportunamente apelada por el apoderado del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

II-. LA SENTENCIA APELADA

Para declarar no probadas las excepciones propuestas y acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, consideró el *a quo*, en esencia, lo siguiente:

1-. En cuanto a la excepción atinente a la ausencia de hechos en la demanda, por faltarse así a lo preceptuado en el artículo 137 numeral 3o. del C.C.A., se desestima ya que si bien la demanda no contiene este capítulo, por tratarse de un asunto de puro derecho no resulta necesaria la relación de hechos ya que estos se referirían a las circunstancias que rodearon la expedición del acto, lo cual no es materia de debate en este proceso.

2-. En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva al no haberse designado en la demanda al sujeto pasivo de la relación procesal, tampoco prospera porque no obstante ser cierto que no se citó en el libelo la parte demandada y su representante, la Jurisdicción entendió que la parte demandada era el Distrito Especial de Bogotá y a su representante dirigió la notificación del auto admisorio de la demanda, asegurándose de tal manera el derecho de defensa.

3-. Otra excepción es la atinente a la falta de presupuestos procesales al no aportar el actor con la demanda las normas de alcance local. Tampoco prospera ya que si bien resulta cierta la afirmación, precisamente este punto fue materia de análisis y motivación para la expedición del auto para mejor proveer, llegándose a la conclusión de que había habido falla de la Jurisdicción al admitir la demanda pero por esta circunstancia el actor no tenía por qué sufrir las consecuencias de ello, máxime el transcurso por años del presente proceso.

Sobre el fondo del asunto se tiene lo siguiente:

.a): El Acuerdo No. 3 de 1977 clasifica los vendedores de mercancías y servicios en las vías públicas en ambulantes y estacionarios y con respecto de ello señala la exigencia de la licencia expedida por la Secretaría de Gobierno, indica los requisitos para la obtención de la misma, su término de vigencia, su carácter de intransferible, la obligación de solicitar permiso cuando el vendedor necesite ausentarse del lugar autorizado para trabajar y la posibilidad de cederla al cónyuge o un familiar próximo.

El artículo 9o. ibídem señala como sanciones: la multa entre $100.oo y $1.000.oo; la prohibición del ejercicio de la actividad para quien expenda mercancías o servicios sin licencia, el retiro de la licencia por tres o cinco días o la cancelación de la misma cuando el vendedor cometa una falta contra el reglamento.

El artículo 711 del Acuerdo No. 36 de 1962 (Código de Policía del Distrito Especial de Bogotá) señala que en las zonas permitidas el Alcalde autorizará el oficio de marchante otorgando permiso individual, que no causará derecho o tasa alguna e indica las condiciones al efecto.

b): El Artículo 13 del Decreto en sus numerales 3o. y 4o. exige como requisitos: paz y salvo por todo concepto y garantía de cumplimiento de las condiciones señaladas en el permiso. Con ello infringe lo preceptuado en el artículo 711 del Acuerdo No. 36 de 1962 porque no puede el Alcalde so pretexto de reglamentar exigir más requisitos de los indicados en dicho acuerdo. Por esta razón procede su nulidad.

c): El artículo 22 acusado establece la sanción de suspensión por treinta días del permiso de funcionamiento, no contemplada en el Acuerdo No. 3 de 1977, que señala el retiro de la licencia por tres o cinco días, mas no la suspensión por treinta días de la licencia al vendedor que cometa falta contra el reglamento por primera o segunda vez. Por ello se declarará la nulidad de la frase "lugar a la suspensión hasta por treinta días" contenida en dicha norma.

d): Las sanciones previstas en los artículos 24 y 27 del Decreto acusado contrarían el texto del Acuerdo No. 3 de 1977, pues dentro del ámbito de la facultad reglamentaria no se encuentra la de tipificar conductas y establecer sanciones.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Para impetrar la revocatoria de la sentencia apelada, el apoderado del Distrito capital de Santa Fe de Bogotá, expresa, en síntesis, los motivos de inconformidad así:

1-. El entonces Estatuto Orgánico de Santa Fe de Bogotá consagraba en su artículo 16 numerales 10o., 11 y 16 como funciones del Alcalde Mayor la de cumplir y hacer que se cumplan en el Distrito Especial los Decretos o órdenes del Gobierno y los Acuerdos del Concejo Distrital; revisar y reformar los actos de sus agentes y dictar las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración; y las demás que la Constitución, las leyes y los acuerdos establezcan.

De otra parte, el artículo 11 del Acuerdo No. 36 de 1962 estableció facultades especiales en materia de policía para el Alcalde Mayor, como: expedir los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de los reglamentos de policía; ordenar lo conveniente para el eficaz servicio de vigilancia en el Distrito; y las demás que le señalen la ley y los acuerdos.

Así las cosas el acto acusado configura un auténtico Decreto con fuerza de Acuerdo, lo cual desvirtúa la violación de normas superiores.

El Decreto acusado es el ejercicio de una facultad de policía plenamente autorizada para dar organización al sistema de distribución al detal de productos básicos de la canasta familiar, actividad desempeñada por cooperativas, empresas comunitarias, empresas fabricantes, asociaciones de comerciantes mayoristas y cajas de compensación familiar, que se desplazan de un sitio a otro dentro del área del Distrito Especial de Bogotá, lo cual justifica la intervención de la Administración expidiendo la reglamentación necesaria.

2-. Respecto del artículo 22 que establece la suspensión por treinta días, el Consejo de Estado en el expediente No. 1784, con ponencia del Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, al resolver el recurso de apelación contra el auto de 12 de Octubre de 1989 señaló que no viola los artículos 9o. y 116 del Código Nacional de Policía pues tal sanción concuerda con igual medida de castigo que establece el artículo 196 del Código Nacional de Policía.

3.- No es cierto que las conductas incorporadas en el artículo 24 sean una tipificación ya que éstas están comprendidas y reglamentadas por los Códigos Civil y de Comercio, que son los estatutos que así las definen. La norma acusada simplemente las compila para imponer el orden en la actividad.

Por lo anterior, los cargos y la determinación judicial frente al artículo 27 con desvirtuables.

4-. Las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento. Por tanto la falta de técnica jurídico procesal ha debido concluir en un fallo inhibitorio.

La demanda no reunió los requisitos especiales y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es rogada. El Juez no puede ir más allá de los planteado en la demanda y en el sub lite oficiosamente se subsanó la conducta que compete asumir al actor.

IV-. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo, en primer término llama la atención sobre la deslealtad procesal del apoderado de la demandada, quien para dar más fuerza a la sustentación del recurso indica como antecedente jurisprudencial y como expresado por la Sección Primera fundamentos del recurso de apelación argüidos por el propio apoderado de la Alcaldía Mayor, que no constituyen parte de las consideraciones del auto.

En cuanto al fondo del asunto se muestra partidario de que se confirma la sentencia apelada ya que hubo desbordamiento de la facultad de reglamentación en los artículos demandados, pero debe modificarse únicamente en lo que se refiere a la frase "...lugar a la suspensión hasta por treinta días...", a fin de que se decrete solamente la nulidad de la frase "a la suspensión hasta por treinta días o...", para hacerla más comprensible.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Debe la Sala, en primer término, pronunciarse sobre la inconformidad del recurrente en lo que respecta a las excepciones planteadas en la contestación de la demanda.

Sobre el particular, cabe advertir lo siguiente:

En virtud de lo normado por el artículo 137 del C.C.A, toda demanda debe contener, entre otros requisitos, la relación de los hechos u omisiones que sirven de fundamento a la acusación.

En este caso, si bien es cierto que en el texto del libelo demandatorio no se dedicó un acápite especial a los "hechos", también lo es que estos se deducen del concepto de la violación, pues este no sólo involucra fundamentos de derecho sino que, como es lógico, está edificado sobre la base de fundamentos de hecho. Además, no puede perderse de vista que cuando la contorversia es de puro derecho, como en este caso, la invocación de los hechos resulta innecesaria para dirimir la misma. Por esta razón la aparente ausencia del tal requisito no puede conducir a un fallo inhibitorio.

De igual manera, el no haberse señalado en la demanda quién es la parte demandada tampoco es causal para inhibirse de un pronunciamiento de fondo ya que del texto del acto acusado se desprende el sujeto pasivo de la acción, amén de que éste fue citado al proceso, compareció al mismo y pudo ejercer su derecho de defensa, que es en última instancia lo que se busca garantizar con la exigencia de dicho requisito.

En lo tocante a la excepción consistente en no haber aportado el actor con la demanda las normas de carácter local que se invocaron como transgredidas, estima la Sala que tampoco está llamada a prosperar. En efecto, si bien es cierto que esta omisión constituía una irregularidad que impedía la admisión de la demanda y obligaba al Juzgador a dar aplicación al artículo 143 inciso 2o. del C.C.A., no lo es menos que en virtud del auto para mejor proveer, que se justificó en la medida en que tratándose de una acción de nulidad sobre velarse porque el ordenamiento jurídico se mantenga incólume, tales normas fueron allegadas al proceso desvirtuándose, en consecuencia, el presupuesto de la excepción e imponiéndose un pronunciamiento de mérito.

Respecto del fondo de la controversia considera la Sala que no son atendibles los argumentos del recurrente, por las siguientes razones:

Del contenido de los numerales 10o, 11 y 16 del artículo 16 del Estatuto Orgánico de Bogotá no se desprende la autorización para que el Alcalde Mayor hubiera hecho las regulaciones a que se contraen las normas acusadas. Todo lo contrario, del texto de los mismo se deduce inequívocamente que el Alcalde Mayor debe sujetarse a los Acuerdos del Concejo Distrital. Por ello, so pretexto de hacer que se cumplan las disposiciones y dictar las providencias necesarias en los ramos de la Administración no puede ir más allá del espíritu y alcance de las normas que pretende reglamentar para hacer efectivo su cumplimiento.

Es así como el Alcalde Mayor no podía exigir requisitos adicionales para el ejercicio de la actividad de los vendedores ambulantes y estacionarios, diferentes de los exigidos en el Acuerdo No. 36 de 1962 (Código de Policía del Distrito Especial de Bogotá), que en su artículo 711 previó unas condiciones para la expedición del permiso, haciendo énfasis en cuanto a que el mismo no causaría derecho o tasa alguna, resultando por lo mismo extrañas las exigencias de acompañar un paz y salvo por todo concepto y una garantía de cumplimiento de las condiciones contenidas en el permiso, a las que se contraen lo numerales 3o. y 4o. del artículo 13 acusado.

La sanción de suspensión por treinta días a que alude el artículo 22 cuestionado, no está prevista como tal en el Acuerdo No. 3 de 1977, como tampoco lo está la de retención del carné de los expendedores o dependientes. (Artículo 27 ibídem).

De otra parte, como lo hizo notar el Agente del Ministerio Público, no es cierto que esta Corporación hubiera hecho pronunciamiento alguno en relación con el citado artículo 22 en el proveído de 11 de Octubre de 1991, que revocó la suspensión provisional decretada en este proceso. Todo lo contrario, precisamente en razón de la ausencia de normas de carácter local no pudo efectuarse la confrontación que reclama el artículo 152 del C.C.A.

De igual manera, las conductas objeto de sanción a que alude al artículo 24 enjuiciado (cesión, venta y subarriendo), tampoco se encuentran tipificadas como sancionables en el Acuerdo No. 3 de 1977, y el hecho de que los Códigos Civil y de Comercio se refieran a estas conductas no habilita a una autoridad diferente del Concejo Distrital para cumplirlas como sancionables en una actividad que sólo puede ser objeto de regulación por la Corporación Edilicia.

Finalmente, tampoco es acertado afirmar que el Decreto 0247 de 19 de Mayo de 1989, contentivo de las normas acusadas, sea un Decreto con fuerza de acuerdo, pues en parte alguna de su texto se advierte que el Concejo Distrital hubiera revestido al Alcalde Mayor de precisas facultades extraordinarias para regular una materia que es de su exclusivo resorte.

Las consideraciones precedentes conducen a la confirmación del fallo apelado en cuanto declaró la nulidad de los artículos 13, en sus numerales 3o. y 4o., 24 y 27 del acto acusado.

En cuanto a la nulidad de la frase relativa a la sanción de suspensión por treinta días, contenida en el artículo 22, es atendible el razonamiento del Agente

del Ministerio Público en cuanto a que debe modificarse para mejor comprensión de la parte del mismo no anulada, y por ello se dispondrá que tal nulidad cobije la frase "...a la suspensión hasta por treinta (30) días o...".

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 apelada en cuanto declaró la nulidad de los artículos 13, en sus numerales 3o. y 4o., 24 y 27 del acto acusado.

2o) MODIFICASE la sentencia en el sentido de que la nulidad de la frase contenida en el artículo 22 ibídem se limita" ...a la suspensión hasta por treinta (30) días o...".

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 19 de Enero de 1995.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

RADIODIFUSION SONORA. PROGRAMA INFORMATIVO. LICENCIA ESPECIAL. CAUCION - Cuantía

El artículo del Decreto 1480 de 1994 contraría de manera manifiesta el inciso final del artículo 7o. de la Ley 74 de 1966, que es una de las leyes que pretende reglamentar, pues mientras esta última norma prevé una caución o garantía para la expedición de licencias especiales a los directores de programas informativos o periodísticos, cuya cuantía "se fijará teniendo en cuenta la categoría del área del servicio de la estación o estaciones de radiodifusión que transmiten el servicio y no podrán exceder de veinte mil pesos ($20.000.oo) ni ser inferior a cinco mil pesos ($5.000.oo), la norma demandada fija esa cuantía "teniendo como base un valor de veinte mil pesos ($20.000.oo) por cada emisión del programa cuya licencia se solicita".

POTESTAD REGLAMENTARIA. NORMA CONSTITUCIONAL - Interpretación.

La reglamentación general de los derechos y las actividades a que se refiere el art. 84 de la Constitución no es solamente la contenida en las leyes sino también en los decretos reglamentarios, como es el caso del decreto acusado, en la medida en que el contenido de estos últimos, como es propio del poder reglamentario, no desborde el marco de las leyes reglamentarias. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de las siguientes disposiciones del Decreto 1480 del 13 de julio de 1994: La expresión: "y su cuantía se determinará teniendo como base un valor de veinte mil pesos ($20.000.oo) por cada emisión del programa cuya licencia se solicita",

contenida en el art. 39: el artículo 131 en su integridad, deniega la suspensión provisional de las demás normas acusadas.

RADIODIFUSION SONORA - Servicio clandestino. **SUSPENSION DEL SERVICIO. DECOMISO**

La administración tiene la obligación de proceder a la suspensión del servicio considerado clandestino y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar y sin posibilidad de legalización, mientras que el sentido de la norma acusada es la de permitir la continuación del funcionamiento de esos servicios que han venido prestándose sin sujeción a las disposiciones legales, lo cual va en contravía de las leyes reglamentadas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá D.C., veinte de enero de 1995-.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 3177. Actor: Jorge Enrique Gutiérrez Avila

El ciudadano y abogado Jorge Enrique Gutiérrez Avila, en ejercicio de la acción pública de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A, solicita la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, de los artículos 27, 39, 85, 93, 97,101, 116, 121 y 131 del Decreto 1480 del 13 de julio de 1994, "por el cual se reglamenta el servicio de radiodifusión sonora", expedido por el Gobierno Nacional, con la firma del señor Presidente de la República y el Ministerio de Comunicaciones.

Como la demanda reúne los requisitos formales exigidos por los artículos 137 y ss. del C.C.A, será admitida en la parte resolutiva de esta providencia.

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En el mismo escrito de demanda, el actor solicita expresamente la suspensión provisional de las normas demandadas, con fundamento en el artículo 152 del C.C.A., y de acuerdo con los argumentos que se transcribirán en relación con cada una de las disposiciones acusadas, a los cuales se referirá la Sala a continuación de dicha transcripción.

"1. El art. 27 del Decreto 1480 del 13 de julio de 1994 debe suspenderse provisionalmente en sus efectos, habida cuenta que incluyó el término aclaraciones que no figura en la disposición orgánica del art. 20 de la Constitución que sólo se refiere a las rectificaciones. La contradicción directa en este caso es evidente, lo cual amerita la medida solicitada."

Para resolver

SE CONSIDERA:

El artículo 27 del decreto acusado es del siguiente tenor:

"Artículo 27. Los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora estarán obligados a transmitir gratuitamente, sin comentarios y de manera inmediata las rectificaciones o aclaraciones a que dieren lugar las informaciones inexactas divulgadas al público, en el mismo horario y con idéntica importancia a la del programa o programas que las hayan originado. Esta obligación se extiende a los directores de programas informativos o periodísticos. "La transmisión de rectificaciones deberán hacerse en condiciones de igualdad y equidad, de conformidad con la Constitución y la disposiciones legales que desarrollen este derecho".

A su vez el artículo 20 de la Constitución Política, que se considera violado, dice lo siguiente:

"Artículo 20: Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial y de fundar medios masivos de comunicación. "Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura".

De la lectura comparativa de las dos normas la Sala no encuentra la contradicción directa que plantea el actor, pues el hecho de que la norma demandada de refiera a "rectificaciones o aclaraciones" no implica por si mismo que se esté ampliando la figura de la "rectificación" contenida en la disposición constitucional, pues en principio es claro que una aclaración puede implicar en el fondo por lo menos una rectificación parcial.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

"2. El art. 3o. del decreto aludido, infringe ostensiblemente el art. 84 de la Constitución en cuanto que fija para las empresas privadas de radiodifusión sonora, la suma de veinte mil pesos para la póliza de cumplimiento, por cada emisión, mientras que el art. 7o. de la Ley 74 de 1966 determina cuantías, para ese mismo efecto, no superiores a veinte mil pesos, ni inferiores a cinco mil pesos. La comparación de las normas indicadas, dan como resultante, la con-

tradicción directa del reglamento frente a los preceptos reglamentados, que ameritan la suspensión pedida".

Para resolver

SE CONSIDERA:

Dice la norma acusada:

"*Artículo 39*. Para la expedición de licencias especiales a directores de programas informativos o periodísticos, el correspondiente director deberá otorgar una caución o garantía por el término solicitado y tres meses más, a favor del Ministerio de Comunicaciones para asegurar el cumplimiento de las eventuales responsabilidades que le pudieren ser atribuidas por infracción de las disposiciones legales que regulan el servicio.

"La caución o garantía de que trata en inciso anterior, podrá ser hipotecaria, prendaria, bancaria o una póliza de cumplimiento a favor de entidades oficiales otorgada por una compañía de seguros legalmente constituida en Colombia y su cuantía se determinará teniendo como base un valor de veinte mil pesos ($20.000.oo) por cada emisión del programa cuya licencia se solicita".

Por su parte, el artículo 84 de la Constitución expresa:

"*Artículo 84*. Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio".

A su vez, el artículo 7o. de la Ley 74 de 1966 determina lo siguiente:

"**Artículo 7o**. La transmisión de programas informativos o periodísticos por los servicios de radiodifusión, requieren licencia especial otorgada por el Ministerio de Comunicaciones, expedida en favor de su director, la cual será concedida, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

"a) Registro de los nombres del programa y del director, ante la dirección de propiedad intelectual y prensa del Ministerio de Gobierno;

"b) Determinación de las características de la emisión y del horario de la transmisión;

"c) Otorgamiento de caución para responder de las sanciones administrativas o de las indemnizaciones civiles que puedan deducirse contra el director del programa por infracción a las disposiciones legales;

"d) Indicación de la estación de radiodifusión por donde será transmitido el programa;

"e) Prueba de que el director del programa es nacional colombiano, ciudadano en ejercicio y que presente el respectivo certificado de policía;

"f) Prueba de idoneidad profesional, que puede consistir en un título expedido por una entidad docente de periodismo, debidamente aprobada y reconocida por el gobierno colombiano, o en un título académico universitario aprobado por el Ministerio de Educación Nacional, o en una constancia de que se ha ejercido por lo menos durante tres años la profesión de periodista, constancia que podrán expedir los directores de periódicos, radionoticieros o radioperiódicos o las organizaciones gremiales de periodistas legalmente constituidas.

"La caución de que trata el ordinal c) de este artículo deberá ser bancaria, hipotecaria, prendaria o de una compañía de seguros y se constituirá ante el Ministerio de Comunicaciones. Su cuantía se fijará teniendo en cuenta la categoría del área del servicio de la estación o estaciones de radiodifusión que transmiten el servicio y no podrán exceder de veinte mil pesos ($20.000.oo) ni ser inferiores a cinco mil pesos ($5.000.oo)".

Al realizar la Sala la confrontación de las normas citadas encuentra que efectivamente contraría de manera manifiesta el inciso final del artículo 7o. del la Ley 74 de 1966, que es una de las leyes que pretende reglamentar, pues mientras esta última norma prevé una caución o garantía para la expedición de licencias especiales a los directores de programas informativos o periodísticos, cuya cuantía "se fijará teniendo en cuenta la categoría del área del servicio de la estación o estaciones de radiodifusión que transmiten el servicio y no podrán exceder de veinte mil pesos ($20.000.oo) ni ser inferior a cinco mil pesos ($5.000.oo), la norma demandada fija esa cuantía "teniendo como base un valor de veinte mil pesos ($20.000.oo) por cada emisión del programa cuya licencia se solicita".

En consecuencia, se procederá a la suspensión provisional de esta norma en la parte pertinente.

"3. El art. 85 del Decreto, en su parágrafo, viola el art. 85 de la Constitución al incluir requisitos adicionales como el concepto favorable de la Dirección General de Telecomunicaciones y Servicios Postales, que no contemplan la Ley 74 de 1966; la Ley 51 de 1984; el Decreto Ley 1900 de 1990 y la Ley 80 de 1993, que se reglamentan . La divergencia que el parágrafo del art. 85 del Decreto 1480 presenta a la Disposición Constitucional, justifica la suspensión provisional, impetrada".

Para resolver,

SE CONSIDERA:

El parágrafo del artículo 85 del Decreto 1480 de 1994 dice:

"*Parágrafo:* Para formalizar la prórroga de la concesión será necesario concepto favorable de la Dirección General de Telecomunicaciones y Servicios

Postales, en que conste que el servicio se está prestando en debida forma; el pago de los derechos correspondientes a favor del Fondo de Comunicaciones y el correspondientes ajuste de la garantía.

"Si por causa imputable al concesionario, no fuere posible formalizar la prórroga, el Ministerio de Comunicaciones podrá cancelar la respectiva licencia o terminar los contratos de concesión".

El artículo 84, ya transcrito en el análisis del cargo anterior, prohíbe que las autoridades públicas establezcan o exijan permisos, licencias o requisitos para el ejercicio de un derecho o una actividad, adicionales a los previstos en las reglamentaciones generales.

La divergencia planteada por el actor entre el parágrafo acusado y las normas citadas en el cargo no puede dar lugar a la suspensión por las siguientes razones:

a) La contradicción con la Ley 74 de 1966, la Ley 51 de 1984, el Decreto Ley 1900 de 1990 y la Ley 80 de 1993, sólo podría ser constatada después del análisis detallado de la norma acusada en relación con todas y cada una de las disposiciones que conforman las citadas leyes, lo cual constituye un estudio de fondo propio de la sentencia y no de esta providencia que busca la constatación *prima facie* de una presunta contradicción de esas normas.

b) Como la he reiterado la Sala en diversas oportunidades, la reglamentación general de los derechos y las actividades a que se refiere el art. 84 de la Constitución no es solamente la contenida en las leyes sino también en los decretos reglamentarios, como es el caso del decreto acusado, en la medida en que el contenido de estos últimos, como es propio del poder reglamentario, no desborde el marco de las leyes reglamentadas.

En consecuencia el cargo no prospera.

"4. Si se compara el art. 93 del Decreto 1480 de 1994 con lo dispuesto por el art. 75 de la Carta Política, resulta, a primera vista, la contradicción consistente en que, de conformidad con el precepto 93 se hacen exigencias a la radiodifusión privada, que rompen el principio de igualdad de que trata el art. 75 de la Constitución, ya citada, por cuanto, si se trata de Municipios que no tengan autorizadas estaciones en Amplitud Modulada (A.M.) o Frecuencia Modulada (F.M.), o en las que sólo opere la radiodifusora Nacional, se les exonera de los límites de población establecidos si para las empresas privadas. Así mismo, si se trata de concesiones a entidades de Derecho Público no se tienen en cuenta los límites de población indicados en la norma reglamen-

taria, consideración suficiente para retirar la solicitud de suspensión provisional.

"También transgrede el art. 93 en cita, el art. 209 de la Constitución en cuanto desconoce el principio de igualdad previsto en la norma Constitucional, razón de más para la suspensión solicitada".

Para resolver,

SE CONSIDERA:

Dice el artículo 93 cuestionado:

Artículo 93. El Ministerio de Comunicaciones iniciará el procedimiento de selección objetiva para la concesión del servicio, con base en un estudio técnico de disponibilidad de frecuencias en las bandas de radiodifusión sonora de Amplitud Modulada (A.M.) y Frecuencia Modulada (F.M.), teniendo en cuenta las siguientes limitaciones de población:

"1. Para el servicio de radiodifusión sonora en Amplitud Modulada (A.M.):

"a) Estaciones en la sub-banda preferencial, una por cada trescientos mil (300.000) habitantes en el municipio o distrito en que se origine el servicio;

"b) Estaciones en la sub-banda regional, una por cada cien mil (100.000) habitantes en el municipio o distrito en que se origine el servicio.

"c) Estaciones en la sub-banda local, una por cada treinta mil (30.000) habitantes en el municipio o distrito en que se origine el servicio.

"2. Para el servicio de radiodifusión sonora el Frecuencia Modulada (F.M.):

"a) Estaciones de primera clase, una por cada trescientos mil (300.000) habitantes en el municipio o distrito en que se origine el servicio;

"b) Estaciones de segunda clase, una por cada cien mil (100.000) habitantes en el municipio o distrito en que se origine el servicio;

"c)Estaciones de tercera clase, una por cada cincuenta mil (50.000) habitantes en el municipio o distrito en que se origine el servicio.

"Parágrafo. Para conceder el servicio de radiodifusión sonora en aquellos municipios o distritos que no tengan autorizada ninguna estación en Amplitud Modulada o en Frecuencia Modulada, o en los que sólo opere la Radiodifusora Nacional, no se tendrán en cuenta los límites de población establecidos en este artículo, para la primera estación en Amplitud Modulada (A.M.) subbanda local y la primera estación en Frecuencia Modulada (F.M.) de tercera categoría.

"Tampoco se tendrán en cuenta los límites de población previstos en este artículo, cuando se trate de concesiones a entidades de derecho público, para la prestación del servicio de radiodifusión sonora en cualquiera de sus modalidades".

A su vez el artículo 75 de la Carta expresa:

"*Artículo 75.* El espectro electromagnético es un bien público enajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

"Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético".

Por su parte, el artículo 209 de la Constitución establece que "la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad..."

"Una vez realizada la confrontación directa de estas normas la Sala encuentra que no asiste razón al solicitante por lo siguiente:

a) La "igualdad de oportunidades" en el acceso al uso del espectro electromagnético está condicionada por la misma Constitución (art. 79; a los términos que fije la ley".

b) Como el artículo no se refiere al principio de igualdad en general, para lo relacionado específicamente con el uso del espectro electromagnético debe entenderse referido a la norma especial del artículo 79, el actual, como ya se dijo, condiciona la aplicación de este principio a los términos de la ley.

c) De acuerdo con lo anterior, no basta la confrontación con las normas constitucionales citadas sino que es necesario hacerla con los términos de las leyes reglamentadas, sin que el peticionario haya indicado en este cargo cuáles normas legales se habían contrariado.

En consecuencia, el cargo no prospera.

"5. El art. 97 del Decreto, infringe los artículos 13 y 209 de la Constitución Política, porque nuevamente desconoce el principio de igualdad de las personas ante la ley, lo cual comporta la medida provisional pedida".

Para resolver,

SE CONSIDERA:

El artículo 97 acusado, dice:

"*Artículo 97.* Los límites de población establecidos en los artículos 95 y 06 del presente decreto, no se tendrán en cuenta cuando se trate de concesiones a entidades de derecho público".

Como este cargo está fundado en la violación del principio de la igualdad, le son aplicables los mismos argumentos expresados por la Sala en relación con el cargo anterior, por lo cual tampoco prospera.

"6. Si los artículos 13, 20, 75, y 209 de la Constitución Política garantizan el derecho de la igualdad, la de fundar medios de comunicación, el acceso al espectro electromagnético y que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y tiene su desarrollo a través de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, etc. mal podía el reglamento, en su art. 101, desconocer tales principios al otorgarle privilegios a la Radiodifusora Nacional e Instituciones oficiales de carácter cultural con desventajas para las empresas privadas, sin ningún esfuerzo la contradicción entre los textos resulta notoria, justificando la suspensión provisional requerida".

Para resolver,

SE CONSIDERA:

El artículo 101 acusado dice lo siguiente:

"Artículo 101. La Radiodifusora Nacional y las instituciones oficiales de carácter cultural, tendrán prioridad en la asignación de frecuencia dentro de la disponibilidad en Amplitud Modulada (A.M.) y Frecuencia Modulada (F.M.).

Como este cargo también se fundamenta en las normas constitucionales citadas en cuento consagran el derecho a la igualdad, le son igualmente aplicables los argumentos expresados en relación con el cargo cuarto, por lo cual no prospera.

"7. El artículo 116 del Decreto, vulnera el art. 84 de la Constitución Política por cuanto si la norma Constitucional prohíbe a las autoridades públicas establecer o exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio, que no contiene la norma que las haya regulado, como ocurre con el art. 116 citado, la contradicción es evidente, justificándose la medida de suspensión, que se reitera".

Para resolver,

SE CONSIDERA:

El artículo 116 cuestionado determina unas sumas de dinero que los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora deberán pagar por concepto de servicio de radiocomunicaciones complementarios a favor del Fondo de Comunicaciones.

La solicitud de suspensión provisional de esta disposición no puede prosperar por cuanto, como ya se indicó en relación con otro cargo, la reglamentación general a que se refiere el artículo 84 de la Constitución no es solamente la contenida en las leyes sino en los decretos reglamentarios de estas últimas, como es el caso del decreto del cual hace parte la norma acusada.

"8. Frente al art. 120 del Decreto, las empresas privadas de radiodifusión sonora resultan en abierta desventaja con la preferencia que el citado artículo establece, en favor de las entidades de derecho público e instituciones que presten el servicio de radiodifusión sonora, con fines exclusivos de asistencia social y prevención de desastre, porque la Constitución no permite esas preferencias, según los textos con los cuales está en contradicción el art. inicialmente citado.

"Suficiente resulta la circunstancia anotada, para que la H. Corporación decrete la suspensión provisional".

Para resolver,

SE CONSIDERA:

El texto del artículo cuya provisional se solicita es el siguiente:

"*Artículo 120.* El Ministerio de Comunicaciones podrá establecer mediante resolución motivada, tarifas preferenciales para las entidades de derecho público e instituciones que presente el servicio de radiodifusión sonora con fines exclusivos de asistencia social y prevención de desastres".

Como este cargo también se fundamenta en la presunta violación de las normas constitucionales citadas, en cuanto consagran el principio de la igualdad, al mismo le son aplicables los argumentos expresados en relación con el cargo cuarto, por lo cual no prospera.

"9. El art. 131 viola el art. 13 de la Constitución Política por cuanto legitima situaciones de clandestinidad, en que vienen personas y entidades de tiempo

atrás, en contradicción con las normas reglamentadas contenidas en el art. 10o. de la Ley 72 de 1989 y el art. 50 del Decreto 1900 de 1990, que ejemplarmente disponen las sanciones para esas conductas. La contradicción del art. impugnado con la norma constitucional, es evidente y por ello, se justifica su suspensión provisional".

Para resolver,

SE CONSIDERA:

El artículo 131 dice.

Artículo 131. Las personas que han venido prestando el servicio de radiodifusión sonora sin sujeción a las disposiciones legales vigentes sobre la materia, podrán solicitar al Ministerio de Comunicaciones, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de publicación del presente Decreto, la iniciación del procedimiento de selección objetiva para prestar el servicio en el municipio o distrito donde haya venido operando.

Para el efecto, el Ministerio de Comunicaciones tendrá en cuenta el estudio de disponibilidad de frecuencias, los criterios previstos en el Plan General de Radiodifusión sonora y demás requisitos establecidos en el presente decreto".

Como la Sala entiende que la referencia que hace el solicitante al artículo 13 de la Constitución tiene que ver con la igualdad ante la ley, a este cargo le son aplicables también los argumentos expresados en relación con el cargo cuarto, además de que en el caso concreto no de vislumbra ningún trato discriminatorio por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión opinión política o filosófica, a que alude la citada norma constitucional.

En cuanto al artículo 10. de la Ley 72 de 1989, dice lo siguiente:

"*Artículo 10.* Cualquier servicio de telecomunicaciones que opere sin previa autorización del Gobierno, es considerado clandestino y el Ministerio de Comunicaciones y las autoridades Militares y de Policía procederán a suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones de orden administrativo o penal a que hubiere lugar conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes.

"Los equipos decomisados serán depositados en el Ministerio de Comunicaciones, el cual les dará la aplicación y destino que fijen las normas pertinentes".

A su vez el artículo 5o. del Decreto Ley 1900 de 1990 repite en su esencia la norma anterior.

Al hacer la comparación entre las dos normas legales citadas por el peticionario y la disposición reglamentaria causada, la Sala encuentra que efectivamente la última contraría en forma manifiesta la primera, pues es evidente que en cumplimiento de las citadas normas legales la administración tiene la obligación de proceder a la suspensión del servicio considerado clandestino y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar y sin posibilidad de legalización, mientras que el sentido de la norma acusada es la de permitir la continuación del funcionamiento de esos servicios que han venido prestándose sin sujeción a las disposiciones legales, lo cual va en contravía de las leyes reglamentadas.

Por lo tanto, este cargo prospera y se procederá a la suspensión provisional del artículo 131 del decreto acusado.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera

RESUELVE

1o. ADMITIR la demanda presentada por el ciudadano Jorge Enrique Gutiérrez Avila.

En consecuencia dispone:

a) Tener como parte demandante al ciudadano Jorge Enrique Gutiérrez Avila.

b) Tener como parte demandada a la Nación Colombiana - Ministerio de Comunicaciones, representada por el Ministro de Ramo.

c) Notifíquese personalmente esta decisión al señor Ministro de Comunicaciones con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

d) De conformidad con el artículo 56 del Decreto 1651 de 1991, notifíquese personalmente la admisión de la demanda a la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

e) Fíjese en lista el presente negocio por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada y los intervinientes, si los hubiere, puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

f) Solicítese al Ministerio de Comunicaciones, por intermedio de su Secretaría General, el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado, dentro del

término de diez (10) días, contados a partir de aquel en que reciban el correspondiente oficio.

g) En acatamiento a lo dispuesto en el numeral 4o. del artículo 207 del C.C.A, en concordancia con el Decreto 2867 de 1989, y en orden a cubrir los gastos ordinarios del proceso, el demandante deberá depositar la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo), en efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes al de regreso del expediente a la Secretaria de la Sección.

2o. DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de las siguientes disposiciones del Decreto 1480 del 13 de julio de 1994:

a) La expresión "y su cuantía se determinará teniendo como base un valor de veinte mil pesos ($20.000.oo) por cada emisión del programa cuya licencia se solicita", contenida en el artículo 39.

b) El artículo 131 en su integridad.

3o. DENIEGASE la suspensión provisional de las demás normas acusadas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase y publíquese en los Anales del Consejo de Estado. Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida por la Sala en su sesión de fecha diecinueve de enero de mil novecientos noventa y cinco.

Yesid Rojas Serrano, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

DIRECCION NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES. ENRIQUECIMIENTO ILICITO - Inexistencia. **AERONAVE. NARCOTRAFICO**

En cuanto a que la aeronave, ahora de propiedad de la actora, en el año de 1983 estuvo vinculada a una organización criminal, ninguna prueba de ello aparece en el expediente, fuera de la aseveración que se hace en algunos informes que rinde la Policía Nacional a la Dirección Nacional de Estupefacientes, y, además, de llegar a ser cierto, es claro que en nada afecta esa circunstancia a la actora, quien adquirió la aeronave años después en 1989, por compra que hiciera a la sociedad Henao Caicedo Toro y Cía. S. en C., y que fuera objeto del respectivo registro en la Aeronáutica civil por carecer de antecedentes relacionados con narcotráfico, como también aparece en el expediente. No aparece demostrado con elemento de convicción alguno, que no se hubiera establecido una adquisición lícita del bien controvertido, una "ajenidad" a los hechos que dieron origen a las diligencias penales que cursan en la Fiscalía, que la actora no estuviera siendo investigada por enriquecimiento ilícito, que careciera además de antecedentes, anotaciones o informes debidamente fundamentados, y una "destinación por parte del propietario a fines contemplados en la ley", que no indica cuáles serían, ni en aquella están contemplados, ni puede decirse que no existen por el hecho de afirmarse, sin respaldo probatorio alguno de naturaleza técnica - científica, que se encontraron algunas partículas minúsculas de estupefacientes, unido todo ello a las demás aseveraciones inconsistentes que hicieron en su oportunidad las autoridades policivas, que indubitablemente llevaron a la entidad demandada a adoptar la decisión, como bien lo reconoce su mismo apoderado, cuando expresa que ella se atuvo a lo que se le informó sobre el particular y que esos informes debieron haberse controvertido ante la misma Policía Antinarcóticos, y no ante ella.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 3009. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Actor: Martha González Forero.

La señora *Martha González Forero*, por conducto de apoderado especial, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicita de esta Corporación que, previos los trámites de ley y con citación y audiencia del señor Director Nacional de Estupefacientes, se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 1205 y 0533 de 7 de septiembre de 1993 y 8 de abril de 1994, respectivamente, dictadas por la precitada Dirección, en cuanto por ellas se destina en forma provisional al Ministerio de Defensa Nacional la aeronave de matrícula HK-2478 P. marca Rockwell, tipo aerocomander, modelo 690 C, serie 11609, y se deniega el recurso de reposición interpuesto por la accionante como propietaria de la mencionada aeronave.

La acción contenciosa se fundamenta en los siguientes

HECHOS

1o. Mediante oficio de 8 de junio de 1993, el Fiscal Regional Antinarcóticos de la Dirección Regional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá, dejó a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes la aeronave antes mencionada, junto con todos los elementos descritos en el acta de inmovilización.

2o. El motivo por el cual se decidió dejar la aeronave a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes, fue el de supuesta infracción a la Ley 30 de 1986, con fundamento en la diligencia practicada el 19 de mayo del mismo año, cuya acta reza textualmente:

"DILIGENCIA DE INSPECCION JUDICIAL PARA ASPIRACION, TOMA DE MUESTRAS, PRUEBA DE CAMPO Y SELLAMIENTO DE UNA AERONAVE.

"En Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993), siendo las 16:00 horas del día, el suscrito FISCAL ANTINARCOTICOS de la ciudad, dando cumplimiento a lo dispuesto en providencia de la fecha, procedió a trasladarse hasta la entrada

uno, interior ocho, Talleres CIRO, del aeropuerto El Dorado en esta ciudad, con el fin de realizar diligencia de inspección judicial para ASPIRACION, TOMA DE MUESTRAS, PRUEBA DE CAMPO y sellamiento de una aeronave. En este lugar se hicieron presentes igualmente el Capitán ARIT DANILO WALTEROS RODRIGUEZ, Jefe de la Unidad Investigativa de la Policía Judicial Antinarcóticos, con una patrulla de seguridad, el Capitán BAUTISTA PASACHOA CARLOS ARTURO, Jefe de Oficina de Archivo y Estadística del a Dirección Nacional Antinarcóticos, quien actuará como Perito para la identificación de la aeronave; Cabo Primero MONTOYA CASTRO JOSE, Fotógrafo; Químico GUSTAVO LOPEZ MARTINEZ adscrito a la Dirección Nacional Antinarcóticos, quien también actuará como perito para esta diligencia. Acto seguido se enteró a la Secretaria de los Talleres Ciro, sobre el motivo de la diligencia, permitiendo el acceso del personal hasta las instalaciones de los talleres, costado norte, entre los talleres Ciro y los talleres de Intercontinental de aviación, zona de parqueo, lugar en el cual se encontró una aeronave bimotor, tipo turbo hélice, color habana, con dos rayas horizontales, la superior café y la inferior habana oscura, que cruzan el fuselaje, marca ROCKWELL COMMANDER, Modelo 690 C, el cual presenta cuatro (4) sellos en las puertas; dos en la puerta principal y dos en la puerta de bodega, color blanco, con papel membreteado de la FISCALIA, elaborados a mano y cuatro sellos más sobre los motores, dos en cada uno; un sello en la puerta inferior del fuselaje y un sello en la trompa de la aeronave o recámara del radar, para un total de diez (10) sellos, los cuales se retiran; posteriormente se solicitó la presencia de un testigo de la empresa de reparaciones CIRO, designando como tal al señor JAIRO ROBERTO PEÑA SARMIENTO, Identificado con cédula de ciudadanía No. 79.129.578 de Bogotá, D.E. y de un Técnico del servicio de CATAM, asistiendo el D2 JOSE ANTONIO ARCINIEGAS DIAZ, quien actuará igualmente como perito. Acto seguido se procedió a posesionar los peritos, recibiéndoseles el juramento de rigor y previas las amonestaciones de rigor, prometieron cumplir bien y fielmente con los deberes que el cargo les impone de acuerdo a su leal saber y entender. Acto seguido se verificó que la aeronave se encuentra cerrada con llave, motivo por el cual se solicitó la colaboración de uno de los técnicos del taller Ciro, quien procedió a desasegurar la chapa y se dejó la aeronave a disposición de los peritos, procediendo inicialmente el Químico a efectuar la aspiración completa del interior de la aeronave, tomando cuatro (4) muestras de la parte delantera; posteriormente se procedió a aspirar la bodega tomándose muestras, las que serán enviadas a los Laboratorios de estupefacientes de Medicina Legal y Criminalística de la DIJIN. Igualmente el perito en sistemas de identificación, Capitán BAUTISTA PASACHOA CARLOS ARTURO, procedió a verificar los sistemas de identificación de la aeronave, detectando en la parte trasera del fuse-

laje, lado izquierdo, una plaqueta con la numeración EIGTH FOURTY, MODELO 690C, SERIE 11609, tipo 2A4, certificado 204 aceptación 168, de la cual se toman improntas; se verificaron las plaquetas de los motores, sin que se puedan encontrar, pues sólo se observan los orificios donde estaban adheridas éstas. En la tapa de los equipos de radio, parte delantera del avión, se observa en lápiz graso o marcador el número 11609, lo mismo que en otras partes de la aeronave; número que corresponde a la identificación de una aeronave tipo ROCKWELL COMMANDER, la aeronave presenta el número de identificación aérea HK-2478P, el cual al ser analizado detenidamente, ha sido repintado, en lo referente a los números 2 y 4, en todas sus partes. En la parte trasera de la silla que encontramos entrando a la aeronave, mano derecha, vemos dos libros; uno que corresponde al Libro de Vuelo y otro al de chequeo, igualmente un manual de la aeronave; detrás de la silla del piloto se encontró un ejemplar de prensa colombiana, una revista y libreta de chequeo; al levantar la tapa del asiento-baño, encontramos un generador, un inductor de ignición y una bomba de succión, lo mismo que un estuche con un taladro de baterías, un cargador para las mismas y una batería; lo mismo que un taladro manual, detrás de la silla del piloto, encontramos una consola y en el interior de ésta encontramos un juego de remaches para fijar plaquetas y el original de un plan de vuelo de la aeronave; debajo de una silla, encontramos un tarro de pintura negra espray y una estopa, junto con un pedazo de franela. Se deja constancia que no se realizó prueba de campo, debido a que la sustancia obtenida en la aspiración es bastante poca y no contamos con el reactivo necesario para este fin. Acto seguido se procedió a colocar catorce (14) sellos con membretes de la FISCALIA REGIONAL ANTINARCOTICOS Y UNIDAD INVESTIGATIVA DE POLICIA JUDICIAL ANTINARCOTICOS, numerados del 1 al 13 y el No. 19. No siendo otro el motivo de la presente diligencia, se termina y firma por los que en ella intervinieron una vez leída y encontrada conforme en todas y cada una de sus partes".

3o. La Dirección Nacional de Estupefacientes, mediante el acto administrativo No. 1205 del 7 de septiembre de 1993, artículo primero, dispuso destinar, en forma provisional, la aeronave mencionada junto con todos sus respectivos elementos y accesorios al Ministerio de Defensa Nacional, con el objeto de dejarla bajo custodia hasta la decisión judicial definitiva. Dicho Ministerio, a más de custodiarla, viene usufructuando dicha aeronave, desde el día 7 de octubre de 1993, fecha en que le fuera entregada materialmente por parte de la Fiscalía General de la Nación - Dirección Regional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá.

4o. El día 14 de octubre de 1993, la señora Martha González Forero, propietaria de la aeronave HK-2478 P, a través de apoderado, interpuso recurso de re-

posición contra la precitada resolución No. 1205 de 7 de septiembre de 1993, a fin de que se revocara, y, en su lugar, se dispusiera el "depósito" provisional en su cabeza, con fundamento en el artículo 47 de la Ley 30 de 1986, que establece ese derecho al depósito provisional en cabeza de quien demuestre legalmente tener un "derecho lícito", y habida cuenta que no existió, por lo demás, conducta delictuosa.

5o. Para decidir el recurso de reposición interpuesto, la Dirección Nacional de Estupefacientes previamente decretó la práctica de varias pruebas, y allegadas ellas al expediente administrativo, mediante Resolución No. 0533 de 8 de abril de 1994, negó el recurso ejercitado por la ahora accionante, agotándose así la vía gubernativa.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Estima el apoderado de la actora que con la expedición de los actos acusados se han quebrantado los artículos 47 de la Ley 30 de 1986, y 28 y 58 de la Constitución Política de 1991, según las siguientes consideraciones, en síntesis:

I. El artículo 47 de la Ley 30 de 1986, establece que "los vehículos y demás medios de transporte, utilizados para la comisión de los delitos descritos en este capítulo - relacionados ellos con el almacenamiento, conservación, fabricación, elaboración, venta o suministro a cualquier título de marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra sustancia que produzca dependencia, precisa la Sala -, lo mismo que los dineros y efectos provenientes de tales actividades, serán decomisados y puestos a disposición inmediata del Consejo Nacional de Estupefacientes, el cual, por resolución, podrá destinarlos provisionalmente al servicio oficial o entidades de beneficio común instituídas legalmente, darlos en arrendamiento o depósito. **Quien tuviere un derecho lícito demostrado legalmente sobre el bien, tendrá preferencia para recibirlo en depósito** (subraya el demandante) o bajo cualquier título no traslaticio de dominio. El Consejo Nacional de Estupefacientes dará aviso inmediato a los interesados para el ejercicio de su derecho. Los beneficios obtenidos se aplicarán a la prevención y represión del tráfico de tales drogas y a la rehabilitación de los farmacodependientes, bajo control y vigilancia del Consejo Nacional de Estupefacientes.

> "Excepcionalmente, podrá ordenarse por el funcionario del conocimiento la devolución de los bienes o el valor de su remate, si fuere el caso, a terceras personas, si se prueba plenamente dentro del proceso que no tuvieron participación alguna ellos (sic), en el destino ilícito dado a esos bienes.

"La providencia que ordena la devolución a que se refiere este artículo deberá ser consultada y sólo se surtirá efectos una vez confirmada por el superior"

La Dirección Nacional de Estupefacientes - continúa la actora- movida por los intereses del Ministerio de Defensa Nacional - oficio 7588 de agosto 13 de 1993, obrante a folio 19 del expediente administrativo -, para asignarle a esa entidad la aeronave conforme al precepto antes citado, sólo tuvo en cuenta el beneficio para la entidad estatal (podrá destinarlos al servicio oficial); y, se olvidó y de consiguiente desconoció y violó el derecho lícito que le asiste a la demandante Martha González Forero, en su condición de propietaria legítima, cuando expresa la norma: "...Quien tuviere un derecho lícito demostrado legalmente sobre el bien, tendrá preferencia para recibirlo en depósito o bajo cualquier título no traslaticio de dominio, el Consejo Nacional de Estupefacientes dará aviso inmediato a los interesados para el ejercicio de su derecho..."

La actora demostró amplia y suficientemente la propiedad y el derecho lícito sobre el bien, y en consecuencia la Dirección Nacional de Estupefacientes debió haber reconocido el derecho preferencial de recibir el bien en depósito.

II. Por otra parte, al desconocer ese derecho preferencial de la propietaria de recibir el bien en depósito, se quebrantaron los artículos 29 y 58 de la Constitución Política, sobre derecho al debido proceso y propiedad privada; el primero, en cuanto establece que "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio", que "Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable", y que tampoco se puede "ser juzgado dos veces por el mismo hecho", por cuanto la Dirección de Estupefacientes fundamenta su negativa en que a la actora se le adelanta una investigación por "enriquecimiento ilícito", lo que no es cierto, pues se demostró con plena prueba que a la señora González Forero se le había exonerado de todo cargo relacionado con ello, desde el año de 1990.

El segundo, o sea, el artículo 58 de la Carta, por cuanto con la decisión se desconoce a la demandante su derecho de propiedad.

Alega además el apoderado de la actora, que, desde otro punto de vista, también se quebrantó el artículo 29 de la Constitución, por cuanto no se le dio oportunidad a la demandante de controvertir las pruebas practicadas o los informes que sirvieron de fundamento a la expedición de los actos acusados, y que así lo ha

sostenido reiteradamente esta Corporación en diversos pronunciamientos como los de 8 de mayo de 1987, expediente No. 80, ponente Dr. Simón Rodríguez R.; de 4 de agosto de 1987, expediente No. 96, ponente Dr. Guillermo Benavides Mélo; de 27 de mayo de 1988, expediente 92, ponente Dr. Guillermo Benavides Melo; de 22 de mayo de 1988, expediente No. 90, ponente Dr. Luis Antonio Alvarado Pantoja; y, de 30 de septiembre de 1987, expediente No. 250, ponente Dr. Samuel Buitrago Hurtado.

Finalmente, transcribe el apoderado de la actora un pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto a la presunción de inocencia, realizado con motivo de la revisión constitucional del Decreto 874 de 1994.

EL TRAMITE

Admitida la demanda se notificó personalmente a la Procuraduría Delegada ante esta Corporación y al señor Director Nacional de Estupefacientes. Este, por conducto de apoderado especial constituído al efecto, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal señalada para ello, solicitando que se denegaran las pretensiones de la demanda.

Además , en el auto admisorio de la demanda se denegó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados, por considerarse que era indispensable establecer en el proceso los resultados de las diligencias que se adelantan contra la actora por el delito de enriquecimiento ilícito, que pudieran "poner en entredicho la licitud del derecho a que se refiere el artículo 47 de la Ley 30 de 1986 que se cita como vulnerado y que es requisito *sine qua non* para la procedencia del depósito provisional en favor de la propietaria del bien", y por cuanto, de otro lado, las providencias judiciales acompañadas al escrito por medio del cual se interpuso el recurso de reposición en la vía gubernativa, que no fueron tenidas en cuenta por la Administración, según la actora, merecen un análisis de fondo, impropio de esta etapa procesal, en orden a determinar, entre otros aspectos, si no obstante referirse a hechos acaecidos con anterioridad a los que dieron origen a los actos acusados, debían o no servir de soporte para desvirtuar todos los fundamentos que se tuvieron en cuenta para la expedición de éstos.

Surtido el período probatorio por haberse practicado las pruebas decretadas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión, término del cual hicieron uso el apoderado de la parte actora y el Ministerio Público.

ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LA DEMANDADA

Al contestar la demanda, el apoderado de la Dirección Nacional de Estupefacientes, como se dijo, solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones, en síntesis:

1a. Sin el lleno de los requisitos o exigencias del artículo 47 de la Ley 30 de 1986, que se reducen a solicitar la demostración de una adquisición lícita de los bienes reclamados, una destinación por parte del propietario a fines contemplados en la ley, "la ajenidad" a los hechos que dieron origen al proceso penal y la carencia de antecedentes, anotaciones o informes debidamente fundamentados que vinculen al peticionario con delitos de narcotráfico y conexos, así como enriquecimiento ilícito y testaferrismo, resulta improcedente la petición de depósito provisional hecha por particulares ante la Dirección Nacional de Estupefacientes.

En el caso que nos ocupa, resulta evidente la vinculación de la peticionaria a un proceso de conocimiento de la jurisdicción regional (enriquecimiento ilícito) y además una prueba fehaciente y preliminar aportada por la Policía Nacional que vincula a la aeronave con tráfico de narcóticos al reportar que "se realizó una prueba de aspiración en diferentes partes de la aeronave obteniéndose resultados positivos de residuos de estupefacientes (cocaína)".

Además, la peticionaria no demostró su "ajenidad" al proceso penal radicado bajo en No. 016 adelantado por la Fiscalía Regional Antinarcóticos, en el que por demás es la persona investigada. Sin embargo sí pretendió demostrar su inocencia con copias de unas providencias en las que se falló en época anterior sobre hechos diferentes a su favor, argumentando cosa juzgada y tratando de distraer la atención de la Dirección de Estupefacientes.

Tampoco se demostró la destinación de la aeronave a fines lícitos a que se refiere el artículo 47 de la Ley 30 de 1986.

2a. En cuanto al quebrantamiento del artículo 29 de la Constitución que consagra el debido proceso, es necesario precisar que la Dirección Nacional de Estupefacientes es una Unidad Administrativa Especial perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público, y que por ende mal podrían sus actuaciones calificarse de judiciales; en los hechos que dieron origen al presente litigio actuó - en cumplimiento de sus objetivos legales - como administrador de un bien decomisado y resolvió una petición que se presentó para que se revocara uno de sus actos administrativos, con base en los elementos de juicio que le fueron proporcionados por los organismos de seguridad del Estado y por la propia recurrente, estimando,

dentro de su facultad discrecional de evaluar las pruebas presentadas, que no se daban los presupuestos establecidos en la ley, para otorgar el depósito provisional en cabeza de la actora.

Con ello ni se juzgó a nadie, ni se desconocieron las formas procesales de carácter administrativo en materia de derecho de petición; ni se dubitó sobre la inocencia de las personas y mucho menos se juzgó a nadie dos veces por el mismo hecho. De hacerse notar que dentro de las pruebas presentadas por el peticionario, se aportaron providencias inhibitorias de las autoridades judiciales de Cali, en las cuales se abstuvieron de abrir investigación penal en contra de la actora, por hechos acontecidos en el aeropuerto de Cali en 1990. Sin embargo, lo que omite traer al informativo la parte actora, es que por medio de la providencia de 19 de mayo de 1993, el Fiscal Regional Antinarcóticos ordenó la práctica de una diligencia, con la que se demuestra claramente que se trata de otra investigación que no tiene que ver con la que fuera fallada en 1990, desvirtuándose la vulneración - mal planteada - de las garantías del debido proceso.

3a. De otro lado, sí es cierto que uno de los fundamentos que tuvo la Dirección de Estupefacientes para denegar el depósito provisional, es el hecho de la comprobada vinculación de la parte actora dentro de una investigación por ENRIQUECIMIENTO ILICITO, y en esos términos resulta claro el tenor del artículo 47 de la Ley 30 de 1986 sobre derecho lícito legalmente demostrado sobre el bien, presupuesto que a juicio del Director no se realizó, puesto que al referirse la norma a un derecho "lícito legalmente demostrado sobre el bien", hace alusión no sólo al dominio, sino a la lícita utilización de los mismos, como lo estableció la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 21 de enero de 1988. En lo que hace al desconocimiento del derecho de propiedad, es claro que la Ley 30 de 1986 ha dispuesto esa expropiación en favor del Estado, cuando quiera que a los bienes no se les da un destino lícito, ya que la ausencia de interés legítimo de dicho propietario no permite su enfrentamiento con el interés de la comunidad, presupuesto necesario para que el Estado adquiera el dominio de ese modo como consecuencia de un fallo condenatorio.

De otra parte, y en cuanto al cargo de no haberse dado la oportunidad a la actora de controvertir las pruebas esgrimidas en su contra, refiriéndose a los organismos de seguridad del Estado que vinculan a la peticionaria con delitos consagrados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, es necesario aclarar que esa **anotación debidamente fundamentada** suministrada por los organismos de seguridad no debe ser controvertida ante esta Entidad, sino ante quien la expidió, pues el Consejo Nacional de Estupefacientes no manejaba esa información; sólo la so-

licita de las autoridades competentes y en virtud del principio de legalidad se da toda la credibilidad a los mencionados informes.

Por último, y en cuanto a la presunción de inocencia, se debe aclarar que al expedirse las resoluciones acusadas no se tuvo en cuenta la figura del antecedente judicial a que se refiere el artículo 248 de la C.P., sino que se tuvieron en cuenta los **registros debidamente fundamentados** sobre comportamiento relacionado con los delitos de narcotráfico y conexos, de enriquecimiento ilícito y testaferrismo que manejan los organismos de seguridad del Estado y que fueron aportados al expediente administrativo.

Por todo ello, reitera la petición de que se nieguen las pretensiones de la demanda.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación considera que no se debe acceder a las súplicas de la demanda, por cuanto dependiendo el derecho preferencial invocado por la demandante de la prueba del derecho lícito sobre el bien y apreciándose en el proceso que existe una investigación penal relacionada con el narcotráfico, con cargos aún no esclarecidos, sin prueba sobre las actividades lícitas realizadas que la capaciten para ser depositaria de la aeronave, sólo el pronunciamiento de la autoridad competente sería lo único válido para hallar razón a su petición.

LA DECISION

No encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia que ponga término a la controversia, previas las siguientes consideraciones:

I. Para denegar el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la actora, contra la Resolución 1205 de 1993, por medio de la cual el Director Nacional de Estupefacientes destinó, en forma provisional, al Ministerio de Defensa nacional la aeronave materia de la contención, la Administración se fundamentó en las siguientes consideraciones:

Que el Director de Aeronáutica Civil informó que la aeronave es de propiedad de la señora MARTHA GONZALEZ FORERO, según escritura pública No. 3237 de 24 de abril de 1989. de la Notaría Décima del Círculo de Cali, registrada al folio de Matrícula Aeronáutica No. 2353, el 13 de julio de 1989.

Que la Subdirección Jurídica de esta entidad, expidió un auto decretando pruebas, con el fin de resolver el recurso interpuesto por el apoderado de la señora GONZALEZ FORERO, razón por la cual se libraron los oficios pertinentes a la Fiscalía Regional Antinarcóticos de la Dirección Regional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá, solicitándole informar sobre el estado actual de las investigaciones preliminares a las cuales se halla vinculada la aeronave en mención , con el fin de determinar si dentro de las mismas se ha proferido ya alguna decisión con respecto a la devolución de dicho bien, y asimismo, establecer si la recurrente se encuentra sindicada dentro de las mismas.

Que asimismo se ofició a los diferentes Organismos de Seguridad del Estado, con el fin de que certificaran si la señora MARTHA GONZALEZ FORERO y la aeronave antes citada registran antecedentes, informes o anotaciones por delitos consagrados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes o conexos, enriquecimiento ilícito o testaferrismo.

Que el DAS y el Grupo Investigativo de Delitos de Narcotráfico de la Policía Nacional informaron que la señora antes mencionada no registra antecedentes, por tráfico de estupefacientes.

Que igualmente el Centro de Información sobre actividades Delictivas de la Fiscalía General, informó que la señora Martha González Forero, no figura registrada en sus archivos a la fecha de respuesta de la solicitud formulada por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Que el Jefe de la Oficina de Estupefacientes de esta Entidad remitió a la Subdirección Jurídica, copia del oficio No. 2621 DIRAN-DINTE, de fecha agosto 9 de 1993, mediante el actual la Dirección Policía Antinarcóticos comunica que "revisados los archivos que se llevan en esta Unidad, aparece la siguiente anotación: "MARTHA GONZALEZ FORERO C.C. No. 31.842.928 de Cali, propietaria de la aeronave de matrícula HK 2478P, la cual fue obligada a aterrizar en el aeropuerto El Dorado por aviones de la FAC el 13 05 93 y abandonada frente al angar de Talleres Ciro. Su tripulación huyó del lugar al notar la presencia policial. El día 14 05 93 la Fiscalía Regional para la Dirección Antinarcóticos asumió la investigación procediendo a inspeccionar la aeronave, encontrando en su lugar los siguientes elementos... Se realizó una prueba de aspiración en diferentes partes de la aeronave obteniendo resultados positivos de residuos de estupefacientes (cocaína)".

Que el Director Nacional de Estupefacientes, mediante oficio radicado bajo el No. 00043 de octubre 25 de 1993, informó al Director de Aeronáutica Civil que la

Dirección Nacional de Estupefacientes, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, se ABSTENIA DE EXPEDIR certificado de Carencia de Informes por tráfico de estupefacientes solicitado por el señor RODRIGUEZ HOLGUIN VICTOR MANUEL, para registrar en dicho organismo la compraventa de la aeronave en cuestión que le hacía la señora Martha González Forero, teniendo en cuenta que dentro del expediente aludido, existen anotaciones debidamente fundamentadas por narcotráfico citadas anteriormente, y que comprometen a la vendedora de la misma.

Que se ofició nuevamente a la Fiscalía Regional Antinarcóticos de esta ciudad con el fin de que suministraran la información requerida por esta entidad, lo cual no fue posible, debido a que dichas preliminares, según se comunicó, fueron enviadas a la Direccional Regional de Fiscalías desde el 3 de diciembre de 1994 (sic), donde se encuentran radicadas bajo otro número, motivo por el cual se ofició al Director Regional de Fiscalías, el día 14 de febrero del año en curso, con el fin de obtener respuesta a la información antes mencionada, sin que hasta la fecha se haya obtenido comunicación alguna de parte de esa Entidad.

Que asimismo mediante oficio No. 3965 DIRAN-DINTE de fecha noviembre 17 de 1993, la Dirección de Policía Antinarcóticos dio respuesta al oficio indicando que la señora Martha González Forero "propietaria de la aeronave de matrícula HK-2478 utilizada para actividades de narcotráfico, en la actualidad la Fiscalía Regional ante la DIRAN realiza una investigación a la precitada por el presunto delito de enriquecimiento ilícito". En cuanto a la aeronave antes citada, informaron que era "utilizada por la organización de JORGE LUIS OCHOA para tráfico de estupefacientes, información del 14 de septiembre/83. "Fue inmovilizada el 14 de mayo del año en curso en los talleres de aviación CIRO del aeropuerto El Dorado, ya que fue obligada a aterrizar por aviones de la Fuerza Aérea Colombiana, ingresando al aeropuerto sin permiso de la torre de control. La tripulación huyó del lugar al notar la presencia de las autoridades uniformadas. Dentro de la aeronave fueron incautados varios elementos para alterar matrículas y plaquetas de identificación del avión".

"De acuerdo con lo anteriormente expuesto - se concluye en el acto acusado -, no es procedente acceder a la pretensión objeto del recurso interpuesto, debido a que no se reúnen los presupuestos exigidos por el artículo 47 de la Ley 30 de 1986, debido a que como se anota anteriormente, a la recurrente se le adelanta una investigación por enriquecimiento ilícito, y así mismo el aerodino en mención según la información suministrada por la Policía Antinarcóticos es utilizada para actividades de narcotráfico".

II. En síntesis, la Administración demandada niega la entrega provisional de la aeronave a su propietaria, ahora demandante, fundamentalmente, por cuanto: a) La aeronave fue decomisada después de haber sido obligada a aterrizar en el aeropuerto El Dorado por aviones de la FAC y ser abandonada por sus ocupantes, según informe de la policía. b) Por haberse obtenido en la prueba de aspiración realizada resultados positivos de residuos estupefacientes (cocaína), según el mismo informe de la Policía Nacional; c) Por estarse adelantando actualmente contra la propietaria un proceso, que se encuentra en etapa investigativa, por enriquecimiento ilícito; y d) Porque estuvo vinculada por la organización de JORGE LUIS OCHOA para tráfico de estupefacientes, según información de 14 de septiembre de 1993, y siguió siendo utilizada para ello, según informe suministrado por la Policía Antinarcóticos.

Todo ello, concluye la Administración. implica que no se reúnen los requisitos o presupuestos exigidos por el artículo 47 de la Ley 30 de 1986.

III. Para la Sala las pruebas allegadas al proceso, dentro de su período probatorio, desvirtúan de manera fehaciente los siguientes argumentos expresados en el acto acusado como fundamento de su decisión:

1o. El relativo, en primer término, a que la aeronave materia de la contención hubiere sido "obligada a aterrizar en el aeropuerto El Dorado por aviones de la FAC el 13 05 93", pues la certificación que obra al folio 404 del expediente, expedida por el señor Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana el día 15 de noviembre de 1994, respaldada por los documentos que el mismo anexa, es clara sobre "que en dicho operativo no intervinieron aviones de la Fuerza Aérea".

2o. En segundo lugar, el relativo al hecho de estarse actualmente adelantando una investigación penal contra la actora por el delito de enriquecimiento ilícito, pues las certificaciones que obran dentro del proceso demuestran que la actora no sólo carece de antecedentes penales, en especial por tráfico de estupefacientes, según certificaciones del Das y de la Policía Judicial (fls 205 y 209), sino que, además, ni está investigada por tal ilícito, según certificación de la Fiscalía General de la Nación (fls. 195 y 206), ni está vinculada a las diligencias preliminares que adelanta en la actualidad en relación con la aeronave HK2478 la Fiscalía Regional de Santa Fe de Bogotá, Delegada Antinarcóticos, ya que "no se encuentra sindicada en estas diligencias "(fl. 402).

La Sala se permite observar que varios de estos documentos fueron aportados por la parte actora con la demanda, en copia autenticada expedida por la propia

Dirección Nacional de Estupefacientes, y no han sido objeto de controversia, y, sin embargo, extrañamente no se encuentran dentro de las fotocopias autenticadas del expediente administrativo que contiene los antecedentes de los actos acusados, remitidos por la misma Dirección Nacional a solicitud de la Sala.

Por otra parte, también está demostrado en el proceso, con fotocopias autenticadas de las providencias judiciales respectivas, que tampoco obran dentro de las fotocopias autenticadas del expediente administrativo que contiene los antecedentes de los actos demandados, enviados a solicitud de la sala, pero que sí fueron acompañadas a la demanda como anexos, las que se encuentran debidamente autenticadas por la Secretaría General de la Dirección Nacional de Estupefacientes, que la actora, señora Martha González Forero, a quien a raíz de la adquisición en el año de 1989 de la aeronave que ahora ocupa la atención de la Sala se le investigó por supuesto enriquecimiento ilícito y por estar presumiblemente haciendo las veces de testaferro de narcotraficantes, fue objeto de providencias proferidas por el Juzgado Cuarto Especializado de Cali y por la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, con fechas octubre 1o. y noviembre 28 de 1990, respectivamente, en las cuales dichos órganos judiciales se abstuvieron de abrir investigación por los supuestos hechos que las autoridades militares le imputaron entonces.

En consecuencia, ese antecedente acontecido y decidido definitivamente en el año de 1990 por los jueces penales competentes, no podía servir de fundamento a la Dirección Nacional de Estupefacientes para adoptar la decisión materia de este juicio.

c) En cuanto a que la aeronave, ahora de propiedad de la actora, en el año de 1983 estuvo vinculada a una organización criminal de Jorge Luis Ochoa, ninguna prueba de ello aparece en el expediente, fuera de la aseveración que se hace en algunos informes que rinde la Policía Nacional a la Dirección Nacional de Estupefacientes, y, además, de llegar a ser cierto, es claro que en nada afecta esa circunstancia a la actora, quien adquirió la aeronave años después en 1989, por compra que hiciera a la sociedad Henao Caicedo Toro y Cía. S. en C., mediante escritura y que fue objeto del respectivo registro en la Aeronáutica civil por carecer de antecedentes relacionados con narcotráfico, como también aparece en el expediente.

d) Finalmente, en cuanto atañe a la información suministrada por la Dirección de Inteligencia de la Policía Antinarcóticos a la Dirección Nacional de Estupefacientes, sobre la circunstancia de haberse " realizado una prueba de aspiración en diferentes partes de la aeronave obteniendo resultados positivos de residuos de estupefacientes (cocaína)", que le sirve también de soporte o fundamento a la

precitada dirección para negar la entrega provisional de la aeronave a su propietaria, la Sala considera que ella no podía utilizarse o argüirse para adoptar la decisión, por cuanto, en primer término, según la "inspección judicial para aspiración, toma de muestras, prueba de campo y sellamiento" de la aeronave objeto de la contención, que se transcribió anteriormente en su totalidad, "no se realizó prueba de campo, debido a que la sustancia obtenida es bastante poca y no contamos con el reactivo necesario para este fin", lo que quiere decir, que no se supo a ciencia cierta de qué sustancia se trataba, ni se dispuso el análisis de la muestra para determinar su naturaleza, y porque, de otro lado, por tratarse de un aspecto eminentemente técnico, la prueba para determinarse ella, debía consistir en informes técnicos y peritación de entidades y dependencias oficiales, como los médicos legistas y los laboratorios de la Policía Nacional, de las dependencias que dispongan de personal especializado, o de las que tengan el carácter de consultoras del gobierno, como lo prescribe el artículo 243 del C. de P. C.. aplicable por remisión al procedimiento administrativo o gubernativo, y nada de ello aparece en los antecedentes administrativos.

En consecuencia no aparece demostrado con elemento de convicción alguno, como lo sostiene el apoderado de la Dirección Nacional de Estupefacientes al contestar la demanda, faltando algunas veces a la verdad de los hechos, que no se hubiera establecido una adquisición lícita del bien controvertido, una "ajenidad" a los hechos que dieron origen a las diligencias penales que cursan en la Fiscalía, que la actora no estuviera siendo investigada por enriquecimiento ilícito, que careciera además de antecedentes, anotaciones o informes debidamente fundamentados y una "destinación por parte del propietario a fines contemplados en la ley". que no indica cuáles serían, ni en aquella están contempladas, ni puede decirse que no existen por el hecho de afirmarse, sin respaldo probatorio alguno de naturaleza técnica - científica, que se encontraron algunas partículas minúsculas de estupefacientes, unido todo ello a las demás aseveraciones inconsistentes que hicieron en su oportunidad las autoridades policivas, que indubitablemente llevaron a la entidad demandada a adoptar la decisión, como bien lo reconoce su mismo apoderado, cuando expresa que ella se atuvo a lo que se le informó sobre el particular y que esos informes debieron haberse controvertido ante la misma Policía Antinarcóticos, y no ante ella.

En consecuencia habrá de accederse a las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

1o. DECLARASE la nulidad de las resoluciones números 1205 de 7 de septiembre de 1993 y 0533 de abril 8 de 1994, proferidos por la Dirección Nacional de Estupefacientes, en cuanto por ellas se destinó provisionalmente en custodia al Ministerio de Defensa Nacional la aeronave con matrícula HK 2478 P, y se resuelve adversamente el recurso de reposición interpuesto por su propietaria, señora MARTHA GONZALEZ FORERO.

2o. Como consecuencia de la nulidad decretada y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Dirección Nacional de Estupefacientes disponer el depósito provisional de la aeronave HK 2478 P, en favor de su propietaria MARTHA GONZALEZ FORERO, conforme al mandato del artículo 47 de la Ley 30 de 1986, junto con todos sus elementos y accesorios, según el acta de decomiso.

3o. A esta sentencia se dará cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A.

4o. Comuníquese a la Dirección Nacional de Estupefacientes, a la Dirección Regional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá, al Ministerio de Defensa Nacional, a la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transporte, y a la Subdirección de Coordinación de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Copiése, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 26 de enero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

BIEN INMUEBLE. URBANIZACION - Proceso. **CESION OBLIGATORIA Y GRATUITA** - Terreno

Los terrenos respecto de los cuales el art. 22 parágrafo único del Acuerdo 2 de 1980, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, impone la cesión obligatoria y gratuita del 7% de su área son aquellos que están en proceso de incorporación al perímetro urbano y tales terrenos no son los que se encuentran en proceso de urbanizar, a los que se refiere el Acuerdo 7 de 1979 y la Ley 9a. de 1989, amén de que la finalidad de la cesión prevista en la norma acusada no es para la constitución de vías, zonas verdes y servicios comunales de la proyectada urbanización sino que esta área afecta el plan vial arterial.

URBANISMO - Definición. **PLANEACION DISTRITAL. LICENCIA DE CONSTRUCCION**

Urbanización es la resultante del proceso mediante el cual un terreno bruto es dotado de servicios de infraestructura dividido en áreas destinadas al uso privado y comunal; y a los demás servicios básicos, inherentes a la actividad que se va a desarrollar y apto para construir, de conformidad con los reglamentos legales vigentes en la materia; y que urbanización en desarrollo es aquella cuyas obras están en ejecución, de acuerdo con la licencia expedida por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital. En armonía con lo anterior, la Ley 9 de 1989, en su artículo 2o. numeral 5o., y 80 no toma la expresión "urbanizar" como sinónimo de ingresar al perímetro urbano sino para significar obras previas a la construcción o levantamiento de edificaciones.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá D.C., veintiséis (26) de Enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 3013 Recurso de apelación contra la sentencia de 2 de Junio de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: Jorge Augusto Lozano Delgado

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá contra la sentencia de la referencia, por la cual la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad del artículo 22 y parágrafo único del Acuerdo No. 2 de 1980 "por el cual se adopta el Plan Vial para el Distrito Especial de Bogotá y se clasifican sus vías según su capacidad, función y uso", expedido por el Concejo Distrital.

I. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para acceder a las pretensiones de la demanda consideró el *a quo*, en síntesis, lo siguiente:

1-. El acto acusado prevé que en tratándose de predios que se necesiten para vías arterias del Plan Vial del Distrito Especial de Bogotá, el Instituto de Desarrollo Urbano, para fines de la negociación directa o de la expropiación, descuente en cada caso el área de cesión gratuita y obligatoria que equivale al 7% del terreno.

Esta norma es idéntica al artículo 118 del Acuerdo No. 7 de 1979, declarado nulo por el Consejo de Estado en el fallo de 16 de octubre de 1992, con ponencia del Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, en el cual se dijo que la cesión gratuita y obligatoria no es propiamente una contribución de valorización o un anticipo de la misma porque las normas que se refieren a la contribución que deben cumplir los propietarios de los predios que se benefician con una obra, no prevén la cesión gratuita como forma de pago de la misma y que tal norma constituía una expropiación sin indemnización previa ya que finalmente la Administración, haciendo uso de su poder coactivo frente al particular logra que el referido porcentaje de la propiedad privada pase a sus manos sin que exista compensación, lo cual deviene en flagrante violación del inciso 3o. del artículo 30 de la Constitución Política de 1886, que corresponde al inciso 4o. del artículo 58 de la actual Constitución.

2-. Los artículos 56 y 73 del Acuerdo 7 de 1979, despejan el interrogante de lo que es un terreno con tratamiento de desarrollo y/o redesarrollo, a que se refiere

la norma acusada, y de ellos se colige que lo dispuesto en ésta no resulta compatible con los lineamientos de la Ley 9a. de 1989, porque de su contenido se desprende que la cesión es para terrenos que se pretenden urbanizar, de lo cual resulta claro que en dichos terrenos son los mismos interesados los que ceden un área para las vías locales, zonas verdes y comunales, por lo que mal podría preverse nuevamente la cesión gratuita con destino a vías públicas, de terrenos ya urbanizados o en proceso de urbanización.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El recurrente finca su inconformidad, en síntesis, así:

1o-. La adquisición de predios para poder ejecutar obras del Plan Vial se rige por la Ley 9a. de 1989, que tiene como objetivo establecer los instrumentos para la adquisición y expropiación de inmuebles que por motivos de ley se declaran de utilidad pública e interés social para destinarlos a la ejecución de obras públicas.

2-. El Acuerdo 6 de 1990, expedido por el Concejo de Bogotá, adoptó el Estatuto para el ordenamiento físico del Distrito Especial de Bogotá, que tiene por objeto definir las políticas de desarrollo urbano de la Capital y reglamentar las condiciones urbanísticas que van orientadas a ordenar el cambio y crecimiento físico de la ciudad y su espacio público.

3-. El Acuerdo que nos ocupa es concordante con el artículo 2o. de la Ley 9a de 1989.

La cesión gratuita del 7% debe entenderse con un descuento del área objeto del negocio jurídico de compraventa, o sea, que es el equivalente a la valorización o plusvalía generada por la obra que el vendedor debe ceder para compensar el mayor valor a su favor que se descuenta a título de anticipo. Se trata entonces de un gravamen u obligación fiscal, autónomo y constitucional. Dicha obligación fiscal es coherente con el principio de la propiedad.

4-. Cuando el Consejo de Estado decretó la nulidad del artículo 118 del acuerdo 7 de 1987, se refería igualmente al asunto en comento haciéndose diferenciación entre el bien inmueble al cual su propietario ha solicitado autorización en orden a urbanizarlo, caso en el cual para obtener el permiso será requisito la cesión obligatoria y gratuita, entendiendo en este caso que cuando se da la afectación del predio para la construcción de la vía, ya la Administración tiene la dispo-

sición del terreno y si la afectación excede del 7% deberá negociarse dicho excedente. Al contrario, cuando el particular propietario del bien inmueble no ha solicitado autorización para su desarrollo y se le afecta para la construcción de una vía, deberá negociarse la totalidad de la afectación, de manera que si urbaniza no se afecte su derecho. La consideración del Consejo de estado se basó en que el artículo demandado contempla una cesión obligatoria y gratuita en forma indiscriminada en relación con todos los inmuebles, consagrando una expropiación sin indemnización, violando el inciso 4o. del artículo 58 de la Constitución. Pero debe tenerse en cuenta la diferenciación mencionada en el párrafo anterior.

5-. El criterio del Constituyente de 1991 fue modernizante en cuanto corresponde a la aplicación de la función social que debe tener la propiedad privada. Fue más allá del ortodoxo principio de 1886. Le devolvió vida jurídica a la expropiación administrativa. El Estado puede y debe participar en la plusvalía que genere la acción urbanística, de tal forma que la norma acusada ha tenido purga de constitucionalidad por los preceptos de la Constitución de 1991, por lo cual debe revocarse la sentencia apelada.

II. 1.- La apoderada del Instituto de Desarrollo Urbano, dentro del término de traslado para sustentar su recurso, presentó un escrito coadyuvando al recurrente, en el cual expresó, en síntesis, que la Ley 9a. de 1989 estableció la cesión gratuita en los planes de desarrollo al definir la noción de espacio público destinado al uso y satisfacción de las necesidades urbanas y colectivas como vías, puentes de agua, parques, etc., razón ésta para afirmar que se presenta el fenómeno de la convalidación del acto acusado. Que, además, las cesiones nacen de la obligación que tienen los propietarios que construyen urbanizaciones, edificios, realizan parcelaciones, etc., de ceder gratuitamente a los entes municipales una parte de su terreno para calles, parques, vías de acceso y zonas verdes, como contraprestación al solicitar el permiso para urbanizar o edificar y al aceptar las condiciones que exigen las autoridades competentes, dados los beneficios que se pueden obtener con tal actividad.

II. 2.- El apoderado de la Personería Distrital, en apoyo de los argumentos de la demandada, aduce, en resumen, que no debe desconocerse que la adquisición de predios para poder ejecutar obras del Plan Vial se rige por lo señalado en la Ley 9a. de 1989, que tiene por objeto establecer los instrumentos para la adquisición y expropiación de inmuebles que por motivos de utilidad pública e interés social deban destinarse a la ejecución de obras públicas, y las normas acusadas obedecen a la exigencia de adoptar un plan vial para poder cumplir con las obligaciones sociales que sólo se traducen en la satisfacción de las necesidades individuales en beneficio de la comunidad.

III. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Dispone la norma acusada:

"Artículo 22. Cuando un terreno con tratamiento de desarrollo y/o redesarrollo se encuentre afectado por vías V-O) y/o V-1 y/o V-2 y/o V-3 y/o V-3E, el propietario deberá ceder obligatoriamente el siete por ciento (7%) del área bruta del mismo para la construcción de la vía.

Cuando el área afectada excediere de este siete por ciento (7%), dicho excedente será negociado por el Instituto de Desarrollo Urbano.

PARAGRAFO: Facúltase al Alcalde Mayor para que en un término no mayor de seis meses a partir de la fecha de vigencia del presente Acuerdo, reglamente el procedimiento de negociación de los terrenos objeto del presente artículo"

Conforme al Artículo 56 del Acuerdo No. 7 de 1979, el tratamiento de desarrollo es el determinado para orientar la incorporación de nuevos terrenos al proceso urbano y comprende las zonas sin desarrollar localizadas dentro del perímetro de servicios y aquellas áreas de actividades agrológicas que por sus características permiten el asentamiento de usos urbanos fuera del mencionado perímetro. El artículo 11 *ibídem* define las áreas sin desarrollar como: los terrenos no urbanizados ni edificados comprendidos dentro de los límites del Distrito.

Conforme a la misma norma, las áreas desarrolladas son los terrenos urbanizados o en proceso de urbanización, edificados o no, localizados dentro del perímetro del Distrito; y el área urbana es aquella dentro de la cual se permiten usos urbanos y cuenta con la posibilidad de instalación de servicios públicos.

El perímetro de servicios, de acuerdo con la misma norma, es la línea que enmarca el área definida para la instalación y el suministro de servicios públicos dentro del Distrito Especial de Bogotá por parte de la Administración Distrital.

Conforme al artículo 73 *ibídem*, el tratamiento de redesarrollo es el determinado para aquellas áreas que por su total inadecuación en cuanto a usos y estruc-

turas requieren una política que propicie el desarrollo de nuevas funciones en el área.

Las definiciones anteriores conducen a la Sala a afirmar que los terrenos respecto de los cuales la norma acusada impone la cesión obligatoria y gratuita del 7% de su área son aquellos que están en proceso de incorporación al perímetro urbano y tales terrenos no son los que se encuentran en proceso de urbanizar, a los que se refieren el Acuerdo 7 de 1979 y la Ley 9a. de 1989, amén de que la finalidad de la cesión prevista en la norma acusada no es para la construcción de vías, zonas verdes y servicios comunales de la proyectada urbanización sino que ésta afecta al plan vial arterial.

En efecto, además de las definiciones que han quedado reseñadas, el artículo 11 del Acuerdo 7 de 1979, prevé que la urbanización es la resultante del proceso mediante el cual un terreno bruto es dotado de servicios de infraestructura dividido en áreas destinadas al uso privado y comunal; y a los demás servicios básicos, inherentes a la actividad que se va a desarrollar y apto para construir, de conformidad con los reglamentos legales vigentes en la materia; y que urbanización en desarrollo es aquella cuyas obras están en ejecución, de acuerdo con la licencia expedida por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital.

En armonía con lo anterior, la Ley 9 de 1989, en sus artículos 2o. numeral 5o., y 80 no toma la expresión "urbanizar" como sinónimo de ingresar al perímetro urbano sino para significar obras previas a la construcción o levantamiento de edificaciones.

Esta Corporación en sentencia del 16 de octubre de 1992, proferida dentro del expediente No. 2055, con ponencia del Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, que sirvió de fundamento al *a quo* para acceder a las pretensiones de la demanda, analizó el contenido del artículo 118 del Acuerdo No. 7 de 1987, que es del siguiente tenor:

> "Cesión Gratuita y Obligatoria: El Instituto de Desarrollo Urbano, para efectos de adelantar la negociación directa o la expropiación de los predios que se requieran para las vías arterias del Plan Vial, descontará en cada caso el área de cesión gratuita y obligatoria, equivalente al siente por ciento (7%) del área bruta del terreno".

Confrontando el texto de esta disposición con el de la acusada infiere la Sala que su contenido es similar en cuanto se establece la cesión gratuita y obligatoria del 7% sobre el área de un terreno, en forma indiscriminada, no concretamente

frente a terrenos en proceso de urbanización y para afectarla a la construcción de vías del plan vial.

En relación con estos aspectos, en la sentencia antes enunciada precisó la Sala, y ahora lo reitera, el alcance de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 9 de noviembre de 1989, que se pronunció sobre la demanda de inexequibilidad del artículo 2o. de la Ley 9a. de 1989, que previó el establecimiento de cesiones obligatorias y gratuitas en los planes de desarrollo.

"...Ciertamente, en aquella sentencia, dictada con ocasión de la demanda de inexequibilidad de los artículos 2o. y 22 de la Ley 9a. de 1989, pese a que en ella se dijo que si se podían hacer "cesiones obligatorias y gratuitas", de su contexto se desprende inequívocamente que tales cesiones caben para terrenos **que se pretendan urbanizar y que ni pueden extenderse a vías que se vayan a construir por valorización**, que es el sistema que se consagra en el Acuerdo 7 de 1987, del cual forma parte la norma acusada..." (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Lo anterior se deduce de los siguientes apartes de la referida sentencia de la Corte Suprema de Justicia:

"... las áreas de cesión gratuita obligatoria, con aquellas señaladas por las normas urbanísticas **para vías, zonas verdes y servicios comunales"** (artículo 7o. de la Ley 9a. de 1989), cuya inclusión en los planes de desarrollo es de singular importancia como mecanismo de ordenación del territorio..." (Las subrayas fuera de texto).

"... las cesiones obligatorias gratuitas con respecto a la entidad pública y que se imponen al propietario, se afectan al servicio de todos los habitantes **por estar destinadas exclusivamente a vías de acceso a los predios urbanizados, como los peatonales, zonas verdes y servicios comunales,** según el querer de la Ley... (las subrayas fuera de texto)

"... En los municipios con la población señalada existen las oficinas de planeación encargadas de autorizar el permiso que el interesado solicita para urbanizar o construir al cual debe adjuntar los planos correspondientes a la obra y en estos ha de constar necesariamente la cesión gratuita en referencia como requisito *"sine qua non"* "para la "concesión obligatoria gratuita". La obligatoriedad de incluir en los planos tal cesión es una consecuencia de la función que la Constitución le da a los Concejos para reordenar lo relacionado con el territorio municipal; quien quiera edificar o urbanizar su suelo ha de someterse a las limitaciones a éste dadas, de suerte que si no urbaniza no se le afecta su derecho; si lo hace, para obtener la licencia ha de hacer la cesión

gratuita que no es normación nueva en el Derecho Colombiano; existió en el Acuerdo 7 de 1979 y el Decreto 1640 de 1982 del Alcalde Mayor de Bogotá (artículos 5o. y 6o.)".

Significa lo anterior que la norma en estudio, al igual que el artículo 118 del Acuerdo No. 7 de 1.79 que fue objeto de la declaratoria de nulidad por parte de esta Corporación en la referida sentencia de 16 de octubre de 1992, quebranta el artículo 30 de la Constitución Política de 1886, que corresponde al artículo 58 numeral 4o. de la actual, pues como lo expresó la Sala en esa oportunidad, "... la cesión obligatoria y gratuita, indiscriminadamente, es decir, el relación con todos los inmuebles que resulten afectados por la realización de vías arterias del Plan Vial, estatuye una expropiación sin indemnización, ya que, finalmente, la Administración haciendo uso de su poder coactivo frente al particular logra que el referido porcentaje de la propiedad privada pase a sus manos sin que exista compensación...".

Lo expresado conduce a la Sala a confirmar 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.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de fecha del día 26 de Enero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE LA RELATORIA: En igual sentido se pueden consultar las sentencias del 30 de abril de 1993, Exp. 2236, Ponente: Dr. *Yesid Rojas Serrano*, Actor: *Horacio Perdomo Parada,* sentencia del 26 de enero de 1995, Exp. 3015, Ponente: Dr. *Miguel González Rodríguez*, Actor *Luis Alberto Medina Bermúdez.*

CONTRIBUCION DE VALORIZACION. BIEN INMUEBLE. EXPROPIACION SIN INDEMNIZACION. CESION GRATUITA Y OBLIGATORIA - Improcedencia. **PLAN VIAL DISTRITAL**

Del contenido de los artículos 118 y del literal a) del artículo 126 del acuerdo 7 de 1979 infiere la Sala que establecer la cesión gratuita y obligatoria del 7% sobre el área de un terreno, en forma indiscriminada, para afectarla a vías arterias del Plan Vial, como se hizo en el artículo 118 del Acuerdo No. 7 de 1987, lo cual motivó la declaratoria de su nulidad por violación del artículo 30 de la Constitución Política de 1886, pues consideró esta Corporación que tal cesión no puede extenderse a vías que se vayan a construir por valorización, es lo mismo que involucrar la cesión a terrenos en proceso de urbanización, para afectarlos a las vías arterias del Plan Vial y no para la construcción de vías , zonas verdes y servicios comunales de la URBANIZACION que se proyecta, que es para lo cual los artículos 2o. y 7o. de la Ley 9a. de 1989 han previsto las cesiones gratuitas y obligatorias.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá D.C., veintiséis (26) de Enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez* .

Referencia Expediente No. 3015 Recurso de apelación contra la sentencia del 19 de Mayo de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: Luis Alberto Medina Bermúdez

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá contra la sentencia de la referencia, por la cual la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la nulidad

del literal A) del artículo 126 del Acuerdo 7 de 1979 "por el cual se define el Plan General de Desarrollo integrado y se adoptan políticas y normas sobre el uso de la tierra en el Distrito Especial de Bogotá", expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

I. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para acceder a las pretensiones de la demanda consideró el *a quo*, en síntesis, lo siguiente:

1-. Aunque el Acuerdo No. 7 de 1979, fue subrogado por el No. 6 de 1990, se hará su estudio de mérito, máxime cuando la teoría del decaimiento del acto de carácter general fue recogida por el Consejo de Estado en sentencia del 21 de enero de 1991, expediente S-157,

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Gustavo Arrieta.*

2-. El primer cargo de violación expuesto es frente al artículo 30 de la Constitución Nacional de 1886.

El acto acusado prevé que tratándose de predios que se encuentran afectados por vías arterias del Plan Vial del Distrito Especial de Bogotá, el IDU pueda descontar en cada caso el área de cesión gratuita y obligatoria, que equivale al 7% del terreno, lo cual significa que el Distrito Especial de Bogotá, se propia de tal porción de terreno sin reconocerle al dueño de ella su valor, y conforme lo expresó el Consejo de Estado en fallo de 16 de octubre de 1992, se estatuye una expropiación sin indemnización, ya que, finalmente, la Administración haciendo uso de su poder coactivo frente al particular logra que el referido porcentaje de la propiedad privada pase a sus manos sin que exista compensación lo que deviene en flagrante violación del inciso 3o. del artículo 30 de la Constitución de 1886, que corresponde al inciso 4o. del artículo 58 de la actual Carta Fundamental.

3o. Es de recibo pues lo expuesto por el actor ya que aparece manifiesta la violación de la norma en comento.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El apoderado del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá finca su inconformidad, en resumen, así:

1o-. La adquisición de predios para poder ejecutar obras del Plan Vial se rige por la Ley 9a. de 1989, que tiene como objetivo establecer los instrumentos para

la adquisición y expropiación de inmuebles que por motivos de ley se declaran de utilidad pública e interés social para destinarlos a la ejecución de obras públicas.

2-. El Acuerdo 6 de 1990, expedido por el Concejo de Bogotá, adoptó el Estatuto para el ordenamiento físico del Distrito Especial de Bogotá, que tiene por objeto definir las políticas de desarrollo urbano de la Capital y reglamentar las condiciones urbanísticas que van orientadas a ordenar el cambio y crecimiento de la ciudad y su espacio público.

3-. El Acuerdo que nos ocupa es concordante con el artículo 2o. de la Ley 9a de 1989.

La cesión gratuita del 7% debe entenderse con un descuento del área objeto del negocio jurídico de compraventa, o sea, que es el equivalente a la valorización o plusvalía generada por la obra que el vendedor debe ceder para compensar el mayor valor a su favor que se descuenta a título de anticipo. Se trata entonces de un gravamen u obligación fiscal, autónomo y constitucional. Dicha obligación fiscal es coherente con el principio de la propiedad.

4-. Cuando el Consejo de Estado decretó la nulidad del artículo 118 del acuerdo 7 de 1987, se refería igualmente al asunto en comento haciéndose diferenciación entre el bien inmueble al cual su propietario ha solicitado autorización en orden a urbanizarlo, caso en el cual para obtener el permiso será requisito la cesión obligatoria y gratuita, entendiendo en este caso que cuando se da la afectación del predio para la construcción de la vía, ya la Administración tiene la disposición del terreno y si la afectación excede del 7% deberá negociarse dicho excedente. Al contrario, cuando el particular propietario del bien inmueble no ha solicitado autorización para su desarrollo y se le afecta para la construcción de una vía, deberá negociarse la totalidad de la afectación, de manera que si urbaniza no se afecte su derecho.

La consideración del Consejo de Estado se basó en que el artículo demandado contempla una cesión obligatoria y gratuita en forma indiscriminada en relación con todos los inmuebles, consagrando una expropiación sin indemnización, violando el inciso 4o. del artículo 58 de la Constitución. Pero debe tenerse en cuenta la diferenciación mencionada en el párrafo anterior.

5-. El criterio del Constituyente de 1991 fue modernizante en cuanto corresponde a la aplicación de la función social que debe tener la propiedad privada. Fue más allá del ortodoxo principio de 1886. Le dio vida jurídica a la expropiación administrativa. El Estado puede y debe participar en la plusvalía que genere la

acción urbanística, de tal forma que la norma acusada ha tenido purga de constitucionalidad por los preceptos de la Constitución de 1991, por lo cual debe revocarse la sentencia apelada.

III. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Estima la sala que no asiste razón al recurrente en cuanto a que la sentencia de esta Corporación, de 16 de octubre de 1992, proferida dentro del expediente No. 2055, con ponencia del Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, que sirvió de fundamento al *a quo* para acceder a las pretensiones de la demanda, se refirió a una situación diferente de la que ahora ocupa la atención de la Sala. En efecto, prevé la norma acusada:

"A. Arterias del Plan Vial.

Todo terreno en proceso de urbanización que se encuentre **afectado por vías arterias del Plan Vial**, debe ceder gratuitamente **para tal fin** el (7%) del área bruta del lote a urbanizar. Cuando la afectación sea superior a dicho porcentaje, la diferencia será negociada con el Instituto de Desarrollo Urbano." (Las subrayas fuera de texto).

En el proceso que dio origen a la sentencia antes mencionada, disponía la norma cuestionada, esto es, el artículo 118 del Acuerdo No. 7 de 1987:

"Cesión gratuita y obligatoria: El Instituto de Desarrollo Urbano, para efectos de adelantar la negociación directa o la expropiación de los predios **que se requieran para las vías arterias del Plan Vial**, descontará en cada caso el área de cesión gratuita y obligatoria, equivalente al siete por ciento (7%) del área bruta del terreno". (Las subrayas fuera de texto)

Del contenido de las normas antes transcritas infiere la Sala que establecer la cesión gratuita y obligatoria del 7% sobre el área de un terreno, en forma indiscriminada, para afectarla a vías arterias del Plan Vial, como se hizo en el artículo 118 del Acuerdo No. 7 de 1987, lo cual motivó la declaratoria de su nulidad por violación del artículo 30 de la Constitución Política de 1986, pues consideró esta Corporación que tal cesión no puede extenderse a vías que se vayan a construir por valorización, es lo mismo que involucrar la cesión a terrenos en proceso de

urbanización, para afectarlos a las vías arterias del Plan Vial y no para la construcción de vías , zonas verdes y servicios comunales de la URBANIZACION que se proyecta, que es para lo cual los artículos 2o. y 7o. de la Ley 9a. de 1989 han previsto las cesiones gratuitas y obligatorias.

Al respecto, en la sentencia antes enunciada precisó la Sala, y ahora lo reitera, el alcance de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 9 de noviembre de 1989. que se pronunció sobre la demanda de inexequibilidad del artículo 2o. de la Ley 9a. de 1989. que previó el establecimiento de cesiones obligatorias gratuitas:

"...Ciertamente, en aquella sentencia, dictada con ocasión de la demanda de inexequibilidad de los artículos 2o. y 22 de la Ley 9a. de 1989, pese a que en ella se dijo que si se podía hacer "cesiones obligatorias y gratuitas" de su contexto se desprende inequívocamente que tales cesiones obligatorias y gratuitas", de su contexto se desprende inequívocamente que tales cesiones caben para terrenos **que se pretendan urbanizar y que no pueden extenderse a vías que se vayan a construir por valorización**, que es el sistema que se consagra en el acuerdo 7 de 1987, del cual forma parte la norma acusada..." (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Lo anterior se deduce de los siguientes apartes de la referida sentencia de la Corte Suprema de Justicia:

"... las áreas de cesión gratuita obligatoria, con aquellas señaladas por las normas urbanísticas **para "vías, zonas verdes y servicios comunales"** (artículo 7o. de la Ley 9a. de 1989), cuya inclusión en los planes de desarrollo es de singular importancia como mecanismo de ordenación del territorio..." (Las subrayas fuera de texto).

"... las cesiones obligatorias gratuitas con respecto a la entidad pública y que se imponen al propietario, se afectan al servicio de todos los habitantes **por estar destinadas exclusivamente a vías de acceso a los predios urbanizados, como los peatonales, zonas verdes y servicios comunales, según el querer de la Ley...** (las subrayas fuera de texto)

"... En los municipios con la población señalada existen las oficinas de planeación encargadas de autorizar el permiso que el interesado solicita para urbanizar o construir al cual debe adjuntar los planos correspondientes a la obra y en estos ha de constar necesariamente la cesión gratuita en referencia como requisito *"sine qua non"* para la "concesión del permiso", de donde se deriva su nombre de "cesión obligatoria gratuita". La obliagtoriedad de incluir en los planos tal cesión es una consecuencia de la función que la Constitución le da a los Concejos para reordenar lo relacionado con el territorio municipal; quien

quiera edificar o urbanizar su suelo ha de someterse a las limitaciones a éste dadas, de suerte que si no urbaniza no se le afecta su derecho; si lo hace, para obtener la licencia ha de hacer la cesión gratuita que no es normación nueva en el Derecho Colombiano; existió en el Acuerdo 7 de 1979 y el Decreto 1640 de 1982 del Alcalde Mayor de Bogotá (artículos 5o. y 6o.)".

Al imponer el acto acusado la cesión no para los fines antes señalados, ésta se torna en una expropiación sin indemnización, quebrantándose así el artículo 30 de la Constitución Política de 1886, que halló violado el *a quo*, por lo cual 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.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 26 de Enero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: En similar sentido pueden consultarse las sentencias del 30 de abril de 1993, Exp. 2236 Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*, y la sentencia del 26 de enero de 1995, Exp. 3015 Consejero Ponente: Dr. *Miguel González Rodríguez*, Actor *Augusto Lozano Delgado*. Sobre el tema de expropiación sin indemnización por cesión gratuita y obligatoria de terrenos para el Plan Vial se reitera la sentencia de Octubre 16 de 1992, Exp. 2055, Consejero Ponente Dr. *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE - Candidato. **INSCRIPCION DE CANDIDATURA**- Rechazo. **DERECHO DE DEFENSA. TARJETON ELECTORAL** - Exclusión. **INSCRIPCION DE CANDIDATURA** - Requisitos. **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** - Improcedencia. **DAÑO EVENTUAL**

La ausencia del procedimiento especial anotado conduce a la conclusión que las autoridades electorales debieron dar aplicación a las normas generales sobre procedimiento administrativo previstas en la primera parte del C.C.A., invocadas como violadas por el autor en el libelo demandatorio. En armonía con lo anterior, las autoridades electorales, estaban en la obligación legal del poner en conocimiento las irregularidades observadas en relación con las firmas acreditadas por el actor, en orden de salvaguardar su derecho de defensa, que le reconocía el artículo 26 de la anterior Constitución Política. Al no dársele al actor la oportunidad de controvertir el examen practicado por el DAS en el cotejo de las firmas, que posteriormente resultaron invalidadas, así como contraprobar, los actos acusados resultan transgresores de la norma constitucional enunciada y del artículo 34 del C.C.A. invocados en la demanda. Lo cual amerita la declaratoria de su nulidad y a que, por consiguiente, se revoque la sentencia apelada en cuanto a este aspecto se refiere. Las erogaciones de tipo económico que pudo haber realizado el demandante son propias de la actividad electoral, la cual en sus resultados está sujeta al albur, amén de que si bien el artículo 109 de la Constitución Política actual autoriza que el Estado financie las campañas electorales, los reconocimientos por este concepto están supeditados al número de votos obtenidos, los cuales no se pueden determinar antes del proceso eleccionario. DECLARA LA NULIDAD de las Resoluciones Nos. 350 de 1 de noviembre de 1990 y 360 de 9 de noviembre de 1990, expedidas por la Delegada del Registrador Nacional del Estado Civil para Boyacá y Casanare; y 071 de 22 de noviembre de 1990, expedida por el Consejo Nacional Electoral.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá D.C., veintisiete (27) de Enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente No. 2122 Recurso de apelación contra la sentencia de 8 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. Actor: *Carlos Manuel Recio Constain*

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del actor contra de sentencia de 8 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

I.1.- CARLOS MANUEL RECIO CONSTAIN, a través de apoderado en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Boyacá tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1a): La nulidad de las resoluciones Nos. 350 de 1 de noviembre de 1990 y 360 de 9 de noviembre de 1990, expedidas por la Delegada del Registrador Nacional del Estado Civil para Boyacá y Casanare, por medio de las cuales se decidió no inscribir al demandante como candidato a la Asamblea Constitucional o Constituyente, en la lista encabezada por el mismo a nombre del "movimiento nacional en pro de la recuperación del territorio - suelo subsuelo - para las comunidades indígenas y negras de Colombia"; y No. 071 de 22 de noviembre de 1990, expedida por el Consejo Nacional Electoral, por medio de la cual se confirmó lo decidido en los actos administrativos antes citados.

2a): Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación a resarcir y pagar al demandante los perjuicios morales y materiales causados con la expedición de los actos acusados, así: a): Por concepto de perjuicios morales, el valor de un mil gramos de oro puro al precio que tengan a la fecha ejecutoria de la sentencia definitiva, según lo certifique el banco de la República; b): Por concepto de perjuicios materiales la suma de treinta millones de pesos; c): En subsidio, y para el evento en que el daño material no pudiere evaluarse pecuniariamente por no existir dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de peritos, ni aún después de surtido el trámite previsto en los artículos 307 y 308 del C. de P. C., se condene a pagar a la Nación, a título de indemnización por este concepto, una suma equivalente en moneda nacional a

cuatro mil gramos de oro puro al precio que tenga a la fecha del fallo definitivo, según certificación del banco de la República; d): La corrección monetaria sobre el valor de los perjuicios materiales, conforme al índice de precios al consumidor, por el lapso comprendido entre el 1o. de Noviembre de 1990 y la fecha ejecutoria del fallo definitivo; y e): El valor de los intereses comerciales sobre las anteriores cantidades líquidas de dinero, por el lapso comprendido entre el 1o. de Noviembre de 1990 y la fecha de ejecutoria del fallo definitivo.

I.2.- Como normas violadas se señalaron en la demanda los artículos 2o., 8o., 16, 20,23, 26, 30 y 121 de la Constitución Política de 1886; 4o., 5o., 8o., 13, 20, 28 y 38 de la Ley 153 de 1887; Ley 22 Bis de 1936; 1o., 101 a 109 del Decreto Ley 1260 de 1970; 177 y siguientes de C. de P.C.; 10, 11, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto de San José de Costa Rica del 22 de diciembre de 1969 aprobado por la Ley 16 de 1972; Decreto 2247 de 1983; 2o., 3o., y 5o. de la Ley 58 de 1982; 2o., 3o., 10o, 11, 12, 34, 36, 47, 56, 57, 58, 59, 62 a 64 y 85 del C.C.A.; 14 y 15 del Decreto Ley 2304 de 1989 y 6o. y 9o. del Decreto Ley 1926 de 1990.

I.3.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, que culminó con la sentencia de 8 de julio de 1992, que denegó las súplicas de la demanda, providencia ésta que fue oportunamente apelada por el apoderado del demandante.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las pretensiones del libelo demandatorio, el Tribunal Administrativo de Boyacá razonó de las siguiente manera:

1.- El actor cumplió con acreditar la calidad de colombiano de nacimiento ya que aportó la partida da bautismo, requisito válido para los nacidos antes de 1938. Pero no acreditó el requisito de ser ciudadano en ejercicio exigido por el Decreto 1926 de 1990, que se demuestra con la certificación expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, que da fe de la vigencia de la cédula de ciudadanía en ejercicio de derechos, toda vez que la ciudadanía puede desaparecer por pérdida de la nacionalidad o en virtud de decisión judicial, situaciones estas que constan en el archivo de registro, con lo cual el aspirante quedó incurso en una irregularidad insalvable que trunca sus esperanzas electorales.

2.- Además de lo anterior, en lo que respecta a las diez mil firmas de ciudadanos en ejercicio que otorgaron pleno respaldo a los aspirantes, también se presentaron irregularidades en las planillas aportadas, como, por ejemplo, las observadas

a los folios 51, 57, 58, 59, 60, 62, 75, 100, 101, 162, 166, 176, 188 y 255 en que faltan firmas de adherentes, números de cédulas de ciudadanía y enmendaduras, lo que hace que sea apenas natural que los actos emitidos por la Registraduría Nacional del Estado Civil fueran expedidos conforme a las normas y reglas preexistentes para una adecuada selección y clasificación de candidatos.

3.- En relación con la violación del derecho de defensa que alega el demandante por no habérsele resuelto la apelación propuesta frente al primer acto administrativo, ni permitírsele interponer recurso alguno contra el segundo de los actos, conforme el Decreto 2710 de 1990, tendiente a agilizar el normal desarrollo del proceso electoral, cabe señalar que el acto administrativo por el cual se rechaza una candidatura para la Asamblea nacional Constituyente no admite recurso alguno y del mismo sólo conocerá el Consejo Seccional Electoral por vía de consulta.

4.- Se concluye de lo anterior que no fue la exclusión del tarjetón electoral la que separó al actor de sus aspiraciones como candidato, sino la decisión final de los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, encargados de estudiar y examinar los documentos aportados por los distintos aspirantes y que para el caso del demandante, surgieron dos actos administrativos que inadmitieron su candidatura por las circunstancias anómalas que existieron.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado del actor, en escrito en que interpuso y sustentó el recurso de apelación, fundamenta su discrepancia con el fallo apelado, así;

1.- El soporte jurídico de la demanda consiste en la obligación de indemnidad de la honra y de los bienes de las personas residentes en Colombia, a cargo de las autoridades públicas, según lo consagraba el artículo 16 de la Constitución de 1886 y lo reitera hoy el inciso final del artículo 2o. de la Carta Política vigente.

2.- En el caso controvertido, se debe acceder a las súplicas de la demanda pues demostró que la conducta de la Administración violó el derecho de defensa del demandante, irrogándole perjuicios que éste no está jurídicamente obligado a soportar, dado que con la conducta oficial de no haber seguido un procedimiento previo, como lo disponen el Código Contencioso Administrativo y las normas que lo complementan y adicionan, se retiró su nombre y foto del tarjetón electoral y se le impidió participar en las elecciones subsiguientes, y es por ello que el Estado debe pagarle los perjuicios que aquél haya sufrido.

3.- Lo relevante del caso es que si las autoridades no hubieran obrado con la torpeza aludida, el demandante no hubiera sufrido las consecuencias y daños de que fue víctima, pues hizo ingentes esfuerzos económicos, organizativos y humanos para adelantar en firme su campaña.

4.- De las 10.713 firmas presentadas en apoyo de la lista, fueron rechazadas 3.679 por enmendaduras, de acuerdo con el examen practicado por los expertos grafólogos del DAS, pero al demandante no se le dio la oportunidad de controvertir la existencia de las enmendaduras no contradecir la trascendencia real de las mismas, ni verificar la cantidad de las que hubieran existido, así como tampoco se le corrió traslado del examen practicado por los empleados del DAS para apreciar la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos de dicho examen, lo cual hace ostensible la violación del derecho de defensa.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidaria de que se confirme el fallo apelado, por cuanto en las listas de adherentes aportadas al proceso, por percepción directa se establece la existencia de tachaduras y enmendaduras en muchas firmas y en los números de las cédulas, hecho este certificado por el Supervisor de Programación Electoral.

Advierte que sí se permitió al interesado el ejercicio del derecho de defensa ya que respecto de la Resolución No. 350 de 1o. de Noviembre de 1990 interpuso el recurso de reposición, pero al quedar derogado el Decreto Legislativo No. 1926 de 1990 por el Decreto No. 2710 de 8 de noviembre del mismo año, se suprimieron los recursos y se estableció la consulta ante el Consejo Nacional Electoral.

Con la solicitud de inscripción (artículo 6o. del Decreto No. 1926 de 1990) se debían presentar de buena fe todos los documentos tendientes a acreditar la idoneidad para ser integrante de la Asamblea Nacional Constituyente y en caso contrario opera el artículo 9o. del Decreto No. 2710 de 1990 que autoriza el rechazo de la inscripción.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Previamente al análisis de las censuras que plantea el recurrente la Sala observa que la que la causal que en la práctica ameritó en los actos acusados la no inscripción del actor como candidato a la Asamblea Nacional Constituyente y su

exclusión del tarjetón electoral fue no haber cumplido con el requisito de las 10.000 firmas de adherentes, pues en lo concerniente a la calidad de colombiano de nacimiento, no de ciudadano en ejercicio como se afirma equivocadamente en la sentencia apelada, simplemente se hizo mención a ello en el primero de los actos acusados, requisito este último que, como lo advirtió el *a quo*, sí acreditó el demandante. Esto lo corrobora la certificación visible a folio 462 del cuaderno No. 4.

Al analizar detenidamente dichas censuras se advierte claramente que ellas se concretan a que con los actos acusados se violó el derecho de defensa regulado en el artículo 26 de la Constitución Política de 1886 por cuanto al demandante no se le dió oportunidad de controvertir la existencia de irregularidades en lo tocante al registro de las 10.000 firmas de ciudadanos; esto es, que hubo enmendaduras en las mismas; ni se le corrió traslado de examen practicado por los empleados del DAS para el cotejo de tales firmas.

La Sala pone de presente que en lo que respecta al expresado requisito de las 10.000 firmas que debían reunir los aspirantes a la Asamblea Nacional Constituyente para poder ser inscritos en el tarjetón electoral y poder así participar en las elecciones como candidatos, el artículo 8o del Decreto Legislativo No. 1926 de 24 de Agosto de 1990 estatuyó:

> "Para inscripción, por cada una de las listas de candidatos deberá acreditarse ante los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, que se ha dado cumplimiento al requisito de la proclamación escrita de candidaturas firmada a lo menos por diez mil (10.000) ciudadanos en ejercicio en la que conste que expresamente declaran su adhesión a la lista de candidatos de que se trate, identificada por el nombre de la persona que la encabeza. Se señalará el número de la cédula de ciudadanía de cada suscriptor. La Registraduría Nacional hará los cotejos necesarios para establecer la correspondencia entre firmas, números de cédula y los nombres que figuren en el documento, para lo cual el Registrador Nacional del Estado Civil señalará el procedimiento que deba seguirse..."

En orden a establecer si se señaló por la Registraduría Nacional del Estado Civil el procedimiento previsto en la norma transcrita para hacer los cotejos tendientes a establecer la correspondencia entre las firmas, números de cédula y los nombres para acreditar el requisito de las 10.000 firmas de ciudadanos que expresamente declaraban su adhesión a determinada lista, se profirió el auto para mejor proveer de 10 de octubre de 1994, solicitando a dicha entidad la información correspondiente.

Según obra a folio 465 del cuaderno No. 4 la Directora Nacional Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil certificó que esa dependencia no expidió acto administrativo alguno relativo al referido procedimiento.

Siendo ello así, la Sala considera que la ausencia del procedimiento especial anotado conduce a la conclusión que las autoridades electorales debieron dar aplicación a las normas generales sobre procedimiento administrativo previstas en la primera parte del C.C.A., invocadas como violadas por el actor en el libelo demandatorio.

En armonía con lo anterior, las autoridades electorales estaban en la obligación legal de poner en conocimiento las irregularidades observadas en relación con las firmas acreditadas por el actor, en orden a salvaguardar su derecho de defensa, que le reconocía el artículo 26 de la anterior Constitución Política.

Al no dársele al actor la oportunidad de controvertir el examen practicado por el DAS en el cotejo de las firmas, que posteriormente resultaron invalidadas, así como de contraprobar, los actos acusados resultan transgresores de la norma constitucional enunciada y del artículo 34 del C.C.A. invocados en la demanda, lo cual amerita la declaratoria de su nulidad y a que, por consiguiente, se revoque la sentencia apelada en cuanto a este aspecto se refiere.

En lo tocante al restablecimiento del derecho la Sala estima que no es viable acceder a las pretensiones del actor sobre el particular ya que en su inscripción como candidato a la Asamblea Nacional Constituyente y su inclusión en el tarjetón electoral solamente lo autorizaban para participar en las elecciones, sin que ello supusiera de antemano un resultado favorable, esto es, el de ser elegido, además de que el daño eventual no es indemnizable.

De tal manera que las erogaciones de tipo económico que pudo haber realizado el demandante son propias de la actividad electoral, la cual en sus resultados está sujeta al albur, amen de que si bien el artículo 109 de la Constitución Política actual autoriza que el Estado financie las campañas electorales, los reconocimientos por este concepto están supeditados al número de votos obtenidos, los cuales no se pueden determinar antes del proceso eleccionario.

En lo referente a los perjuicios morales la Sala tampoco advierte su causación dado que el demandante se limitó a afirmar que los actos acusados le habían producido un trauma del cual no había podido restablecerse profesionalmente, pero todas las pruebas que solicitó en la demanda guardan relación solamente con los perjuicios materiales.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone:

1o.) DECLARASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 350 de 1o. de Noviembre de 1990 y 360 de 9 de Noviembre de 1990, expedidas por la Delegada del Registrador Nacional del Estado Civil para Boyacá y Casanare; y 071 de 22 de Noviembre de 1990, expedida por el Consejo Nacional Electoral.

2o.) DENIEGANSE las pretensiones relativas al restablecimiento del derecho.

Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 26 de Enero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia

El recurso pretende expresamente "que se adicione el auto", mientras que el artículo 311 del C. de P. C., aplicable en los procesos contenciosos en virtud de la remisión que hace el artículo 267 del C.C.A. , prevé que "los autos sólo podrán adicionarse de oficio dentro del término de ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término". A su vez, de los artículos 350 y 363 del C. de P.C. se deduce que el recurso de súplica tiene por objeto que la providencia recurrida se "revoque o reforme".

RECURSO DE REPOSICION - Adición. **AUTO DE SUSTANCIACION**

Por tratarse de una solicitud de adición respecto de un auto de sustentación, el recurso procedente es el de reposición, el cual debe ser resuelto por el mismo Consejero Ponente, razón por la cual se dispondrá el envío del expediente al mismo Consejero para que proceda en consecuencia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete de enero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia Expediente No. 2360. Actor: Hermenegildo Espitia Almanza

Procede la Sala de Decisión de la Sección Primera a resolver el recurso ordinario de súplica interpuesto por el apoderado del tercero interviniente Tejidos Punto Sport S.A., contra el auto de fecha 25 de noviembre de 1994, proferido por el Consejero Ponente Dr. Miguel González Rodríguez, "Para que se modifique en los puntos primero y segundo del literal B) de dicho auto" (fl. 268).

I.- EL AUTO RECURRIDO

Mediante el auto del 25 de noviembre de 1994, el Consejero Ponente dispone solicitar el Tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena la interpretación por vía prejudicial en los términos del artículo 61 de la Decisión 184 de 1983 y reconoce personería a los apoderados sustitutos de la sociedad recurrente.

II.- EL RECURSO INTERPUESTO

El recurrente fundamenta el recurso en los siguientes argumentos:

1.- Que en el memorial de alegato de conclusión presentado el 9 de noviembre de 1994 indicó un hecho nuevo, "consistente en el escrito de demanda que inicia el expediente 3046 de esa misma sección, ya admitida pero no notificada al representante legal, en donde el Doctor Jorge Vera Vargas impreta la cancelación del certificado de registro de la marca DISEÑO DE TRES CORONAS y la palabra SPORT, certificado número 115.831", por la cual solicita que antes de continuar el trámite se ordene a la Secretaría que se compulse copia de ese escrito para que se tenga como prueba trasladada, sin que haya pronunciamiento alguno del Consejero Sustanciador sobre este punto.

2.- Se refiere también el recurrente a otro escrito presentado dentro de este expediente por el Doctor Jorge Vera Vargas, que aparece al folio 230, sobre el cual manifiesta que fue aceptado tácitamente por la Corporación y hace otras reflexiones que nada tienen que ver con este recurso.

Concluye expresando que "Por lo anterior, solicito que se adicione el auto, decretando, de oficio, la prueba mencionada como hecho nuevo necesario para el fallo inhibitorio, si es del caso, o el fallo de merito, si esa Corporación considera que se han cumplido los presupuestos específicos de esta juridicción".

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al estudiar el recurso interpuesto, la Sala encuentra una serie de inconsistencias en el mismo, a saber:

1.- En el escrito se solicita expresamente "que se modifique (el auto recurrido) en los puntos primero y segundo del literal B) de dicho auto" , cuando la realidad es que el auto recurrido (de fecha 25 de noviembre de 1994-fls. 266 y 267) no tiene literales ni ordinales.

2.- El recurso pretende expresamente "que se adicione el auto", mientras que el artículo 311 del C. de P.C., aplicable en los procesos contenciosos en virtud de la remisión que hace el artículo 267 del C.C.A., prevé que "los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término". A su vez, de los artículos 350 y 363 del C. de P.C. se deduce que el recurso de súplica tiene por objeto que la providencia recurrida se "revoque o reforme".

De lo anterior se desprende que por "tratarse de una solicitud de adición respecto de un auto de sustentación, el recurso procedente es el de reposición, el cual debe ser resuelto por el mismo Consejero Ponente, razón por la cual se dispondrá el envío del expediente al mismo Consejero para que proceda en consecuencia".

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sala de Decisión

RESUELVE:

Devuélvase el expediente al despacho del Consejero Ponente para que resuelva el recurso interpuesto, que la Sala interpreta como reposición.

Notifíquese y cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión en su sesión de fecha veintisiete de enero de mil novecientos noventa y cinco.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Yesid Rojas Serrano*.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. ACTO ADMINISTRATIVO. PARTICULAR Y CONCRETO. CADUCIDAD.

Para la Sala es evidente que contra los actos demandados sólo procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por parte del titular de la situación jurídica concreta a que se refieren los actos o por parte de los terceros directamente interesados, dentro del término de caducidad de cuatro meses previsto en el artículo 136 del C.C.A., de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Sección según la cual la acción de simple nulidad contra actos de carácter particular y concreto solo procede en los casos expresamente previstos en la ley, entre los cuales no se encuentra el de los actos aquí demandados.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete de enero de mil novecientos noventa y cinco

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia Expediente No. 3141. Actor: Sociedad "Estación de Servicio El terminal de Transportes Ltda."

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la providencia del 25 de agosto de 1994, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, inadmitió la demanda.

I.- LA DEMANDA INSTAURADA

Mediante la demanda que dió lugar a la providencia recurrida, la Sociedad "ESTACION DE SERVICIO EL TERMINAL DE TRANSPORTES LTDA.", a través de apoderado, "en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artícu-

lo 84 del Código Contencioso Administrativo", solicita que se declare la nulidad de las Resoluciones 796 del 30 de noviembre de 1992 y 0111 del 29 de enero de 1993, expedidas por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital.

II.- EL AUTO RECURRIDO

Por medio del auto recurrido, el Tribunal de Primera instancia resolvió "inadmitir la demanda presentada como acción de nulidad por tratarse de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho y estar plenamente probado el fenómeno de la caducidad", con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Las resoluciones demandadas conforman un acto administrativo de carácter particular y concreto, cuyo sujeto es la Sociedad Terminal de Transportes S.A., en calidad de urbanizador responsable, el cual no es susceptible de la acción de nulidad sino de la nulidad y restablecimiento del derecho.

2. Como la vía gubernativa se agotó con la notificación realizada el 17 de febrero de 1993, y la demanda fue presentada el 27 de abril de 1994, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra caducada por haber transcurrido más de cuatro meses.

III.- EL RECURSO INTERPUESTO

En su escrito contentivo del recurso, el apoderado de la parte demandante fundamenta su desacuerdo con la providencia impugnada en los siguientes argumentos (fl. 171):

1.- La acción no se interpuso con la pretensión de resolver un restablecimiento del derecho por cuanto la actora presentó en oportunidad la acción tendiente a dicho restablecimiento el 4 de junio de 1993 ante el mismo Tribunal.

2.- Se busca que se proceda a estudiar exclusivamente la nulidad independiente del restablecimiento.

3.- El auto no observa que lo decidido por planeación afecta a la comunidad del Terminal de Transportes de Bogotá al privarla, dentro de sus instalaciones, de una estación de bomberos, cuya existencia es obligatoria como se explica en la demanda, y asimismo se reduce un área de parqueo que no le es dable realizar en perjuicio de los usuarios, de tal manera que el acto administrativo demandado no es de carácter particular y concreto ya que afecta a toda una comunidad, como es

la del Terminal de Transportes de Bogotá, entre la cual se encuentra la sociedad actora como particular afectado.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Mediante el primero de los actos acusados, la Resolución No. 796 del 30 de noviembre de 1992, el Director del Departamento Administrativo de Planeación Distrital resolvió: modificar el plano F. 298/4-00, "entendiéndose que la Estación de Servicios se ubicará parte en la bahía de parqueo del área ocupacional de la Terminal y parte en la cesión Tipo B,..."(art. 1o.); adoptar el plano modificatorio F. 298/4-05 y F. 298/4- 06 incorporados en las planchas 27 y 35..."(art. 2o.); para todos los efectos legales tener como urbanizador responsable a la sociedad TERMINAL DE TRANSPORTES S.A. (art. 3o.); notificar en los términos del Decreto 01 de 1984 y contra ella procede el recurso de reposición (art. 4o.); publicar la resolución en el Registro Distrital o en un periódico de amplia circulación en la ciudad (art., 5o.).

2.- De acuerdo con los considerandos de la citada resolución, ella fue expedida para resolver una petición de la sociedad TERMINAL DE TRANSPORTES S.A., Propietaria del Terminal Interurbano de Pasajeros.

3.- Contra la resolución No. 796 de 1992, interpuso recurso de reposición la sociedad ESTACION DE SERVICIO EL TERMINAL DE TRANSPORTES LTDA. el cual fue resuelto por el segundo acto demandado, es decir, la Resolución No. 0111 del 29 de enero de 1993, negando dicho recurso.

4.- Del contenido de los actos demandados para la Sala resulta claro, como lo fue para el tribunal de instancia, que ellos son de carácter particular y concreto, pues el titular de la situación jurídica a que ellos se refieren es el TERMINAL DE TRANSPORTES S.A., cuya petición dio lugar a la expedición del primero de los actos demandados.

5.- El hecho de que en relación con ese acto existan terceros que puedan estar directamente interesados en la decisión no modifica el carácter particular y concreto de la misma. Tal es el caso de la sociedad ESTACION DE SERVICIO EL TERMINAL DE TRANSPORTES LTDA. que precisamente interpuso recurso contra la decisión, el cual le fue resuelto por el segundo de los actos demandados y le fue notificado personalmente el 17 de febrero de 1993 (fl. 165 del Cdno. Principal), situación que el demandante reconoce haber sucedido, aunque en fecha diferente, el 5 de febrero de 1993 (fl. 19 del mismo cuaderno).

6.- En tales circunstancias, para la Sala es evidente que contra los actos demandados solo procede la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho por parte del titular de la situación jurídica concreta a que se refieren los actos o por parte de los terceros directamente interesados, dentro del término de caducidad de cuatro meses previsto en el artículo 136 del C.C.A., de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Sección según la cual la acción de simple nulidad contra actos de carácter particular y concreto solo procede en los casos expresamente previstos en la ley, entre los cuales no se encuentra el de los actos aquí demandados (ver auto de 2 de agosto de 1990, Consejero Ponente doctor Pablo J. Cáceres Corrales, Actor: Oswaldo Cetina Vargas, expediente No. 1482; sentencia de 28 de agosto de 1992, Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez, Actor: Jorge William Sánchez L. Expediente No. 1597; auto de 25 de junio de 1992, Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, Actor: Andrés Rodríguez Pizarro, Expediente No. 2027, entre otros).

7.- Y como en el presente caso la acción fue interpuesta con posterioridad al vencimiento del citado término de cuatro meses, contados a partir de la notificación personal del último acto a la sociedad demandante, asistió razón al tribunal al inadmitir la demanda, con mayor claridad cuando el mismo recurrente acepta que la sociedad por él representada efectivamente inició oportunamente otro proceso en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En consecuencia, el auto recurrido debe ser confirmado.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto del 25 de agosto de 1994, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección primera, inadmitió la demanda presentada por la sociedad actora.

Cópiese, Notifíquese, Publíquese en los Anales del Consejo de Estado y Cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la sala en su sesión de fecha veintiséis de Enero de mil novecientos noventa y cinco.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reiteran las siguientes providencia: auto de 2 de agosto de 1990, Exp. 1482, Ponente: Dr. *Pablo J. Cáceres Corrales,* Actor: *Oswaldo Cetina Vargas*, Sentencia de 28 de agosto de 1992, Exp. 1597, Ponente: Dr. *Miguel González Rodríguez*, Actor: *Jorge William Sánchez*, auto de 25 de junio de 1992, Exp. 2027, Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez,* Actor: *Andrés Rodríguez Pizarro.*

ACTO ADMINISTRATIVO. CONTROL JURISDICCIONAL. JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. COMPETENCIA

El excepcionante hace una distinción: que la declaratoria de nulidad se predica de los actos administrativos, mientras que la de inconstitucionalidad responde a una acción de inexequibilidad, aplicable para los actos de ley. Es inadmisible tal distinción ya que la acción de nulidad no sólo puede dar lugar a un juicio de legalidad sino también de constitucionalidad, dado que los actos administrativos pueden violar no solamente la ley sino la Constitución, y para hacer efectivo el control jurisdiccional frente a este último evento la Carta Política lo instituyó en cabeza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 237 numeral 2o. y 238).

DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTA- Régimen Aplicable

Tanto en el artículo 2o. del Decreto 1421 de 1993 y el inc. 2o. del artículo 322 de la C.P.. 91 se alude en primer lugar a que las normas aplicables al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá serán las que expresamente señale la Constitución para el mismo, esto es, las contenidas en el Título XI, Capítulo 4, artículos 322 a 327, que tratan de su régimen especial. Así mismo ambos preceptos se refieren en segundo lugar a las leyes especiales que se dicten para el Distrito Capital en cuestión, pues al hablarse en el artículo 2o. del Decreto 1421 de 1993 del "presente estatuto", es evidente que éste corresponde a las "leyes especiales que para el mismo se dicten" de que trata el artículo 322 de la Carta. Por último, ambas normas se remiten, en ausencia de disposiciones especiales constitucionales o legales para la ciudad de Santa Fe de Bogotá, a las disposiciones vigentes para los municipios, sean estas constitucionales o legales. Es la misma Constitución la que le otorga prevalencia a las normas especiales que se dicten para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, sobre las normas aplicables a los municipios, se repite, sean constitucionales o legales.

TRANSPORTE MASIVO. CONTRATO DE CONCESION DE TRANSPORTE MASIVO. METRO DE BOGOTA. GOBIERNO NACIONAL - Facultades . PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA. DISTRITO CAPITAL - Régimen Especial

Frente a la violación de los artículos 322 inciso 2o. y transitorio 41 de la Carta Política por parte de la norma demandada, se tiene que, el primero, se refiere al régimen político, fiscal y administrativo al que se encuentra sometido el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, y, el segundo, a la autorización dada al Gobierno Nacional para que en caso de que el Congreso no expidiera la ley a que se refieren los artículos 322 a 324 *ibídem*, lo hiciera aquél, como efectivamente aconteció. El artículo 322 de la C.P. 91 señala la obligación de garantizar la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito, y en la norma del acto acusado se dice que dichos servicios se prestarán de acuerdo con lo dispuesto en ese estatuto y demás normas aplicables. Siguiendo la jerarquía normativa que impone claramente el inciso 2o. del artículo 322, al Distrito Capital le son aplicables las leyes especiales que para el mismo se dicten, que en el presente caso lo es el Decreto 1421 de 1993, expedido como estatuto contentivo del régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, por mandato expreso del artículo transitorio 41 de la constitución.

ESTATUTO DE BOGOTA . CONFLICTO DE JURISDICCION - Inexistencia. CONSEJO DE ESTADO. COMPETENCIA

El Consejo Superior de la Judicatura en providencia de 13 de octubre de 1994 dirimío el conflicto de jurisdicción surgido entre la Corte Constitucional y esta Corporación, declarando que la competencia para conocer de las demandas presentadas contra el Decreto 1421 de 1993, corresponde al Consejo de Estado.

ENTIDADES TERRITORIALES - Régimen Aplicable. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA. DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTA

El artículo 287 señala que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, pues dicha norma se encuentra dentro del Título XI, Capítulo 1o. contentivo de las disposiciones generales, las cuales serán aplicables a falta de disposición constitucional o legal especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, lo que no ocurre en el presente caso, toda vez que el Decreto 1421 de 1993, como ya se dijo, es el régimen especial.

ALCALDE MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL - Facultades. CONTRATO DE CONCESION DE SISTEMA DE TRANSPORTE MASIVO

Al disponer el artículo 172 del Decreto 1421 de 1993 que el Gobierno Distrital podrá celebrar contratos de concesión en orden de adoptar un sistema de transporte masivo para Bogotá, no está expresando en manera alguna que para dicha celebración, el Alcalde Mayor del Distrito Capital, que es su representante legal, según el artículo 35 *ibídem,* deba sustraerse al cumplimiento de las previsiones constitucionales y legales especiales que para tal efecto existan, como serían, por ejemplo, las previstas en los numerales 14, 17, 18 y 23 del artículo 12 del mencionado Decreto 1421, en concordancia con los artículo 7o. del mismo numeral 9o. de la Carta Política.

GOBIERNO NACIONAL - Facultades. REGIMEN ESPECIAL DEL DISTRITO CAPITAL - Expedición

El artículo transitorio 41 de la Carta otorgó facultades al Gobierno para expedir por Decreto el régimen especial a que se refieren las materias contenidas en los artículos 322, 323 y 324 de aquella, dentro de las cuales se encuentra "... la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito". La pretendida violación de los artículos 158 y 169 de la Constitución Política no tiene tampoco asidero jurídico, pues no puede afirmarse que se introdujo un "mico" de autorizaciones especiales, ya que al facultarse al Gobierno Nacional para expedir un régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, precisamente por ser especial, puede contener normas de tal carácter.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia Expediente No. 2589. Acción: nulidad. Actor: Domingo Banda Torregroza.

El ciudadano y abogado DOMINGO BANDA TORREGROZA, 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 tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del aparte del artículo 2o., que dice: "En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones Constitucionales y legales vigentes" y de

los incisos 1o. a 4o. del artículo 172 del Decreto No. 1421 de 21 de julio de 1993 "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fé de Bogotá", expedido por el Gobierno Nacional.

I.- CAUSA PETENDI

En apoyo de sus pretensiones el demandante adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1o): La expresión demandada del artículo 2o. del Decreto No. 1421 de 1993 viola el artículo 322 inciso 2o. de la Constitución Política, porque desconoce la estricta jerarquía normativa que debe ser aplicada en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, la cual es: a): normas constitucionales especiales para Santa Fe de Bogotá; b): normas constitucionales generales sobre la organización básica de las entidades territoriales y de los municipios; c): normas legales especiales para Santa Fe de Bogotá; y d): normas legales para los municipios.

Lo contraría también porque afirma la aplicación prevalente de las normas legales especiales para Santa Fe de Bogotá D.C., frente a las normas constitucionales generales sobre régimen básico municipal; porque afirma e impone una aplicación subsidiaria de las normas constitucionales generales sobre el régimen básico municipal, en relación con las normas legales especiales para Santa Fe de Bogotá D.C.; y porque afirma implícitamente que una norma legal especial para Santa Fe de Bogotá, D.C. puede desconocer las normas constitucionales generales sobre el régimen básico de los municipios y entidades territoriales.

2o): El artículo 172 del mismo Decreto, viola el inciso 2o. del artículo 322 y el artículo transitorio 41 de la Carta Política, por cuanto todas las disposiciones de aquél (Transporte masivo y demás), constituyen una materia ajena y estraña a la competencia señalada al Ejecutivo en dichas normas Constitucionales, la cual está referida exclusivamente a la expedición de un régimen especial en lo político, fiscal y administrativo, constituído por normas generales con objetivos abstractos.

3o): El artículo 172 en referencia viola el precepto constitucional contenido en el artículo 287, al pretender el Presidente de la República convertirse en administrador de Santa Fe de Bogotá y ordenar la realización de obras y actividades específicas y concretas, usurpando la competencia constitucional(artículo 313 numerales 2o. y 3o. del Consejo Capitalino), vulnerándose así el principio de la autonomía de las entidades territoriales.

4o): El citado artículo 172 en su inciso 1o. viola directamente los numerales 2o. y 3o. del artículo 313 de la Carta Política, al determinar motu propio que Santa Fe de Bogotá D.C. debe ejecutar una obra pública de transporte masivo y al otorgar arbitrariamente facultades especiales e intemporales al Gobierno Distrital para celebrar contratos de concesión en materia de Transporte masivo, siendo ello competencia del Concejo.

5o): El artículo 172 en sus incisos 2o., 3o. y 4o. viola el numeral 3o. del artículo 313 de la constitución Política porque establecen un régimen especial para la celebración de los contratos de concesión y compraventa de inmuebles para el sistema de transporte masivo, y otorgan autorizaciones especiales al Alcalde Mayor para celebrarlos y suscribirlos autónomamente, cuando es competencia del Concejo.

6o): El mismo artículo viola el artículo 150 *ibidem,* ya que usurpa la competencia del Congreso para legislar en materia de contratación para la Administración Pública, al disponer un régimen *ad- hoc* para la celebración de contratos de concesión y compraventa de inmuebles relacionados con la adopción de un sistema de transporte masivo para Santa Fe de Bogotá .

7o). Los artículos 158 y 169 de la Constitución Política también son vulnerados por el referido artículo del Decreto acusado, pues las disposiciones de ésta (ordenación de la obra, régimen contractual de concesión, compraventa de inmuebles, autorizaciones al Alcalde Mayor, exenciones tributarias y fiscales, etc.), son materia diferente y heterogénea a la que corresponde a una norma consagratoria de un régimen especial (Político, fiscal y administrativo) para Santa Fe de Bogotá D.C.; y porque so pretexto del encabezamiento del Decreto demandado, que reza: "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá D.C.", se está constituyendo un auténtico "mico", la introducción de una "micro- ley" de autorizaciones especiales para construir un sistema de transporte masivo.

II.- TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista y alegaciones.

II.1.- La contestación de la demanda

La Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá D.C., a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones del libelo demandatario aduciendo, en esencia, lo siguiente:

A): El fondo del asunto:

1o): En cuanto al cargo que se hace al artículo 2o. acusado cabe precisar que las atribuciones que se incorporan en el artículo 313 de la Constitución Política tienen como objetivo y campo de aplicación las entidades municipales diferentes del distrito Capital, pues para él previó un régimen especial, y es a falta de disposición especial que se aplicaría el régimen contenido en dicho artículo 313.

No existente vulneración normativa superior alguna, ya que precisamente las disposiciones aplicables son las contenidas en el Decreto 1421 de 1993, no pudiéndose afirmar que una norma configura violación a sí misma, máxime cuando se trata de un auténtico Decreto Constitucional. La capital ha sido siempre considerada como Distrito Especial o Distrito Capital, otorgándosele un tratamiento especial que tuvo perfeccionamiento conceptual en el año de 1991.

Dentro de la exposición de motivos del proyecto de Ley No. 3 "Por el cual se adopta el régimen especial del Distrito Capital", se dijo que la Constitución de 1991 consagró la autonomía de las entidades territoriales dentro de la unidad nacional y la descentralización como fundamento de toda la acción del Estado.

2o): En cuanto respecta al artículo 172 acusado se advierte que el ejecutivo como legislador ante las facultades devenidas de la Constitución no quiso con el artículo demandado permitir presupuesto alguno de la contratación. Estableció que el Gobierno Distrital encabezado por el Alcalde Mayor en su calidad de representante legal sería el competente para celebrar los contratos de concesión necesarios para dotar a la ciudad de un sistema de transporte masivo.

El verbo rector "podrá", no implica ni desarrolla autorización alguna, ni evita los requisitos que se deben surtir en materia de contratación.

El artículo demandado es el complemento de otras disposiciones contenidas en el estatuto orgánico, como las que atribuyen al Alcalde Mayor dirigir la acción administrativa y asegura el cumplimiento de las funciones, la prestación de los servicios y la construcción de las obras a cargo del Distrito, constituyendo dicha norma así una aplicación del concepto de servicio público de transporte con la orientación e intervención estatal.

Además las disposiciones allí contenidas armonizan con las leyes 80 y 105 de 1993, las cuales se refieren a la contratación estatal y al Estatuto Nacional del Transporte, respectivamente.

La intervención del Estado no se limita exclusivamente a la acción social directa sino que se extiende a la vida económica. La intervención en materia de servicios públicos (artículo 334 de la Carta), se encuentra desarrollada adecuadamente en el acto demandado, en el que se incorporan las orientaciones de finalidad social que predica el canon 365 de la misma Carta.

El artículo 41 transitorio de la Constitución sólo prevé que si no actúa el congreso, lo hará el ejecutivo, como efectivamente aconteció, siendo las disposiciones atacadas la expresión de la voluntad del constituyente.

B):Excepciones

Plantea las siguientes:

a.- Inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, ya que de accederse a la solicitud de nulidad por inconstitucionalidad, ello conllevaría un fallo inhibitorio.

La declaratoria de nulidad es propia de los actos administrativos, mientras que la inconstitucionalidad responde a una acción de inexequibilidad aplicable para los actos de ley.

Las pretensiones se excluyen entre si, por ser todas principales. pretender que en un proceso de nulidad se efectúen declaraciones *erga omnes*, es intentar llevar a la jurisdicción a una finalidad diferente.

b.- Incompetencia del Consejo de Estado para conocer del presente proceso, pues de conformidad con la naturaleza del acto administrativo demandado, corresponde a la Corte Constitucional juzgar su inexequibilidad.

III-. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Señora procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, se refiere en primer término a las excepciones propuestas, no pronunciándose respecto de la denominada por demandante "inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones" por considerar que no es claro su planteamiento. En cuanto a la competencia del Consejo de Estado para conocer la acción propuesta, señala que basta remitirse a las normas constitucionales para determinar que el ordinal 2o. del artículo 237 atribuye al Consejo de Estado la competencia para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional.

En cuanto al fondo del asunto considera que es procedente la anulación del artículo 172 del decreto acusado, por cuanto en la expedición del régimen especial para Santa Fe de Bogotá tanto el legislador ordinario como el extraordinario, debían sujetarse a los lineamientos constitucionales propios. Así, en cuanto a las atribuciones de los Concejos Municipales el régimen debía ajustarse a lo preceptuado en los ordinales 1o., 2o., y 3o. del artículo 313 de la Carta.

Examinando el estatuto demandado, se aprecia que al fijar las atribuciones del Concejo Distrital en el artículo 12, numerales 1o., 2o. y 11 se siguieron las pautas constitucionales dadas en los ordinales del artículo arriba citado, pero es apartó el Gobierno de dichos lineamientos constitucionales y aun de los legales, al concebir el artículo 172, dentro del título de disposiciones transitorias.

El Gobierno tenía facultad para adoptar el régimen especial (político, económico y fiscal) para el Distrito Capital, de acuerdo con los artículos 322,323,324, 313 y 41 transitorio de la Constitución, pero no tenía facultad de autorizar al Gobierno Distrital para celebrar los contratos de que trata el artículo 172, atribución que corresponde al Concejo Distrital.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Respecto de la excepción de "inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones" propuesta por el apoderado de la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá D.C., la Sala comparte lo expresado por el Agente del Ministerio Público, en cuanto a la falta de claridad de su planteamiento. Sin embargo, tratando de interpretar lo que pretendió afirmar el excepcionante, se tiene que no prospera puesto que éste hace una distinción: que la declaratoria de nulidad se predica de los actos administrativos, mientras que la inconstitucionalidad responde a una acción de inexequibilidad, aplicable para los actos de ley.

Es inadmisible tal distinción ya que la acción de nulidad no sólo puede dar lugar a un juicio de legalidad sino también de constitucionalidad, dado que los actos administrativos pueden violar no solamente la ley sino la Constitución, y para hacer efectivo el control jurisdiccional frente a este última evento la Carta Política lo instituyó en cabeza de la jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 237 numeral 2o. y 238).

En lo que toca con la excepción de falta de competencia, la cual se interpreta como de falta de jurisdicción, también debe ser desechada ya que el Consejo Superior de la Judicatura en providencia de 13 de Octubre de 1994 dirigió el conflicto de jurisdicción surgido entre la corte Constitucional y esta Corporación, decla-

rado que la competencia para conocer de las demandas presentadas contra el Decreto 1421 de 1993, corresponde al Consejo de Estado.

Procede entonces la sala a estudiar el fondo del asunto:

La demanda pretende la nulidad del artículo 2o. del Decreto No. 1421 de 1993, por considerar que viola el inciso 2o. del artículo 322 de la Carta Política. Uno y otro rezan, respectivamente:

Artículo 2o. del Decreto 1421 de 1993:

"Régimen aplicable. El Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él establece expresamente la Constitución, el presente estatuto y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. **En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes"** (se subraya el aparte demandado).

Inciso 2o. del artículo 322 de la Constitución Política:

"...

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios ..."

Comparando el contenido de las dos normas, se tiene que tanto en la una como en la otra se alude, en primer lugar, a que las normas aplicables al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá serán las que expresamente señale la Constitución para el mismo, esto es, las contenidas en el titulo XI, Capítulo 4, artículos 322 a 327, que tratan de su régimen especial. Así mismo ambos preceptos se refieren en segundo lugar a las leyes especiales que se dicten para el distrito Capital en cuestión, pues al hablarse en el artículo 2o. del Decreto 1421 de 1993 del "presente estatuto" es evidente que éste corresponde a las "leyes especiales que para el mismo de dicten" de que trata el artículo 322 de la Carta. por último, ambas normas se remiten, en ausencia de disposiciones especiales constitucionales o legales para la ciudad de Santa Fe de Bogotá, a las disposiciones vigentes para los municipios, sean estas constitucionales o legales.

Lo anterior deja sin sustento el cargo aducido, ya que es la misma Constitución la que le otorga prevalencia a las normas especiales que se dicten para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá , sobre las normas aplicables a los municipios, se repite, sean constitucionales o legales.

De igual manera se pretende la nulidad del artículo 172, en sus incisos 1o. a 4o. del Decreto 1421 de 1993, por violación de las siguientes normas constitucionales: el inciso 2o. del artículo 322, el artículo transitorio 41., el artículo 287, el artículo 313, numerales 2o., 3o. y 4o., y los artículos 150, 158 y 169.

El texto del artículo 172 acusado es el siguiente:

"Transporte masivo. el Gobierno Distrital podrá celebrar el contrato o los contratos de concesión necesario para dotar a la ciudad de un eficiente sistema de transporte masivo o de programas que conformen e integren dicho sistema.

En virtud de dichos contratos el concesionario se obliga, por su cuenta y riesgo, a diseñar, construir, conservar y administrar por un plazo no mayor de treinta años el sistema o programa a que se refiere el inciso anterior, a cambio de las tarifas que perciba de los usuarios del servicio y de las demás compensaciones económicas que se convengan a favor o " a cargo del distrito, según el caso, y si a ello hubiera lugar.

El Gobierno Distrital reglamentará la selección del concesionario o concesionarios y la tramitación y perfeccionamiento del contrato o contratos correspondientes. El procedimiento que se adopte debe garantizar igualdad de condiciones y oportunidades a los participantes e imparcialidad y transparencia en la selección del contratista. El contrato o contratos que se celebren no se someterán a requisitos distintos de los previstos en este artículo y las normas que lo desarrollen.

La adquisición de los predios que se requieran para la construcción y operación del sistema o programa que se contrate estará a cargo del concesionario. La administración podrá adquirirlos con cargo a los recursos del contratista y mediante el empleo de las prerrogativas que la ley concede a las entidades públicas...".

Frente a la violación de los artículos 322 inciso 2o. y transitorio 41 de la Carta Política por otra parte de la norma demandada, se tiene que, el primero, se refiere al régimen político, fiscal y administrativo al que se encuentra sometido el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, y, el segundo, a la autorización dada al Gobierno Nacional para que en caso de que el Congreso no expidiera la ley a que se refieren los artículos 322 a 324 *ibídem*, lo hiciera aquél, como efectivamente aconteció.

El inciso 4o. del artículo 322 preceptúa:

" A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito;...".

Por su parte, el artículo 163 del Decreto 1421 de 1993 establece:

" Competencia. Para garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad, los servicios públicos se prestarán de acuerdo con lo dispuesto en este estatuto y demás normas aplicables...".

En el artículo 322 de la C.P/91 se señala la obligación de garantizar la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito, y en la norma del acto acusado se dice que dichos servicios se prestarán de acuerdo con lo dispuesto en ese estatuto y demás normas aplicables.

En consecuencia, como se expuso al analizar el primer cargo, la Constitución en el inciso 2o. del artículo 322 se remite, en primer término, a las disposiciones constitucionales, o sea, en este caso, a los artículos 322 a 324 de la misma, y como ya se vió el inciso 4o. del precitado artículo 322 impone a las autoridades distritales garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito. En segundo lugar, siguiendo la jerarquía normativa que impone claramente el inciso 2o. del artículo 322, al Distrito Capital le son aplicables las leyes especiales que para el mismo se dicten, que en el presente caso lo es el Decreto 1421 de 1993, expedido como estatuto contentivo del régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, por mandato expreso del artículo transitorio 41 de la constitución.

En el citado Decreto el artículo 163 prevé que la prestación de los servicios públicos está sujeta a las regulaciones en él contenidas, como la consagrada en materia del servicio de transporte masivo en el artículo 172 acusado.

Lo anterior pone en evidencia que este precepto no contradice, sino que, por el contrario, armoniza con los artículos 322 inciso 2o. y transitorio 41 invocados como transgredidos.

Por las mismas razones expuestas tampoco prospera el tercer cargo, consiste en la violación por parte del citado artículo 172 al canon constitucional al art. 287 señalada que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, pues dicha norma se encuentra dentro del Titulo XI, Capítulo 1o. contentivo de las disposiciones generales, las cuales serán aplicables a falta de disposición constitucional o legal especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, lo que no incurre en el presen-

te caso, toda vez que en el Decreto 1421 de 1993, como ya se dijo, es el régimen especial.

Respecto a la violación del artículo 313 de la Constitución, numerales 2o., 3o. y 4o., se tiene que en estos se señalan las funciones de los Concejos Municipales, las cuales también serán aplicables en cuanto no exista disposición constitucional o legal especial para el Distrito Capital, tantas veces mencionado.

Además, como se advirtió en este proceso en providencia de 20 de Septiembre de 1993, por medio de la cual se denegó la suspensión provisional de las normas demandadas, en relación con el cargo en estudio, al disponer el artículo 172 del Decreto 1421 de 1993 que al Gobierno Distrital podrá celebrar contratos de concesión en orden a adoptar un sistema de transporte masivo para Bogotá, no está expresando en manera alguna que para dicha celebración, el Alcalde Mayor del Distrito Capital, que es su representante legal, según el artículo 35 ibídem, deba sustraerse al cumplimiento de las previsiones constitucionales y legales especiales que para tal efecto existan, como serían, por ejemplo, las previstas en los numerales 14, 17, 18 y 23 del artículo 12 del mencionado Decreto 1421, en concordancia con los artículos 7o. del mismo y 300 numeral 9o. de la Carta Política.

Tampoco prospera el cargo de violación del artículo 150 de la Carta, toda vez que el artículo transitorio 41 de la Carta otorgó facultades al Gobierno para expedir por Decreto el régimen especial a que se refieren las materias contenidas en los artículos 322, 323 y 324 de aquella, dentro de las cuales se encuentra " La eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito ".

Por último, la pretendida violación de los artículos 158 y 169 de la Constitución Política no tiene tampoco asidero jurídico, pues no puede afirmarse que se introdujo un " mico " de autorizaciones especiales, ya que al facultarse al Gobierno Nacional para expedir un régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, precisamente por ser especial, puede contener normas de tal carácter.

En conclusión, los artículos acusados del Decreto No. 1421 de 1993 no quebrantan los preceptos constitucionales invocados por el actor, razón por la cual habrán de desestimarse las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

1o) Denieganse las pretensiones de la demanda.

2o) Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 2 de Febrero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO DE TRAMITE. SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE. LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO

El oficio en cuestión comunica a la empresa Cootransmotilones Ltda. los trámites hasta la fecha realizados, esto es, el no haber encontrado prosperidad las oposiciones presentadas y la determinación de las rutas y horarios disponibles, así como su obligación de reunir dentro de los seis meses siguientes los requisitos establecidos para obtener la licencia de funcionamiento respectiva, lo cual significa que no está poniendo término a la actuación administrativa, pues sólo en tanto cumpla con los requisitos aludidos le expedirá la mencionada licencia de funcionamiento, la cual, no cabe duda, sí pone fín a dicha actuación.

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE - Interventoría. **INTRA** - Funciones

Como bien lo afirma el apoderado de Cootransmotilones, las funciones del expresado Instituto previstas en los numerales 1o. y 2o. del artículo 2o. del Decreto Ley 770 de 1968 de ejecutar la política del Estado en materia de transporte terrestre y de efectuar estudios técnicos para orientar la racional utilización de los equipos, así como la de establecer las condiciones de la oferta y de la demanda en las diferentes modalidades de transporte terrestre, sirven también como fundamento para la asesoría e interventoría que censura la actora. Igual sustento se deriva del artículo 6o. numeral 7o. del Decreto No. 1014 del 1992, en cuanto le asignó el Intra las funciones de recomendar, previos los estudios correspondientes, las políticas que deben adoptarse en el país acerca del transporte masivo de pasajeros y de prestar asesoría a las entidades y ciudades del país que así lo requieran, con miras a solucionar el problema de transporte masivo en forma técnica, eficaz y económica.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera
Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia Expediente No. 2749. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Actor: EXTRA RAPIDO LOS MOTILONES S.A.

La sociedad EXTRA RAPIDO LOS MOTILONES S.A. A través de apoderado en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., ocurrió ante esta Corporación a presentar demanda tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

I. PETITUM

1a): Que es nula la resolución No. 4078 del 1o. de Septiembre de 1993, expedido por la directora liquidadora del Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Intra, por medio de la cual se autoriza a la Cooperativa de Transportadores Motilones Ltda. La licencia de Funcionamiento, rutas y horarios, se le fija la capacidad transportadora y se niegan unas oposiciones.

2a): Que es nula la resolución No. 05828 de 25 de noviembre de 1993, también expedida por la Directora, liquidadora del Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Intra, por medio de la cual resuelve el recurso de reposición interpuesto por la demandante contra la resolución arriba mencionada, confirmándola.

3a): Que es nulo el oficio No. DER - 0 - 407 de 24 de agosto de 1993, expedido por la subdirección de transporte intermunicipal del Intra, por medio del cual se le comunica a Cootransmotilones Ltda. la no prosperidad de la oposiciones presentadas, las rutas y horarios disponibles para que preste el servicio de transporte, así como su obligación de reunir dentro de los seis meses siguientes los requisitos establecidos para obtener la licencia de funcionamiento respectiva.

4a): Que es nulo el oficio No. DER -0- 488 de 2 de noviembre de 1993, por medio del cual la subdirección de Transporte Intermunicipal resuelve no avocar el conocimiento del recurso de reposición interpuesto contra el oficio No. DER - 0-407 DE 24 de agosto de 1993, por considerarlo improcedente.

5a): Que como consecuencia de las nulidades anteriores se declara sin ningún efecto jurídico la Resolución No. 2355 de 13 de mayo de 1993, por la cual se or-

denó la publicación de la licencia de funcionamiento presentada por la hipotética Cooperativa de Transportadores Motilones "COOTRANSMOTILONES".

II - CAUSA PETENDI

En apoyo de sus pretensiones la parte actora adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

Primer Cargo: Violación del artículo 6o. de la Carta Política por extralimitación de funciones, todo vez que al intra no le es permitido ejercer la interventoria para realizar estudios de oferta y demanda a las cooperativas que intenten obtener su licencia de funcionamiento como sociedades cooperativas de transporte, como lo realizó en el presente caso un funcionario de la entidad.

Por mandato del literal j) del artículo 3o. del Decreto No. 1927 de 1991, el Intra tiene la facultad de asesorar a las empresas de transporte público terrestre automotor de pasajeros y mixto por carretera, pero no para constituírlas y respaldarlas con sus estudios, bajo su interventoría.

Ni el Decreto No. 770 de 1968 que creó el Intra, ni el Decreto No. 1014 de 1992 que adoptó los estatutos internos del mismo, establecen la función de asesorar o ejercer la interventoría en las cooperativas que provistas de personería jurídica soliciten su licencia de funcionamiento.

El Intra al ejercer una interventoría ilegal, con dineros de su presupuesto y comisión de uno de sus funcionarios con el fin de realizar estudios de transporte en favor de la cooperativa de Transportadores Motilones, violó el artículo 6o. de la Carta Política y los Decretos Nos. 1927 de 1991, 770 de 1968 y 1014 de 1992.

Segundo Cargo: Violación del artículo 13 de la Constitución Política, ya que los artículos 26 a 28 del Capítulo III del Decreto No. 1927 de 1991 disponen que todas las cooperativas que deseen obtener su licencia de funcionamiento ante el Intra, deben adelantar su licencia de funcionamiento ante el Intra, deben adelantar los estudios a que se refieren dichas disposiciones para que la entidad entre a determinar si existe la disponibilidad de las rutas y horarios y si cumple con los demás requisitos, y así en su oportunidad otorgarle la licencia de funcionamiento. Este procedimiento corre por cuenta y riesgo del peticionario, siendo el Intra juez y árbitro, dado que en el transporte terrestre automotor existen otras empresas que operan en rutas similares, las cuales mediante la figura de la oposición y los posteriores recursos de ley, pueden defender y hacer valer sus derechos.

Al Estado intervenir, como en el presente caso, nombrando un funcionario de oficio para que asesore a la Cooperativa Cootransmotilones en la obtención de su licencia de funcionamiento mediante los estudios de transporte y posteriormente elabore el estudio No. 138 de 1993 que declara la disponibilidad de las rutas y horarios solicitados y niegue las oposiciones presentadas por las demás empresas ya existentes y afectadas y en un acto insólito proyecte además la Resolución No. 4078 de 10. de septiembre de 1993 acusada, evidencia, discriminación contra la entidad demandante, que no obtuvo del Intra ni los mismos derechos ni la oportunidad para defender sus oposiciones.

El Consejo de Estado en sentencia de fecha Mayo de 1973 (que aparece publicada en el Código Contencioso Administrativo de Mario Madrid Melo, Ediciones Legis 1985, página 71), señala que las autoridades no pueden convertirse en coadyuvantes de las peticiones de los particulares, como los particulares, como es el caso del Intra, quien se parcializó en favor de Cootransmotilones.

Tercer Cargo: Se desconoció el debido proceso contenido en el artículo 29 de la Carta política, pues el Intra introdujo un procedimiento ajeno a los artículos 25 a 27 del Decreto No. 1927 de 1991, los cuales reglamentan el otorgamiento de la licencia de funcionamiento a las Cooperativas constituídas como tales ante el Dancoop: la interventoría y la asesoría.

Dentro del procedimiento para otorgar la licencia de funcionamiento a las Cooperativas, el Intra no está facultado para colaborarle a los interesados con su intervención y asesoría, por lo cual los datos sobre oferta y demanda de transporte presentados por Cootransmotilones deben ser declarados nulos.

Con la expedición de la Resolución No. 4078 del 10. de septiembre de 1993, el Intra le concede a Cootransmotilones la licencia de funcionamiento con duración indefinida, sin que se certifique y compruebe que ésta presentó y cumplió con los 11 requisitos señalados para la obtención de dicha licencia.

La asociación Asotrans envió una comunicación al Intra para que suspendiera el tramite encaminado a la obtención de la licencia de funcionamiento por parte de cootransmotilones por cursar una investigación de caracter penal en contra de ésta por supuesta falsedad en la ducumentación aportada, específicamente respecto del balance, el cual es uno de los requisitos *"sine qua non"* para la obtención de dicha licencia, debiendo el Intra haberse abstenido del correspondiente trámite y definición.

Cuarto Cargo: Violación al principio de imparcialidad contenido en el artículo 3o. del Decreto Ley 01 de 1984, ya que la interventoría y asesoría ejercida por

el Intra sobre Cootransmotilones para favorecer el otorgamiento de su licencia de funcionamiento, valen contra de lo señalado en los Decretos Nros. 770 de 1968, 1014 de 1992 y 1927 de 1991, con clara violación del citado artículo 3o., pues con ello efectuó una discriminación en favor de aquélla y en contra de los opositores.

Quinto Cargo: Incompetencia de la subdirección de Transporte intermunicipal para decidir en materia del trámite de la licencia y de las oposiciones, Dicha Subdirección expidió dos ooficios: el DER - 0 - 407 de 24 de agosto de 1993 y el DER - 0 - 488 del 2 de noviembre de 1993, comunicado mediante el primero de ellos a cootransmotilones que las oposiciones presentadas, entre otras por la demandante, no prosperaron, y que se declaró la disponibilidad de rutas y horarios a su favor, contando con seis meses para acreditar los requisitos del artículo 17 del Decreto 1927 de 1991, a fin de otorgarle la licencia de funcionamiento.

Al revisar las funciones de la expresada Subdirección contenidas en el Decreto No. 2058 de 1988, artículo 15, se observa que en ninguna de ellas se le otorga facultad para decidir sobre el trámite de la licencia de funcionamiento de las cooperativas ni sobre las oposiciones de las empresas ya constituídas contra las pretensiones de las cooperativas en la consecución de dicha licencia. Sus funciones se encaminan a dirigir, evaluar, recomendar o presentar documentos ante la Dirección General y la única autorización es para la vinculación de equipos a las empresas de transporte y velar porque su capacidad transportadora no sufra alteración, como lo establece el literal q) del mencionado artículo 15.

En este orden de ideas, el representante legal del Intra es su Director General (artículo 25 del Decreto No. 1814 de 1992), lo que significa que es éste el competente para decidir las oposiciones que presenten las empresas ya constituídas sobre las disponibilidades de rutas, horarios y trámites en la obtención de la licencia de funcionamiento. En consecuencia, la Subdirección de Transporte Intermunicipal es incompetente en razón de la materia para pronunciarse sobre las decisiones de los interesados en obtener la licencia de funcionamiento para una cooperativa de transporte.

Conviene destacar que el hecho de resolver la petición a la actora, al comunicar a cootransmotilones que la oposición de aquélla no prosperó, es resolver de manera indirecta un derecho de petición, lo cual configura que el oficio No. DER - 0 - 407 del 24 de agosto de 1993 de la Subdirección de transporte intermunicipal, no es de trámite, sino que contiene una decisión definitiva.

Sexto Cargo: Violación al artículo 5o., numeral 3o., literal b) del Decreto No. 1927 de 1991, que establece la obligación de presentar la determinación y

cuantificación de la demanda y oferta que se pretende servir, lo cual implica que en los estudios de transporte y naturalmente en la petición se solicite las clase de vehículo con la cual se pretende prestar el servicio de transpote.

En la solicitud de Cootransmotilones Ltda., ésta en ninguna parte confirma o sostiene la encuesta a los potenciales usuarios, que permite establecer el grado de preferencia por la clase de vehículos microbuses.

Septimo Cargo: Violación del literal d) del numeral 3o. del artículo 5o. del Decreto No. 1927 de 1991, pues Cootransmotilones Ltda. en su radicado No. 10173 de 30 de Abril de 1993, donde solocita la licencia de funcionamiento, no presentó uno de los requisitos importantes para el trámite inicial de la misma, como es la evaluación económica del proyecto.

Al resolver el recurso de reposición interpuesto por la demandante contra la resolución No. 4078 de 1o. de Septiembre de 1993, el Intra sostiene que no comparte el fundamento expuesto por el recurrente, porque aún no se ha reglamentado la evaluación económica del proyecto y se observa que Cootransmotilones si lo relacionó. Existen inconsistencias que dejan traslucir que evidentemente la evaluación económica del proyecto no se presentó, omisión que acarrea la violación del literal d) del numeral 3o. del artículo 5o. del Decreto No. 1927 de 1991.

III -. TRAMITE DE LA ACCION

Se le imprimió el tramite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

III. 1 -. Contestación de la demanda:

III.1.1 -. La Nación - Ministerio de Transporte -,para oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo, en esencia, lo siguiente (folios 249 a 251 cuaderno 1):

En la expedición de todos los actos administrativos inpugnados se siguió el procedimiento establecido en el Estatuto de Transporte Público de Pasajeros por carretera, contenido en el Decreto No. 1927 de 1991, el cual en el artículo 28 numeral 3o., dispone que una vez analizadas las oposiciones de las empresas ya contituídas y que se decida su adjudicación a la nueva cooperativa, se comunicará por escrito a su representante legal sobre la disponibilidad y condiciones encontradas, situación que se cumplió a cabalidad por el extinto Intra al expedir los oficios que se están demandando. La norma precitada indica que éstos son actos de trámi-

te contra los cuales no proceden los recursos de la vía gubernativa, de conformidad con el artículo 49 del C.C.A. En consecuencia, no es acertada la apreciación de la demantante en el sentido de que la Subdirección de Transporte Intermunicipal era incompetente para expedir el oficio DER - 0 - 407 de 24 de Agosto de 1993, pues sí lo era, ya se trataba de un acto de impulso o de trámite.

La Cooperativa de Transportadores Motilones Ltda. allegó todos los requisitos exigidos en el artículo 17 del Decreto No. 1927 de 1991, los cuales fueron radicados ante la Dirección General del Intra bajo el No. 1982 de 25 de Agosto de 1993, de conformidad con lo consignado en el estudio No. 138 de 1993, elaborado por la División de Empresas y Rutas del liquidado Intra.

No se violó el debido proceso ni hubo extralimitación de funciones al proferirse los actos acusados, porque es claro que el funcionaro comisionado por el Intra no lo fue para elaborar un estudio técnico a la Cooperativa, sino que se desplazó con el fin de adelantar investigaciones y buscar correctivos a las quejas presentadas por la empresa Extra Rápido Los Motilones Ltda.

La Administración para otorgar licencia de funcionamiento a Cootransmotilones Ltda., tuvo en cuenta el estudio técnico No. 138 realizado por la División de Empresas y Rutas, el cual recomendó acceder a las peticiones de dicha sociedad.

Así mismo, al desatar los recursos de reposición interpuestos por la demandante y otras empresas contra la resolución No. 04078 de 1o. de Septiembre de 1993, por medio de la cual se otorgó la licencia de funcionamiento a Cootransmotilones Ltda., el Intra tuvo en cuenta los conceptos técnicos emitidos por la División de Empresas y Rutas mediante memorandos Nos. DER - M - 676 y DER-M -692 de 12 y 18 de noviembre de 1993, respectivamente, donde se encuentra plasmado el análisis a los fundamentos de carácter técnico presentados por los impugnantes, los cuales no prosperaron.

III.1.2. -. La sociedad Cooperativa de transportadores Ltda. Cootransmotilones, en su calidad de tercero directamente afectado con las resultas del proceso, a través de apoderado contestó la demanda, argumentando en síntesis lo siguiente (folios 253 a 260):

a. - El Intra no se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, pues podía intervenir en la actividad transpotadora haciendo estudios de oferta y demanda, bien de oficio o a solicitud de parte, como en el caso de Cootransmotilones Ltda. El anterior no es el único evento en que el Intra podía servir como interventor, toda vez que la Ley 15 de 1959, vigente para la época de expedición de las resoluciones

acusadas, le habían asignado una función genérica de intervención en la industria transpotadora, de conformidad con el artículo 1o. literal a), el cual establece dentro de los objetivos de intervención, "Organizar y patrocinar empresas públicas, privadas o mixtas de carácter distrital, municipal, departamental o nacional..."

El Decreto Ley No. 770 de 24 de Mayo de 1968 en los numerales 1o. y 2o. del artículo 2o. establece como función del Intra la ejecución de la política en materia de transporte terrestre y la función de efectuar estudios técnicos y económicos para orientar la racional utilización de equipos y establecer las condiciones de oferta y demanda del transporte terrestre, razón por la cual en el presente caso obró no solamente ajustado a la ley sino que cumplió cabalmente con su mandato al realizar los estudios de oferta y demanda y verificar los que la empresa en constitución estaba realizando.

b). - Frente a la violación del principio de igualdad, se tiene que al comisionar a uno de sus funcionarios el Intra lo hizo para asesorar en materia de transporte a Cootransmotilones Ltda lo que no es ilegal. Dicha empresa para la fecha de asesoría, contaba con personería jurídica y reconocimiento del Dancoop. Al respecto, la Ley 79 de 1988, determinan que no se exigirá autorización previa del Intra. Además, la norma en comento señala como obligación del Gobierno estimular la constitución de cooperativas que tengan por objeto el servicio público de tranporte automotor, lo que refuerza la legitimidad de la actuación del Intra al enviar un funcionario con fines de asesoría e intervención de los estudios de oferta y demanda. No existe la denominada coadyuvancia del funcionario en la petición, pues éste no suscribe, ni firma, ni avala la solicitud de la empresa.

c.- No se violó el debido proceso, todo vez que se cumplieron a cabalidad las formalidades procedimentales establecidas en el capitulo III del Decreto No. 1927 de 1991, tales como la publicación y la posibilidad de oposiciones y recursos, los que efectivamente se presentaron, ejerciendo de esta forma las empresas los derechos que la norma establece hasta el agotamiento de la vía gubernativa.

La intervención de Asotrans para la suspensión del trámite de la licencia de cootransmotilones Ltda., es una intromisión indebida en el procedimiento administrativo, al no ser parte en la actuación administrativa puesto que no es empresa de transporte y en consecuencia no tenía rutas y horarios similares: al no tener por objeto social el defender situaciones particulares sino intereses generales del conglomerado del transporte; y al pretender dilitar la actuación mediante una simple e infundada denuncia, lo que no se compadece con el principio de celeridad de las actuaciones administrativas, aplicado efectivamente por el Intra.

d. - Tampoco se desconocio el principio de imparcialidad, pues las objeciones presentadas fueron estudiadas y resueltas en debida forma. La asesoría e interventoría se hizo a solicitud de parte interesada, siendo ésta una actuación legítima del Intra. si el Intra no asesoró o intervino a las empresas opositoras fue porque éstas no lo solicitaron en su oportunidad.

e. - No puede hablarse de incompetencia de la Subdirección de Transporte Intermunicipal para decidir el trámite de licencia y oposiciones, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1927 de 1991, el único acto definitivo que existe es la Resolución que autoriza la licencia de funcionamiento, siendo los demás actos de trámite y comunicación.

f. - Existe error en el demandante al concebir como actos administrativos definitivos los oficios nos. DER - 0 - 407 de 24 de Agosto de 1993 y DER - 0 - 488 de 2 de Noviembre de 1993, pues son actos de comunicación y no comportan formalidad especifica que impidan que sea el Subdirector en cuestión el que realice esta simple tramitación. Es de aclarar que en esta comunicación no se está autorizando a la empresa, ni se le está otorgando o concediendo licencia, ni se le está resolviendo de Fondo su petición; simplemente se le comunica la viabilidad de su solicitud y el deber de completar unos requisitos para completar su trámite de licencia de funcionamiento.

g. - La violación del artículo 5o., numeral 3o., literales b) y d) del Decreto 1927 de 1991 no corresponde a la realidad, pues la empresa Cootransmotilones Ltda. sí presentó un estudio, cumpliendo con los requisitos a plenitud y encuestado a los pasajeros,resultados que se encuentran para todas las rutas solicitadas en el capítulo "Análisis de disponibilidad" La evaluación económica del proyecto se encuentra en el expediente, sin que, según la norma, deba revestir formalidad o metodología alguna que permita deducir que la presentada no cumple con los requisitos.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo, se muestra partidaria que se denieguen las súplicas de la demanda, debido a que Cootransmotilones Ltda. con personería jurídica reconocida por el Dancoop, solicitó al Intra licencia de funcionamiento, solicitud que fue publicada para que se presentaran las oposiciones a que hubiere lugar. Habiéndose hecho éstas por la demandante, Copetran, Cotranal Ltda, Cotaxi Ltda. y Cotragua Ltda fueron resueltas favorables a través de la resolución No. 4078 de 1o. de Noviembre de 1993, la que además autorizó la li-

cencia de funcionamiento a Cootransmotilones Ltda. Los recursos interpuestos contra la anterior Resolución,fueron resueltos desfavorablemente.

Los oficios demandados son comunicaciones de trámite, siendo la finalidad, del primero, informar sobre el contenido de una providencia que ponía fin a una situación jurídica, y, la del segundo, informar sobre la improcedencia del recurso interpuesto.

Eran funciones del Director del Intra, además de llevar su representación legal, otorgar, negar, renovar o cancelar las licencias de funcionamiento a las empresas de transporte terrestre automotor y efectuar el estudio de rutas y horarios mediante resoluciones, al tenor de los artículos 25, numerales 16 y 17 y 28 del Decreto No. 1014 de 1992.

El Decreto No. 1927 de 1991 le permite al Intra asesorar a las empresas de transporte público, en cuanto a su organización, funcionamiento y operación, para cumplir con el objetivo de racionalizar y regular dicho servicio. Además, según el artículo 75 de la Ley 79 de 1988, las cooperativas de transporte no requieren de autorización previa para su constitución. Para obtener la licencia de funcionamiento deben anexar los documentos indicados en el artículo 28 del Decreto No. 1927 de 1991, para que una vez recibidos, el Intra mediante resolución otorgue o niegue la licencia.

En relación con las investigaciones penales y administrativas que según el actor pesan sobre Cootransmotilones Ltda., cabe observar que solo tendrán efectos jurídicos cuando se profieran los respectivos fallos.

En cuanto a la competencia del funcionario para expedir la licencia de funcionamiento, es indiscutible que el INTRA era la entidad facultada (Decreto No. 1344 de 1970 Capítulo II; Ley 53 artículo 2o. y 4o.; y Decreto 1014 de 1992).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término la sala se pronunciará respecto de la pretensión de la nulidad de los oficios nos.DER - 0 - 407 y DER - 0 - 488 de 24 de Agosto y de 2 de Noviembre de 1993, respectivamente, por medio de los cuales se dispuso: en el primero, se comunica a la Cooperativa de transportadores Motilones Ltda. Cootransmotilones la no prosperidad de las oposiciones presentadas, las rutas y horarios disponibles, así como su obligación de reunir dentro de los seis meses siguientes loos requisitos establecidos para poder obtener la licencia de funcionamiento respectiva que le permita en las rutas y horarios disponibles prestar el servicio con

la capacidad transportadora reservada; y, en el segundo, se resuelve no avocar el conocimiento del recurso de reposición interpuesto contra el primero de los citados, por considerarlo improcedente, al ser el oficio No. DER - 0- 407 un acto de trámite.

El Decreto No. 1927 de 1991 en su artículo 27 dispone:

"Las cooperativas no podrán prestar el servicio de transporte terrestre automotor de pasajeros o mixto por carretera, hasta tanto no obtengan licencia de funcionamiento y les sean adjudicadas rutas y horarios o áreas de operación por el Instituto Nacional de Transporte y tránsito"(negrillas fuera del texto).

De la norma arriba transcrita se desprende que para poder ser prestado el servicio de transporte terrestre automotora de pasajeros o mixto por carretera, es necesario: obtener licencia de funcionamiento y tener adjudicadas rutas y horarios.

A su vez el artículo 28 *ibídem* prescribe:

'Para la obtención de la licencia de funcionamiento de las cooperativas se procederá en la siguiente forma: 1...

2. Se seguirá el *trámite* establecido en los artículos 6o., 7o., 8o., 9o. y 10o. de este decreto (subrayas fuera del texto).

3. Una vez analizadas las oposiciones de las empresas ya constituidas y decididas su adjudicación a la nueva cooperativa, se comunicará por escrito a su representante legal. Sobre la disponibilidad y condiciones encontradas, para que dentro de los seis (6) meses improrrogables siguientes, reuna los requisitos establecidos en el artículo 17 del presente decreto para la obtención de la licencia de funcionamiento.

4. Acreditados los requisitos para la obtención de la licencia de funcionamiento, la dependencia competente del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito procederá a expedirla mediante resolución motivada adjudicando las rutas y horarios y/o áreas de operación y fijando la capacidad transportadora correspondiente.

Por su parte el artículo 10o. *ibídem* a que alude el numeral 2o. de la norma anteriormente transcrita, señala:

"... si la oposición fundamentada jurídicamente no prospera, el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito determinará mediante estudio dentro de los tres (3) meses siguientes, la disponibilidad de las rutas y horarios y/o áreas de

operación que pretende servir la empresa a constituirse en la clase de vehículo y nivel de servicio solicitado...".

Es evidente, tal y como lo sostuvo la entidad demandada, que el oficio No. DER-0-407 de 24 de Agosto de 1993 es simplemente un acto administrativo de trámite, contra el cual al tenor del artículo 49 del C.C.A. no procede recurso alguno por la vía gubernativa.

En efecto, el Oficio en cuestión comunica a la empresa Cootransmotilones Ltda. los trámites hasta la fecha realizados, esto es, el no haber encontrado prosperidad las oposiciones presentadas y la determinación de las rutas y horarios disponibles, así como su obligación de reunir dentro de los seis meses siguientes los requisitos establecidos para obtener la licencia de funcionamiento respectiva, lo cual significa que no está poniendo término a la actuación administrativa, pues sólo en tanto cumpla con los requisitos aludidos le expedirá la mencionada licencia de funcionamiento, la cual, no cabe duda, sí pone fin a dicha actuación.

Igual calificación cabe hacer respecto de la naturaleza jurídica del oficio No. DER-0-488 de 2 de Noviembre de 1993, dado que éste no avocó el conocimiento del recurso de reposición contra el oficio No. DER-0-407 antes citado, por considerarlo improcedente, al ser éste un acto de trámite.

Lo anterior lleva a la sala a inhibirse de hacer un pronunciamiento de fondo en lo que a los oficios nos. DER-047 y DER-0488 de 24 Agosto y 2 de noviembre de 1993, respectivamente, se refiere, toda vez que del artículo 135 del C.C.A. se desprende que los actos administrativos de trámite, esto es, los que no ponen fin a la actuación administrativa, como es el caso de los citados Oficios, no son susceptibles de enjuiciamiento ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Resta entonces un pronunciamiento de fondo sobre las Resoluciones nos. 4078 de 1o. de Septiembre de 1993 y 5828 de 25 de Noviembre del mismo año.

No le asiste razón a la demandante cuando afirma que el Intra se extralimitó en el ejercicio de sus funciones al asesorar o ejercer interventoría en la empresa Cootransmotilones Ltda., pues en virtud de la Ley 15 de 1959 se autorizó al Estado para intervenir en la industria del transporte, y esta función para la fecha de los actos acusados estaba a cargo del INTRA.

De otra parte, coomo bien lo afirma el apoderado de Cootransmotilones, las funciones del expresado Instituto previstas en los numerales 1o. y 2o. del artículo

2o. del Decreto Ley 770 de 1968 de ejecutar la política del Estado en materia de transporte terrestre y de efectuar estudios técnicos para orientar la racional utilización de los equipos, así como la de establecer las condiciones de la oferta y de la demanda en las diferentes modalidades de transporte terrestre, sirven también de fundamento para la asesoría e interventoría que censura la actora.

Igual sustento se deriva del artículo 6o. numeral 7o. del Decreto No. 1014 de 1992 en cuanto le asignó el Intra las funciones de recomendar, previos los estudios correspondientes, las políticas que deben adoptarse en el país acerca del transporte masivo de pasajeros y de prestar asesoría a las entidades y ciudades del país que así lo requieran, con miras a solucionar el problema de transporte masivo en forma técnica, eficaz y económica.

De igual manera tampoco encuentra respaldo la afirmación de la accionante en el sentido de que el Intra desconoció el principio de igualdad, al haber decidido de oficio nombrar un funcionrio para que asesorara a Cootransmotilones Ltda. para la obtención de su licencia de funcionamiento. Muy por el contrario, se tiene que la demandante no prueba en manera alguna su dicho, ni logra desvirtuar lo expuesto en la Resolución No. 5828 de 25 de Noviembre de 1993, la cual a su vez se remite al memorando No. DER-M-676 de 12 de Noviembre de 1993, por medo del cual se expidió el concepto técnico solicitado en relación con los recursos interpuestos contra la Resolución No. 2355 de 13 de mayo de 1993. Al respecto en dicho memorando, de la Jefe de División Empresas y Rutas del Intra, se consignó:

> "...Dado el conflito creado a raíz de la reiterada cancelación de la licencia del funcionamiento en varias ocaciones a la empresa EXTRA RAPIDO LOS MOTILONES S.A., mediante resoluciones números 148 del 5 de abril de 1993, 0685 del 13 de octubre de 1992 y resolución 0824 del 29 de noviembre de 1991, y a solicitud de Cootransmotilones Ltda. la Dirección General del Intra dentro de sus facultades comisionó a un funcionario de esta división, pero no para la elaboración de estudios técnicos a esta empresa como lo manifiesta el recurrente, sino con el fin de buscar algunos correctivos a una serie de quejas formuladas por parte de la empresa Extra Rápido los Motilones Ltda. y asociados a la Cooperativa de Transportadores Motilones Ltda" (negrilla fuera de texto) (folio 81 anexo 3).

En lo tocante a la violación del debido proceso, en el expediente administrativo se encuentra probado que cootransmotilones Ltda. siguió el Trámite establecido en el artículo 28 del Decreto 1927 de 1991, esto es, el de Solicitar la licencia de funcionamiento; anexar el certificado de existencia y representación legal expedido

por el Dancoop; acreditar la personería jurídica, la cual le fue concedida mediante resolución No. 0073 de 1o. de Enero de 1992; anexar póliza de garantía; y presentar estudios de factibilidad,lo cual hizo respecto de las rutas pamplona Bucaramanga y viceversa, Bucaramanga-Cúcuta y viceversa, Bucaramanga Barrancabermeja y viceversa, Bucaramanga - Aguachica y viceversa y Pamplona-Cúcuta y viceversa, como se puede apreciar en el Anexo No. 1.

Así mismo se dio cumplimiento a lo establecido en los artículos 7o. a 10o. del Decreto 1921 de 1991, publicando la solicitud para que quienes lo encontrasen procedente presentaren oposiciones, tal y como lo efectuó la demandante, las cuales fueron resueltas desfavorablemente, razón por la cual ésta interpuso los recursos de la ley, agotado así la vía gubernativa, para acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en procura de la nulidad de las resoluciones a través de la acción *sub-exámine.*

El estudio No. 138, que obra a folios 14 y s.s del anexo No. 3, concluye que la cooperativa de transportadores Motilones Ltda. allegó todos los requisitos exigidos por el Decreto No. 1927 de 1991 y recomienda autorizar a la misma "las rutas y horarios seleccionados en el presente estudio...." y no hacer efectiva las pólizas de garantía, dado que" ...se halló la disponibilidad exigida por Decreto 1927 de 1991".

En cuanto a no haberse tenido en cuenta la comunicación enviada al Intra por parte de Asotrans(folio 50 anexo No. l), la sala advierte que lo que se puso en conocimiento del citado instituto es la presentación de la demanda de carácter civil instaurada por la hoy demandante contra el señor Jaime Chaparro Arciniega, contador público de Cootransmotilones Ltda., circustancia que es ajena a la actuación administrativa en si y que no podía afectarla. Además, a folio 296 del cuaderno principal se halla una certificación de la unidad seccional de fiscalía de Pamplona (Norte de Santander) de 14 de Septiembre de 1994, donde se da cuenta que en el proceso No. 326 que se encuentra en etapa de instrucción, hasta la fecha no se ha ordenado vincular a Jaime Chaparro García. Así mismo, a folio 301 *ibídem,* se encuentra el oficio No. RC/7034 de la Directora Regional del Dancoop cúcuta, donde afirma:

> "...Damos respuesta a su oficio No. 1380 referente a posible investigación de carácter administrativo, relacionado con los Balances y Estados Financieros de la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES MOTILONES "COOTRANSMOTILONES", de cuyo documento informamos lo siguiente:
>
> Revisado y analizado el archivo de la Cooperativa en referencia, por parte de esta oficina, no encontramos que se esté adelantando investigación adminis-

trativa relacionada con los Balances y Estados Financieros desde el momento en que inició actividades la empresa en mención.

Los Estados Financieros del año 1993 certificados por el Revisor Fiscal Carlos A. Medina P., contador público con T.P. 35142 T solo presentan observaciones generales por parte de este despacho, que le permiten a la organización cumplir con las actividades para las cuales fue creada y cuya comunicación fue enviada a la cooperativa mediante oficio RC/ 6889 de 1994..."

La pretendida violación del principio de imparcialidad contenido en el artículo 3o. del Decreto Ley 01 de 1984 no es de recibo, por los mismos argumentos expuestos por la sala al desechar el cargo de extralimimitación en el ejercicio de funciones, esto es, que el objetivo del entonces Intra era el intervenir en la actividad transportadora. además, tal y como lo conceptúa la Agente del Ministerio Público, y se anotó antes el Decreto No. 1927 de 1991 le permitía al Intra asesorar a las empresas de transporte público en cuanto su organización, funcionamiento y operación, para cumplir con el objetivo de regular y racionalizar dicho servicio.

Frente a la incompetencia de la subdirección de transporte intermunicipal para decidir en materia del trámite de la licencia y de las oposiciones mediante los oficios acusados de nulidad, la sala reitera que no se pronuncia sobre éstos por las consideraciones expuestas inicialmente.

La violación del numeral 3o., literales b) y d) del artículo 5o. del Decreto No. 1927 de 1991 deben ser tambien desechadas, ya que en el expediente administrativo (anexo No. 1) aparece que para cada una de las rutas se efectuó un análisis de disponibilidad, señalándose en el " plan de Rodamiento", el número y clase de vehículos necesarios. De otra parte, en el estudio No. 138 del Intra (folio 27 anexo No. 3) se dijo que la empresa enfocó las encuestas (realizadas con la interventoría de funcionarios del INTRA) sobre la clase de vehículos microbus, las que reflejaron un alto potencial de demanda por este tipo de vehiculo, lo cual no fue desvirtuado en el proceso.

Finalmente, en la resolución No. 5828 de 25 de noviembre de 1993 se dice que la evaluación económica del proyecto relacionado con sus factores aún no ha sido reglamentada, pero que al analizar el estudio presentado por la Cooperativa se observa que ésta si lo relacionó de acuerdo con factores que consideró pertinentes. En consecuencia, no es que exista contradicción en la Administración frente a este punto como lo afirma la demandante, sino que, como en efecto no se ha reglamentado la presentación de dicha evaluación económica. Cootransmotilones anexó la información economica y contable que consideró necesaria.

Una vez valoradas las pruebas aportadas en el proceso se tiene que la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos impugnados no logro ser desvirtuada, razón por la cual las pretensiones de la demanda deberán ser denegadas. 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): DECLARESE que no hay lugar a pronunciarse frente a los oficios Nos. DER- 047 y DER- O- 488 de 24 de Agosto y 25 de Noviembre, respectivamente, expedidos por la subdirección de transporte Intermunicipal del Intra, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia,

2o): DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

3o): DEVUELVASE la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 2 de Febrero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PODER - Interpretación

El poder fue conferido para el ejercito de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., cuando en realidad se impetró la del artículo 85 *ibídem,* ello en manera alguna constituye extralimitación, ni conduce a un pronunciamiento inhibitorio, ya que de todas maneras de haberse hecho uso de aquélla, debía interpretarse como de nulidad y restablecimiento del derecho dado el carácter particular, individual y concreto de los actos acusados.

DERECHOS DE AUTOR. OBRA DE ARTE APLICADA A LA INDUSTRIA. Protección. **REGISTRO DE DERECHO DE AUTOR.** Improcedencia. **PROPIEDAD INDUSTRIAL. REGISTRO DE CONTRATO DE CESION DE DERECHOS DE AUTOR.** Improcedencia

Bien pueden coexistir la protección de una obra a través del derecho de autor y la protección de la misma por las normas que regulan la propiedad industrial, pero siempre y cuando el valor artístico de la obra pueda ser separado del carácter industrial del objeto para el cual se aplica. El artículo 2o. de la Ley 23/82, que consagra la protección del derecho de autor sobre las obras científicas, literarias, artísticas, cualquiera que sea su destinación, y hace una enumeración de lo que comprenden las mismas, incluyendo las obras de artes aplicadas, no puede ser analizado aisladamente, esto es, sin tener en cuenta el alcance del inciso 3o. del artículo 6o. que constituye una regulación especial para las obras de arte aplicadas, debe interpretarse con las restricción que hace en el inciso 3o. del artículo 6o. Si la obra "COLA & POLA" no es objeto de protección por las normas del derecho de autor, con base en las consideraciones precedentes, por lógica consecuencia se deriva que el contrato de cesión de los derechos de autor de la citada obra tampoco puede ser susceptible de registro.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de Febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia Expediente no. 2925. Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Actora: SOCIEDAD BAVARIA S.A.

La sociedad BAVARIA S.A., a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante esta corporación tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

I -. PETITUM

1o): Son nulas las Resoluciones nos. 1526 de 25 de Octubre de 1993 "Por la cual se deniega una solicitud de inscripción en el Registro Nacional del Derecho de Autor"; 1807 de 28 de Diciembre de 1993" Por la cual se resuelve un Recurso de Reposición"; y 1817 de 30 de Diciembre de 1993 "Por la cual se resuelve un Recurso de Apelación", expedidas por la Unidad Administrativa Especial - Dirección Nacional del Derecho de Autor-.

2o): A título de restablecimiento del derecho se ordene a la demanda: a): Registrar el contrato de traspaso de derechos patrimoniales efectuado por Góndola S.A., a BAVARIA S.A., de la obra literaria y artística titulada Cola & Pola, en el Registro de Contratos de la Dirección Nacional de Derecho de Autor; y b): Registrar la citada obra en el Registro de Obras Literarias de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, de acuerdo con el sistema establecido por dicha entidad.

II -. CAUSA PETENDI

II. 1 -. Hechos

Como hechos relevantes de la acción se destacan los siguientes:

1o): En el mes de Marzo de 1993, la actora solicitó a la sociedad GONDOLA S.A. que desarrollara una obra artística que representara y proyectara el dinamismo, novedad y juventud de un nuevo producto, respetando la historia y tradición de la compañía, expresada en varios dibujos, símbolos y signos de propiedad de la demandante y utilizados por ésta en el pasado.

2o): La sociedad GONDOLA S.A. encargó al señor Claudio Arango Villamizar el desarrollo de la obra, por ser éste uno de los de mayor experiencia en el diseño y la creación, además de ser muy reputado en el mundo del medio publicitario por sus creaciones imaginativas, estéticas, armónicas y expresivas.

3o): Para ello el Maestro Arango se documentó extensamente en la historia de la demandante y en la naturaleza del producto que se pensaba lanzar e invirtió más se siete semanas.

4o): Los parámetros creativos que se le impusieron al Maestro Arango fueron crear una obra artística en la cual confluyeran la fuerza y vitalidad de la demandante, la inclusión de símbolos distintivos donde primaran los colores de la bandera nacional, por tratarse de un producto netamente colombiano, que inspirara juventud y alegría.

5o): El Maestro Arango comenzó a documentar y guardar un archivo de las distintas etapas del diseño de la obra para al final poder explicar en forma didáctica el proceso de creación de la obra artística "COLA & POLA". Es decir, creó un registro histórico de la forma en que evolucionó y compuso la obra que fué terminada la última semana de Abril.

Esta conducta es fundamental y definitiva en el proceso creativo y es por esto que muchos libros de arte de pintores y artistas famosos tienen ilustración al respecto.

6o): Al solicitar a la demandada el registro de la obra, adjuntando al efecto la documentación requerida, él fue negado por los actos administrativos acusados.

II. 2 - Fundamentos de Derecho

En apoyo de sus pretensiones la demandante adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1o): Se violó el artículo 2o. de la ley 23 de 1982, por lo siguiente:

a): Nuestra legislación estableció de manera inequívoca que los derechos de autor recaen sobre todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo de expresión y su destinación.

La obra literaria no fue escrita y no podía serlo. Fue redactada por un artista que quiso dejar plasmado cuál fue el proceso de creación que tuvo que adelantar para llevar a cabo la obra.

La expresión "todas", utilizada por la ley 23 de 1982, es contraria a " algunas" y tenía como fin evitar que se presentaran discusiones bizantinas sobre si el tema de la obra era realmente adecuado, si su calidad creativa era suficiente o no, si su contenido era meramente científico, literario, artístico, o participaba de las tres naturalezas al mismo tiempo. Por este motivo es un hecho violatorio de la norma que la demandada, autónomamente y sin ningún tipo de facultad legal, establezca requisitos y definiciones sobre lo que es una obra, como lo hizo en la Resolución No. 1526 acusada.

La demandada fundamentó su negativa manifestando que la expresión literaria son "simples rótulos descriptivos".

Esta es una apreciación absurda al no fijarse que los "rótulos" son simplemente una forma de diagramación del total del contenido expresivo. Sostener semejante posición equivale a que un día se puede argumentar que no se registra un cuento porque está dividido en simples "Párrafos descriptivos".

La obra de este proceso califica perfectamente en la categoría de "folletos y otros escritos".

El artículo 2o. de la ley 23 de 1982 no impuso ningún tipo de límite a la extensión que debe tener un escrito para que se le considere como una obra literaria y artística. Todo lo contrario, el fin principal de la ley es ser lo más amplio posible.

La demandada comete un error de hecho violatorio de la ley cuando desconoce que la extensión de la expresión escrita en una obra es irrelevante para efectos de su registro y erige tal concepto en motivo de su negativa y a sabiendas de que se han registrado ante ella con anterioridad obras calificadas como literiarias en las cuales la expresión escrita es menor y menos elaborada de la que se encuentra en la obra literiaria y artística " COLA & POLA ".

b): También la demandada viola el artículo 2o. de la ley 23 de 1982 al establecer en la Resolución no. 1526 que una obra es "Todo producto que busca llegar a la fibra misma de la sensibilidad", ya que tal concepto no forma parte del de obra que trae aquél, ni el legislador lo quiso implantar siquiera implícitamente, pues crearía situaciones tan subjetivas que pondría en riesgo la libertad de explotar los frutos de la actividad intelectual, pues es perfectamente posible que una obra que llegue a la sensibilidad de un jardinero no llegue a la sensibilidad del funcionario que decide la solicitud de registro y no por eso deja ser una obra.

c): También se viola la citada norma cuando dicha Resolución exige que la creación sea de tal naturaleza " que presente una unidad conceptual", ya que este requisito no está previsto en la ley, además que las creaciones del espíritu no tienen por qué buscar una unidad de concepto. Pueden buscar atomizarlo, desmembrarlo o hacerlo cambiante de acuerdo con la psiquis o la idea del espectador.

d): Existente falsa motivación al negar la demandada la unidad conceptual calificando la obra de "simples rótulos descriptivos", pues desconoce que ella tiene una unidad conceptual muy precisa, que es explicar al lector mediante la palabra y la imagen cual fue el proceso creativo de la obra artística "COLA & POLA", las variantes que se utilizaron para su diseño, los diferentes dibujos que se estudiaron y el resultado final de meses de trabajo.

Dice la demandada que la obra literaria debe constar de signos que se expliquen por sí mismos y luego niega el registro porque las expresiones son "simples rótulos descriptivos".

Ontológicamente la descripción es un proceso de explicación y en muchos casos sinónimos del acto, pues quien describe explica, es decir, un rótulo descriptivo es una expresión literaria que se explica y sin embargo la demandada llega al absurdo de negar el registro por estarse cumpliendo el mismo requisito que la entidad exige para efectuarlo.

2o): El principio básico de autor enunciado en el artículo 2o. de la ley 23 de 1982 no es exclusivo de esta ley. El legislador lo adoptó de diversos tratados internacionales que son obligatorios para la demandada, tales como: el Convenio de Berna, incorporado a la legislación nacional por la ley 33 de 1987; el acuerdo sobre propiedad literaria de 1911, incorporado a la legislación nacional por la ley 65 de 1913; la Convención sobre propiedad literaria y artística firmada en Buenos Aires - Argentina -incorporada a la legislación nacional mediante la ley 7a. de 1936; la Convención Interamericana de Washington, incorporada a la legislación nacional por la ley 6a. de 1970, normas todas estas que expresan qué comprenden las obras artísticas, científicas y literarias.

3o): La Resolución 1807 de 28 de Diciembre de 1993 cuando expresa que a la Oficina de Registro no le interesa si la obra es buena o no lo es, si cumple o no el objetivo y menos aún la destinación que se le vaya a dar y que lo que no puede desconocerse es la facultad que tiene esa entidad para analizar y discernir qué tipo de material se presenta para su registro y si el mismo pertenece a la disciplina que maneja o a otra, viola el artículo 2o. de la ley 23 de 1982 porque no se da cuenta que en el fondo lo que está haciendo es determinar, arbitrariamente, que debido al

posible uso como marca que se vá a hacer de un solo dibujo contenido dentro de una obra literaria y artística, la totalidad de la obra no está sujeta a registro, cuando la disciplina de que trata una obra es indiferente para su protección y por ello la demanda no tiene por qué entrar en ese estudio. Lo que importa es que se plasme una forma de expresión humana, no el tema que trate dicha expresión.

4o): La demandada violó el artículo 6o. de la ley 23 de 1982, por aplicación indebida y falsa motivación, al utilizar dicha norma para justificar su negativa de efectuar el registro de la obra "COLA & POLA", por considerar la obra aplicada a la industria, donde no pueden separarse la aplicación industrial y el valor artístico.

El inciso 3o. del artículo 6o de la ley 23 de 1982 no impide que las obras literarias y artísticas sean utilizadas en el comercio como marcas y mantegan vigentes sus derechos de autor. Esta disposición está orientanda a establecer un principio totalmente distinto y es los derechos de autor no protegen el uso que se haga de una obra pero sí sus elementos artísticos.

Si la ley establece expresamente que el uso que se haga de la obra es indiferente para efectos de otorgarle protección mediante los derechos de autor, la demandada motiva falsamente las Resoluciones acusadas al utilizar el artículo 6o. de la ley 23 de 1982, forzando su alcance para situaciones que ni los principios del derecho de autor ni el espíritu de esta norma establecen: que el uso en el comercio de una obra artística implica la pérdida de sus derechos de autor.

5o): La demandada violó el artículo 182 de la ley 23 de 1982 en la Resolución no. 1807, al expresar que el contrato de cesión suscrito entre GONDOLA S.A. y la demandante es ajeno a la disciplina cultural y por lo mismo no susceptible de registro, pues está desconociendo la facultad que tienen los particulares de transferir los derechos sobre las obras que han creado, más aún cuando no existe ningún tipo de creación ajena al tema de los derechos de autor cuyos derechos patrimoniales siempre pueden ser traspasados mediante una cesión de derechos.

6o): La demandada violó los artículos 192 de la ley 23 de 1982, 3o. de la ley 44 de 1993, 8o. literal a. y 9o. literales a. y b. de; decreto No. 2401 de 1991 al negar el registro de la obra que reunía los requisitos en ellos exigidos, los cuales no imponen ningún tipo de características peculiares a las obras que deben registrarse ni se refieren al contenido que éstas deben tratar.

7o): Al extralimitarse en sus funciones la demandada violó los artículos 6o. de la Constitución política y 2o. del Decreto 2041 de 1991, porque dentro de las fa-

cultades que ella tiene no se encuentra la de decidir qué tipo de obras tienen o no un fin industrial.

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, probatoria y alegaciones.

III. 1-. La Contestación de la Demanda

La demandada - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL - DIRECCION NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR contestó la demanda a través de su representante legal, quien para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo frente a los cargos de violación y como fundamento de lo que denominó "excepciones", en síntesis, lo siguiente:

1o): No obstante que la propiedad intelectual y la industrial tienen un punto de relación en cuanto que ambas son parte de un mismo género, los términos de protección legal son diferentes, con leyes y principios distintos, lo cual impediría que sobre un mismo bien pudieran aplicar indiscriminadamente ambos institutos jurídicos.

No tiene asidero jurídico que se pretende proteger una creación del intelecto a través de derechos de autor, en donde no se exige formalidad alguna y en donde el registro no es constitutivo del derecho, pues la protección va desde el mismo momento de la creación y a su vez pretender la protección por la vía de la propiedad industrial en donde, por el contrario, se exige el lleno de ciertos requisitos y el cumplimiento de las finalidades exigidas por la ley donde el registro sí es constitutivo de derecho.

2o): La ley 23 de 1982 no trae definición alguna de lo que significa "obra". Simplemente consagra sobre qué clase de obras recaen los derechos de autor y hace una enumeración de las mismas la Ley 44 de 1993 tampoco consagra tal definición.

La Decisión 351 de la Comisión del acuerdo de Cartagena define en el artículo 3o. la obra como "toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma"

Esto no significa que todo escrito sea una obra literaria pues si bien es cierto que al derecho de autor no le interesa el uso , la destinación, el valor intelectual ni su finalidad, la ley no protege todo lo que se escribe o compone.

3o): A la Oficina de Registro de la Dirección Nacional del Derecho de Autor le asiste el deber de hacer claridad para no permitir que se incurra en confusión en cuanto a los límites creados por la ley para las dos ramas de la propiedad intelectual.

La Oficina de Registro negó la inscripción del material denominado "COLA & POLA" por cuanto el mismo no correspondía ni a una obra literaria ni a una obra artística. Así mismo y considerando el caso de estar frente a una obra de arte aplicada a la industria, se analizó esta figura, entendida conforme al artículo 3o. de la Decisión 351, como la "creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial".

Conforme al artículo 6o. de la Ley 23 de 1982 la protección de esta clase de obras por la vía del derecho de autor sólo se da cuando su carácter industrial puede ser separado de su valor artístico. En este caso, el material allegado es una obra de arte aplicada a la industria no protegible por la vía del derecho de autor ya que el valor artístico de la obra (diseño), no puede separarse de su carácter industrial (industria de las bebidas), constituyéndose por el contrario en una marca figurativa que identifica el producto de la sociedad Bavaria S.A.

4o): La inscripción en el registro del material denominado "COLA & POLA" no se negó porque fueran "simples rótulos descriptivos" sino porque ese rótulo se encuentra fuera de la protección del derecho de autor, ubicándose en la propiedad industrial.

Es cierto que el derecho de autor le es indiferente el tema del cual trata una obra, siempre y cuando dicha obra esté cobijada dentro de los parámetros del derecho de autor y no de otra disciplina.

Dentro de las funciones de la Oficina de Registro está la de negar las solicitudes de registro que no sean procedentes. Esto reitera la facultad que le asiste de discernir qué tipo de material se le presenta.

Cuando el artículo 3o. de la Ley 44 de 1993 consagra que se podrán inscribir en el registro de las obras literarias, científicas y artísticas, le permite al Director analizar la obra.

IV-. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, advierte, en primer término, que el poder especial fué otorgado para el ejercicio de la acción de nulidad y nó para la de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual implica una extralimitación en el ejercicio del mismo, pero que no obstente ello, al analizar el fondo del asunto, deben denegarse las súplicas de la demanda porque, a su juicio, en este caso no puede separarse la aplicación industrial del valor artístico, por lo cual corresponde a la propiedad industrial conocer de la solicitud de registro.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Debe la Sala, en primer término, pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la demanda y en relación con la censura al poder otorgado a la demandante a que hace alusión la Agente del Ministerio Público ante esta Corporación.

En relación con las excepciones, como se advirtió como acápite de la contestación de la demanda, el representante legal de la demanda adujo los mismos argumentos que esgrimió frente a los cargos de violación del libelo demandatorio.

Ello pone en evidencia que a través de aquéllas englobó toda la defensa sin que hubiera invocado la existencia de hechos impeditivos, modificativos o extintivos que enerven las pretensiones, por lo cual no están llamadas a prosperar como tales, debiendo, en consecuencia, la Sala analizar dichos argumentos a través del estudio de fondo de la controversia.

Respecto del poder otorgado por el demandante estima la Sala que si bien es cierto el poder fué conferido para el ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., cuando en realidad se impetró la del artículo 85 *Ibídem*, ello en manera alguna constituye extralimitación, ni conduce a un pronunciamiento inhibitorio, ya que de todas maneras de haberse hecho uso de aquélla, debía interpretarse como de nulidad y restablecimiento del derecho dado el carácter particular, individual y concreto de los actos acusados.

Sobre el fondo del asunto, la Sala precisa lo siguiente:

Resulta claro que aun cuando los actos acusados, en principio, pretende desconocer el carácter de obra literaria y artística del material denominado "COLA & POLA", que fué presentado a la entidad demandada para el registro del derecho de autor y del contrato que cedió los derechos sobre el mismo, lo cierto es que final-

mente la demanda se fundamentó para negar dicho registro en la consideración de que la protección de la citada obra no corresponde a esa disciplina sino a la de la propiedad industrial, conforme a lo dispuesto en el inciso 3o. del artículo 6o. de la Ley 23 de 1982, el cual parte de la premisa de la existencia de una obra de arte.

De tal manera que es el análisis de esta disposición al cual debe circunscribirse la Sala.

Preceptúa dicha norma:

"Las obras de arte aplicadas a la industria solo son protegidas en la medida en que su valor artístico puede ser separado del carácter industrial del objeto u objetos en las que ellas puedan ser aplicadas".

Del contenido de esta disposición se infiere que bien pueden coexistir la protección de una obra a través del derecho de autor y la protección de la misma por las normas que regulan la propiedad industrial, pero siempre y cuando el valor artístico de la obra pueda ser separado del carácter industrial del objeto para el cual se aplica.

Este aspecto es el que constituye el punto central de la controversia y en orden a dilucidarlo cabe tener en cuenta lo siguiente:

En el texto de la demanda se lee que los parámetros creativos que se le impusieron al artista para la elaboración de la obra fueron que en esta confluyeran la fuerza y vitalidad de la compañía, con la inclusión de sus símbolos distintivos donde primaran los colores de la bandera nacional (amarillo, azul y rojo), por tratarse de un producto eminentemente colombiano y además que inspirara juventud y alegría (folio 20).

Así mismo con la demanda se acompañaron todos los documentos que constituyeron el proceso de elaboración de la obra, esto es, los diferentes nombres que se le podían dar al producto y la forma de los mismos, todo ello dentro de los parámetros que se le habían fijado al artista, tales como el águila que caracteriza a la cerveza águila de la empresa Bavaria S.A. y las espigas de la cebada que identifican la cerveza de la compañía (folios 58 a 74).

Para la Sala los parámetros antes señalados, que se tuvieron en cuenta para el resultado final de la obra, precisamente confirman que no es posible separar su contenido artístico del carácter industrial del objeto en el que se aplica. En efecto, las figuras que aparecen en la obra, como lo afirma el apoderado de la actora, caracterizan a la compañía e identifican los productos de ésta. De tal manera que

cualquier persona que observe la obra, necesariamente la relaciona con un producto de la cervecería Bavaria S.A., llámese refajo o simplemente cerveza.

Por esta razón tal obra no es susceptible de protección por las normas que regulan los derechos de autor, conforme a lo dispuesto en el inciso 3o. del artículo 6o. de la Ley 23 de 1982.

Es oportuno resaltar que el artículo 2o. de la ley 23 de 1982, que consagra la protección del derecho de autor sobre las obras científicas, literarias y artísticas, cualquiera que sea su destinación, y hace una enumeración de lo que comprenden las mismas, incluyendo las obras de arte aplicadas, no puede ser analizado aisladamente, esto es, sin tener en cuenta el alcance del inciso 3o. del artículo 6o., que constituye una regulación especial para las obras de arte aplicadas a la industria, el cual hace hincapié en que su protección sólo se da en la medida en que su valor artístico pueda ser separado del carácter industrial del objeto al cual se aplica.

De lo anterior se desprende que bien puede afirmarse que cuando el artículo 2o. de la Ley 23 de 1982 consagra como objeto de protección las obras artísticas, cualquiera que sea su destinación, dentro de las cuales se encuentran las obras de arte aplicadas, debe interpretarse con la restricción que se hace en el inciso 3o. del artículo 6o. *ibidem*.

De otra parte si bien es cierto que del contenido del artículo 2o. de la Ley 23 de 1982 se infiere que todas las creaciones del espíritu pueden estar protegidas por el derecho de autor, con la salvedad antes anotadas y con las excepciones que también consagran los incisos 1o. y 2o. del citado artículo 6o., y desde este punto de vista basta que cualquier obra provenga de dicho espíritu creativo para considerarse como artística, literaria o científica, no lo es menos que la Oficina de Registro del Derecho de Autor debe hacer un análisis de la misma, siquiera para establecer si no se encuentra dentro de las excepciones a que contrae el artículo 6o. de la ley 23 de 1982, para efectos de determinar si es protegible o no a través de las normas que regulan el derecho de autor, y así poder conceder o denegar su registro.

Finalmente, cabe agregar que si la obra "COLA & POLA" no es objeto de protección por las normas del derecho de autor, con base en las consideraciones precedentes, por lógica consecuencia se deriva que el contrato de cesión de los derechos de autor de la citada obra tampoco pueda ser susceptible de registro.

Las consideraciones precedentes conducen a la sala a desestimar las súplicas de la demanda, y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

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

FALLA:

DECLARANSE no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Devuélvase a la actora la suma de dinero depositada para gastos ordinarios del proceso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 2 de febrero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

HIDROELECTRICA DEL GUAVIO. PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Funciones. POLICIA JUDICIAL. ACTO DEFINITIVO. ACTO DE TRAMITE. VIA GUBERNATIVA. Agotamiento. ACCION DISCIPLINARIA. CADUCIDAD.

Las procedentes constataciones, por sí solas pone en evidencia y permite a la Sala concluir, que al no haberse impugnado en vía gubernativa la decisión adoptada en el ordinal primero del auto o providencia No. 1192 de 1993, en el sentido de ordenar el archivo de las diligencias, "...por no existir procedeibilidad de la accción disciplinaria al configurarse el fenómeno perscriptivo frente a la misma", resulta en absoluto improcedente el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho intentada en su contra, de conformidad con lo previsto por el artículo 135 inciso primero del C.C.A. Ahora bien, el artículo 50 del C.C.A. determina que son actos definitivos aquellos que ponen fin a una actuación administrativa y los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto. Además, dispone de la misma norma, que los actos de trámite ponen fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla. De acuerdo con lo anterior, y en lo que atañe al proveído No. 0910 de 1992, mediante el cual el Jefe de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, "Teniendo en cuenta que las irregularidades que se han venido presentando en la construcción Hidroeléctrica del Guavio, durante la administración de los señores ROBERTO CACERES BOLAÑOS, FABIO PUYO VASCO Y JAVIER GARCIA BEJARANO..."y con la finalidad de "...lograr esclarecimiento de los hechos denunciados...", comisionó a cuatro funcionarios adscritos a la misma para practicar las diligencias que allí se enumeran"... y las demás que surjan y sean coherentes para el perfeccionamiento de esta indagación", para la Sala resulta incuestionable que tal acto que, de otra parte, no fue demandado, no puso fin a una actuación administrativa ni decidió directa o indirectamente el

fondo del asunto, pues, por el contrario, su alcance no fue otro que el de dar inicio a una actuación tendiente a esclarecer los mencionados hechos, y que vino a cumplir con la decisión de archivar las diligencias adelantadas, por prescripción de la acción disciplinaria, como se destaca en los considerandos de los dos últimos actos acusados y que fué precisamente una de las razones por las cuales se rechazaron los recursos interpuestos en sede administrativa. En cuanto hace relación al original segundo de la parte dispositiva de la providencia No. 1192 de 1993, que ordenó remitir a la Unidad 252 de Investigaciones Especiales de la Fiscalía General de la Nación fotocopias auténticas de toda la actuación de indagación preliminar adelantada, la Sala considera que no se considera que no se adecúa a ninguno de los presupuestos señalados en el artículo 50 del C.C.A. y que permita catalogarlo como acto definitivo, susceptible de control jurisdiccional, sino como acto de simple trámite, pues aun cuando fue dictado por un funcionario público en ejercicio de funciones administrativas, la decisión adoptada fue la necesaria e ineludible consecuencia de las solicitudes elevadas en tal sentido por una autoridad de la rama judicial, igualmente en ejercicio de sus funciones. Las precedentes consideraciones ponen en evidencia que si el actor pretendió agotar la vía en relación con actos de simple trámite, no son suceptibles de recurso alguno (art. 49 del C.C.A.), dichos actos ni las providencias que decidieron sobre su rechazo son demandables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, conforme a lo previsto por el artículo 135 *ibídem*. Todo lo anterior permite concluir que se configura la carencia de Jurisdicción de esta Corporación para conocer y pronunciarse sobre las pretensiones aducidas, lo cual impone un pronunciamiento inhibitorio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá , D.C., seis de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia Expediente No. 2623 Actor: Fabio Puyo Vasco

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado al proceso de la referencia, instaurada a través de apoderado por el ciudadano Fabio Puyo Vasco, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., contra las providencias números 1192 de 13 de mayo, 1573 de 25 de junio y sin número de 23 de julio, todas ellas de 1993, expedidas, las dos primeras por el Jefe de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación y, la tercera, por el señor Procurador General de la Nación.

I.- ANTECEDENTES

a.- Los actos acusados

1o.- Mediante la providencia No. 1192 de 13 de mayo de 1993, previas consideraciones, se dispuso el archivo de las diligencias de investigación preliminar adelantada contra el actor en calidad de Ex-Gerente de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, "...de conformidad con lo presupuestados (sic) en la Ley 13 de 1984, artículo 6o. en concordancia con el Decreto 482 de 1985 artículo 10, por no existir procedibilidad a la acción disciplinaria al configurarse el fenómeno prescriptivo frente a la misma" (1o.); la remisión de las fotocopias autenticadas de toda la mencionada actuación a la Unidad 252 de Investigaciones Especiales de la Fiscalía General de la Nación, "conforme a la petición presentada mediante Oficios 008 de julio 22 de 1992 y 521 de febrero 9 de 1993...", "...prestando efectivo cumplimiento al trámite de traslado de pruebas, para que obre conforme a su competencia " (2o.) y hacer las anotaciones de rigor (3o.).

2o.- Mediante la providencia No. 1573 de 1993, previa motivación, se rechazaron los recursos de reposición y subsidiario de apelación contra "el proveído No. 0910 de 8 de abril de 1992 de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación que dispuso la práctica de las múltiples diligencias en él discriminadas y comisionó a cuatro funcionarios para practicarlas, y contra el numeral 2o. de la providencia 1192 de 13 de mayo de 1993, por la cual el Jefe (E) de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría dispone la remisión a la Fiscalía 252 de las fotocopias autenticadas de toda la actuación de indagación preliminar ..."", por cuanto, "en síntesis: los actos contra los cuales se interpuso los recursos de que aquí se tratan no admiten impugnación en vía gubernativa, según lo disponen concordantemente los arts. 49 y 50 del C.C.A."; se dispuso su notificación al interesado y se indicó que contra la indicada decisión, "... en cuanto se rechaza el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto, procede el RECURSO DE QUEJA...".

3o. Mediante la providencia sin número de 23 de julio de 1993, previa motivación, el Procurador General de la Nación resolvió el recurso de queja interpuesto contra el proveído No 1573 de 1993, en el sentido de "...confirmar la determinación adoptada por el inferior , (...) de rechazar el recurso de apelación subsidiariamente expuesto"(sic).

Debido a las extensas motivaciones de los actos acusados se omite su transcripción, sin perjuicio que en las consideraciones de la Sala se hagan referencia concreta a las mismas, en caso necesario.

b.- Los hechos de la demanda

Los hechos que cita el actor como fundamento de sus pretensiones son, en forma resumida, los siguientes (fls. 121 a 129):

Durante el período comprendido entre el 21 de agosto de 1982 y el 30 de julio de 1985, el actor estuvo vinculado a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá en el desempeño de cargo de Gerente General, como lo constató en la primera diligencia practicada el 8 de abril de 1992 uno de los cuatro funcionarios de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación designados por la jefatura de dicha oficina mediante proveído 0910 de la misma fecha, a efecto de practicar las diligencias que allí se dispusieron para esclarecer los hechos denunciados sobre irregularidades en la construcción de la Hidroeléctrica del Guavio durante la administración de los señores Roberto Cáceres Bolaños, Fabio Puyo Vasco y Javier García Bejarano. Por consiguiente, "el comisionado, **técnico en criminalística,** se percató de manera inexcusable e incontrovertible de que el 8 de abril de 1992 habían corrido más, bastante más, de cinco años y, por ende, tenía que saber que el término hábil, viable "para lograr el esclarecimiento de los hechos denunciados ", había caducado y puesto fin a la competencia de la Procuraduría"(subrayas del autor). A pesar de lo anterior, los comisionados siguieron practicando diligencias y allegando pruebas hasta el 13 de mayo de 1993, fecha en la cual rindieron al Jefe de la Oficina de Investigaciones Especiales el informe jurídico-contable de las pruebas allegadas.

El 3 de diciembre de 1992 los comisionados recibieron el actor exposición espontánea, en la cual éste manifestó que en comunicación dirigida con anterioridad puso de presente su seria duda acerca de la competencia de la Procuraduría para adelantar la investigación sumaria o indagación, por haberse desvinculado de la entidad con una antelación de más de siete años. En el mismo sentido se dirigió al Procurador General de la Nación.

A pesar de ser sindicado, las pruebas se decretaron y practicaron sin conocimiento del actor, de tal manera que no pudo controvertirlas no pedir la práctica de otras para el mismo efecto. No obstante dichas irregularidades y de la falta de competencia de la Procuraduría para adelantar la indagación preliminar, en el ordinal 2o. del primer acto acusado se dispuso remitir a la Fiscalía copias de toda la actuación.

El auto 1192 de 1992 no fue notificado en forma alguna al actor, pero este y toda la opinión pública se enteraron de su contenido por la televisión, la radio y medios de comunicación escritos, con grave desmedro de su honra y buen nombre.

La Procuraduría no puede someter a su capricho la viabilidad de los recursos, con la opinión de que solo se recurrió y solicitó la revocatoria del ordinal 2o. del proveído No. 1192, pues en el escrito de reposición se "...señala como motivo de inconformidad con las providencias cuya revocatoria se pretende, la patente, la falta de notificación del auto No. 1192 de mayo 13 de 1993, con explicación en seguida de que la providencia cuya revocatoria se solicita, no fue notificada como lo dispone el artículo 10 de la Ley 13 de 1984 y los artículos 44 y 45..."del C.C.A. Además, la Procuraduría no podía omitir el estudio de los demás numerales de la reposición, respecto de la prescripción de la acción disciplinaria, de la práctica inválida de pruebas que no pueden trasladarse, de su incompetencia, etc.

Finalmente, los comisionados que firman el informe jurídico-contable, de fecha 13 de mayo de 1993, "...carecen de la condición y calidad de contadores públicos y, consecuencialmente, no aparecen inscritos en la Junta Central de Contadores".

c.- 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 y bajo la forma de cargos se expresan a continuación , consignadas en la demanda, en su alegato de conclusión y en el acta de la audiencia pública celebrada el 3 de agosto de 1994 (fls. 129 a 139 240 a 258 y 274 a 289):

1o.- De orden constitucional: Artículos 15, 29, 83, 228, 230 y 277.

2o.- De orden legal y reglamentario: Artículos 2o., 3o., 44, 45, 47, 48, 49, 50, 53 y 267 del Código Contencioso Administrativo; artículos 2o., 7o., 9o., 13, 36, 251, 255, 304, 314, 319, 324 y 445 del Código de Procedimiento Penal; artículos 4o. y 185 del Código del Procedimiento Civil; artículo 4o. del Decreto Reglamentario 3404 de 1983; artículo 12 de la Ley 13 de 1984; artículos 13 y 16 del Decreto Reglamentario 482 de 1985; artículo 5o. parágrafo segundo de la Ley 4a. de 1990 y artículos 1o., 12 y 13 de la Ley 43 de 1990.

Primer cargo.- Violación del artículo 15 de la Constitución , pues es un hecho notorio que el 14 de mayo de 1993 se difundió por los medios masivos de comunicación la noticia emanada de la Procuraduría General de la Nación (en adelante Procuraduría), de haberse hallado al actor incurso en el delito de enriquecimiento ilícito en suma mayor en mil millones de pesos, sin que mediara sentencia judicial, pues apenas existía el auto 1192 proferido el día anterior por la Oficina de Investigaciones Especiales de dicha dependencia del Estado, por lo cual se desconoció el derecho fundamental a la intimidad personal y al buen nombre.

Segundo cargo.- Violación de los artículos 29 de la Constitución, 16 del Decreto 482 de 1985 y 12 de la Ley 13 de 1984, toda vez que solo se desconoció la presunción de inocencia que cubre al actor debido a la inexistencia de acto alguno que lo declare judicialmente culpable y se lastimó su derecho de defensa al recaudar pruebas con desconocimiento del debido proceso pues se le negó expresamente su contradicción en la indagación preliminar (comunicación de 24 de marzo de 1993 dirigida al actor por el Jefe de la Oficina de Investigaciones Especiales), en contra del concepto jurisprudencial de la Corte Constitucional y de los doctrinantes del derecho penal, sino adicionalmente, la Procuraduría no podía válidamente enderezar la investigación a fines diferentes al de determinar la procedibilidad de iniciar formalmente acción disciplinaria en contra del actor, ni mucho menos desconocer la vigencia del artículo 12 de la Ley 13 de 1984 que establece el derecho del investigado a conocer el informe y las pruebas que se alleguen a la investigación y a solicitar que se practiquen otras conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Tercer cargo.- Violación del artículo 83 de la Constitución, ya que "... se prescinde de los postulados de la buena fe en la investigación adelantada con proclividad a establecer dañosamente hechos arcanos para el investigado, haciendo la vista gorda los investigadores hacia las normas legales y constitucionales tutelares de los derechos del imputado; olvidando los preceptos y disposiciones de los artículos 2o. y 445, presunción de inocencia, 7o. y 251, atinentes a contradicción de la prueba, 13, relativo a corrección de actos irregulares, 36 y 304, concretamente el primero a preclusión de la investigación, y el segundo a nulidad por carencia de competencia, normas todas del Código de Procedimiento Penal, omitiendo, además, aplicar las disposiciones vigentes sobre el derecho de defensa, contradicción de la prueba, incompetencia por encontrarse prescrita la acción, reglas que necesariamente debían ser conocidas por los comisionados diestros de la iniciación y adelantamiento de investigaciones según los títulos que los ornan y son expresados al suscribir el informe técnico contable".

Cuarto cargo.- Violación del artículo 230 de la Constitución, pues la Procuraduría no aplica la Ley vigente en cuanto a los derechos y facultades del investigado, menosprecia la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los principios generales del derecho y la doctrina de los comentaristas, criterios auxiliares, tal vez con el "criterio torticero" de que ella no desarrolla actividad judicial, entre otras atribuciones, olvidando que estas son apenas las circunscritas al ejercicio preferente del poder disciplinario, con la consecuente facultad de adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

Quinto cargo. -Violación del artículo 277 de la Constitución en lo concerniente a las funciones del Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados, ya que si le corresponde vigilar el cumplimiento de la Carta Política, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, ello lo ha omitido en cuento a la vigilancia, lo cual se demuestra "...con la retahíla de infracciones, pretensiones, aplicación de la ley...". Además, la Procuraduría ha seguido una vía que vulnera la función del Procurador, de proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad.

Sexto cargo.- Violación de los artículos 228 de la Constitución y 2o. y 3o. del C.C.A., porque, contrariamente a lo previsto en el segundo de ellos, la investigación previa y la decisión adoptada en el auto 1192 de 1993 no buscaron la efectividad de los derechos e intereses del actor, reconocidos por la ley, sino una urdimbre de formalismos y pretensiones que sólo constituyen su negación. Además, los artículos 3o. del C.C.A., 4o. del C. de P.C. y 9o. del C. de P.P. miran a la actuación teniendo en cuenta su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias, con el propósito fundamental de hacer prevalecer el derecho sustancial, el cual contraviene la actuación de la Procuraduría.

De otra parte, el indicado artículo 3o. del C.C.A. consagra el principio de publicidad y se traduce en la obligación de las autoridades de dar a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena dicha codificación, "...regla general que imbricada, igualmente, con las disposiciones contenidas en los artículos 4 del Decreto 3404 de 1983, 12 de la Ley 13 de 1984 y 13 del Decreto 482 de 1992, estos últimos en esencia imponentes de aviso o comunicación de la iniciación de la investigación, no fueron tenidos en cuenta y, por lo tanto, constituyen violación del principio y las normas imbricadas". Adicionalmente, respecto a la publicidad, se violó el artículo 228 de la Constitución Política "que no sólo exige la publicidad de la actuación, sino la prevalencia del derecho sustancial, es decir, que mira tanto al principio de la imparcialidad, como al de publicidad también".

El principio de contradicción impone el derecho del investigado a controvertir las decisiones que se adoptan en las investigaciones de carácter administrativo, como lo es la disciplinaria y a solicitar la práctica de pruebas. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional, declarando inexequible toda decisión contraria a dicho principio (Sentencia C-150 de 22 de abril de 1993). Según el actor, los apartes más relevantes de dicha sentencia se transcribieron en el memorial de sustentación de los recursos interpuestos ante la Procuraduría, algunos de los cuales inserta en el alegato de conclusión.

Destaca el actor que mientras en el informe jurídico-contable rendido por los comisionados de la Procuraduría se expresa que éste tuvo como origen la indagación preliminar que oficiosamente se dispusiera para determinar la procedibilidad de iniciar formal investigación disciplinaría en su contra, en el proveído 1192 de 1993 se dice que la apertura de dicha indagación lo fue para determinar el posible incremento patrimonial ilegal en que pudiere haber incurrido durante y como consecuencia de su desempeño en el cargo de Gerente de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, "...cuestiones tan diferentes, que una y otra se fundan en competencias distintas de la Procuraduría General de la Nación: la primera basada en el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política, práctica de la función disciplinaría, y la segunda en el último inciso del propio artículo, ejercitando las atribuciones de Policía Judicial".

De otra parte, la lectura del auto 0910 de 8 de abril de 1992 (fls. 1 a 2 Anexo No. 1) demuestra que simplemente dispone la práctica de las diligencias que allí se enumeran y comisiona para ello a cuatro funcionarios de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría, sin que en parte alguna se hable de apertura de investigación y menos de indagación preliminar o previa. "Si el auto 0910 ordenaba una formal investigación debería haber contenido NECESARIAMENTE advertencia de abstención de apertura de investigación por los mismos hechos o de suspensión si se estuviere adelantando y, primordialmente, aviso o noticia al encartado sobre la existencia de la investigación, y solicitud de suministro de su dirección residencial para que obre en el informativo, (art. 4o. Dto. 3404/83)".

Séptimo cargo.- Violación de los artículos 44, 45, 47 y 48 del C.C.A., debido a la falta de notificación del auto 1192 de 1993, que puso fin a la investigación, como se reconoce en el segundo de los actos impugnados, cuya pretermisión afecta su eficacia, además que se dejó de indicar los recursos que procedían, las autoridades ante quienes debían interponerse y los plazos para hacerlo. Por ello, no es posible que la Procuraduría sostenga que por el hecho de haber intervenido el actor en el diligenciamiento de una declaración espontánea decretada por los investigadores opera su notificación por conducta concluyente, porque en ninguna parte consta si se dice siquiera que aquél, antes de interponer los recursos, hubiese manifestado conocer el auto 0910 de 1992.

Octavo cargo.- Violación de los artículos 49, 50 y 53 del C.C.A., pues no obstante que en ellos se sienta la regla de la procedencia de los recursos por la vía gubernativa contra los actos de trámite que pongan fin a una actuación administrativa, es decir, cuando hagan imposible continuarla, la Procuraduría se ha aferrado a la tésis de que el ordinal 2o. de la parte decisoria del proveído 1192 no hace imposible continuar la investigación ni causa perjuicio al actor. Pero cabe

tenerse en cuenta que el citado ordinal imposibilita proseguir la investigación ya que ordena remitir a la Fiscalía General de la Nación fotocopias autenticadas de toda la actuación de indagación preliminar, "...con lo cual declina, renuncia la competencia de la que se ha negado a reconocer su carencia, y la depone ante el Fiscal 252 para que este obre conforme a la de él. Consecuencialmente, cierra, hace imposible continuar la investigación, inhibiéndose para proseguirla, virtud de que inmediatamente antes había declarado la prescripción y ordenado archivar el expediente. Por tanto es error y de entidad decir que no es acto definitivo el generado en la determinación contenida en el ordinal 2o. cuestionado".

De otra parte, carece de fundamento el sostener que el indicado ordinal 2o. no lesiona al investigado y, por tanto, falta el interés jurídico para recurrir, pues al disponerse la remisión de copias auténticas de toda la actuación al Fiscal 252, "prestando efectivo cumplimiento al trámite de traslado de pruebas", se violan los artículos 185 del C. de P.C. y 255 del C. de P.P., que imperan ser trasladables" las pruebas practicadas válidamente" y, como está demostrado, las pruebas se practicaron sin competencia por encontrarse el 8 de abril de 1992 acreditada en el expediente la prescripción, conforme al artículo 16 del Decreto Reglamentario 482 de 1985. El demandante precisa"... que lo recurrido que fue el auto todo y no el ordinal segundo simplemente".

El quebrantamiento del artículo 53 del C.C.A. se deriva del hecho de haberse rechazado los recursos interpuestos, pues ellos se presentaron habiéndose satisfecho la totalidad de los requisitos establecidos en esa codificación.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que en virtud de la unidad de la providencia, si el ordinal 1o. de la parte dispositiva del auto 1192 de 1993 es definitivo y finalizante, el ordinal 2o. de la misma providencia es también de igual naturaleza por seguir la suerte de lo principal, recurrible en los términos del artículo 50 del C.C.A.

Lo perjudicial de lo dispuesto en el ordinal 2o. de dicha providencia no es la misma remisión de copias de lo actuado a la Fiscalía 252 de Santa Fe de Bogotá, sino el agregado objeto que "...le atribuye con carácter imperativo y propósito dañoso de que obren como pruebas trasladadas dentro de la actuación procesal originaria de..."los oficios No. 008 de 22 de julio de 1992 y 521 de 9 de febrero de 1993, de lo que también se deduce que sí es definitivo porque el Procurador queda carente de competencia para seguir conociendo del mismo negocio que corresponde a la mencionada Fiscalía.

También se impone declarar la nulidad de la Providencia 1573 de 1993, pues tergiversa el alcance y fines de los recursos de reposición y subsidiario de apela-

ción interpuestos contra un acto definitivo y un acto de impulso, no notificado al actor, respecto de quien el primero crea una situación jurídica concreta y el segundo una investigación previa crucial para el investigado, quebrantando los artículos 29 y 83 de la Constitución y 49 y 50 del C.C.A. , al calificar el auto 0910 y ordinal 2o. del proveído 1192 de 1993 como actos no sujetos a recursos, por ser de simple trámite.

En la citada providencia 1573 de 1993, la Procuraduría censura al recurrente no haber impugnado el ordinal 1o. de la parte dispositiva del auto 1192 de 1993, sin caer en cuenta que el actor no tendría interés jurídico en ello, dado que le es absolutamente favorable.

Noveno cargo.- Violación de los artículos 319, 314 y 324 del C. de P.P. El primero de ellos debido a que la Procuraduría no lo tomó en cuenta para no contravenir las garantías constitucionales y legales del actor. La segunda disposición por cuanto el auto 1192 ordena la remisión al Fiscal 252 de fotocopias auténticas de toda la actuación, cuando tales pruebas se practicaron específicamente en investigación de tipo disciplinario y no "...en investigación previa para determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal, si el hecho está descrito en la ley penal como punible, y la procedibilidad de la acción penal con la individualización de los autores o partícipes del hecho y su responsabilidad, todo lo cual no tiene cabida en una indagación previa de tipo disciplinario". Se transgrede el citado artículo 324 del C. de P.P., pues la investigación previa, si la quiere invocar la Procuraduría como de carácter penal, sólo podía desarrollarse mientras no existiera prueba para dictar resolución inhibitoria, pero, como ya se vio, ella existía desde el 8 de abril de 1992, cuando apareció la plena prueba de estar caducada o prescrita la acción disciplinaria.

Décimo cargo. - Violación del artículo 50 parágrafo segundo de la Ley 4a. de 1990 por parte de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría, pues las atribuciones y el valor probatorio de sus actuaciones no se regularon por las normas del C. de P.P., como se ha demostrado, sino que se practicaron sin contradicción y sin permitir al actor el solicitar pruebas y su práctica, como se evidencia en la comunicación No. O.T.E. 0879 de 24 marzo de 1993, en la cual se le manifestó que dicha Oficina"... no dará respuesta expresa a sus inquietudes antes de la evaluación final de la etapa previa, sobre la base legal de la ausencia de debate o contradicción de las pruebas en la indagación preliminar' ", cuando ya se había producido la sentencia de la Corte Constitucional que reivindica para el debido proceso la contradicción de la prueba y solicitado por el investigado la práctica de ellas.

Décimo primer cargo. - Violación de los artículos 1o., 12 y 13 de la Ley 43 de 1990, por cuanto los tres comisionados para la práctica de visitas, diligencias y examen de documentos como declaraciones de renta, libros de contabilidad, etc., no son contadores públicos inscritos ante la Junta Central de Contadores, de tal manera que se acredite su competencia profesional en los términos de la Ley en cita, sino uno de ellos Profesional Universitario, otro Asistente Jurídico y el último Técnico en Criminalística, lo cual implica su no idoneidad para el desempeño de cargos o diligencias que impliquen el ejercicio de actividades técnico-contables, las que siempre deben recaer en contadores públicos. Además, la utilización de las técnicas de auditoría de que se dan cuenta en el informe jurídico-contable que rindieron el Jefe de la Oficina de Investigaciones Especiales, "... son cuestiones de contadores públicos diestros, muy experimentados, quizá especializados". Dado que el auto 1192 de 1993 se fundamentó en el citado informe de los comisionistas, carentes de la condición de contadores públicos, tal documento no tiene valor y, por tanto, no puede servir de apoyo a dicha providencia.

La Sala hace notar que en el libelo de demanda no se explica el concepto de violación del artículo 267 del C.C.A., e igualmente que en el alegato de conclusión, en la audiencia pública y en la síntesis presentada, la parte actora invoca el quebrantamiento y explica el concepto de violación de los artículos 5o. literal d), 33 y 34 de la Ley 4. de 1990, el artículo 140 numeral 8 del C. de P.P., los artículos 10 y 17 del Decreto Reglamentario 482 de 1985, los artículos 1o. y 6o. de la Ley 13 de 1984, y plantea el cargo de desviación de poder.

d.- Las razones de la defensa

La parte demandada, Nación Colombiana Procuraduría General de la Nación, por intermedio de apoderado, expuso en la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión los argumentos que se resumen a continuación (fls. 203 a 215 y 230 a 234):

Teniendo en cuenta las funciones de policía Judicial asignadas a la Procuraduría General de la Nación (en adelante Procuraduría) en el inciso último del artículo 277 de la Carta Política (desarrollados por la Ley 4a. de 1990, el Decreto 2311 de 1989 y la Resolución No. 09 de 1989), las cuales se cumplen esencialmente a través de su Oficina de Investigaciones Especiales conforme al artículo 5o. Parágrafo segundo de la citada Ley, el procedimiento que regula las indagaciones preliminares por presunto enriquecimiento ilícito es el previsto en el Decreto 3404 de 1983, en concordancia con la posibilidad de iniciar dicha indagación como paso previo a la apertura de formal investigación en el proceso disciplinario, o de instrucción en el proceso penal.

Como quiera que el enriquecimiento ilícito está descrito en el artículo 148 del C.P. como un hecho punible, una vez la Procuraduría ha tenido conocimiento por cualquier medio de la posible ocurrencia de esa conducta en cabeza de un servidor público, puede ordenar una indagación preliminar para determinar la procedencia de apertura de formal investigación disciplinaria, al tenor del artículo 3o. del Decreto 3404 de 1983, en concordancia con el artículo 25 del C. de P.P. Iniciada la correspondiente indagación preliminar, la Oficina de Investigaciones Especiales adelanta todas las diligencias y practica todas las pruebas que estime necesarias para esclarecer los hechos tal como lo señala el artículo 11 del Decreto 3404 de 1983 y el artículo 323 del C. de P.P.

Luego de concluir la susodicha investigación y previo informe evaluativo jurídico-contable, la oficina de Investigaciones Especiales, de existir mérito para la apertura de formal investigación disciplinaria y para el impulso de la acción penal respectiva, envía las diligencias a la dependencia de la Procuraduría que sea competente para la investigación disciplinaria, y a la Fiscalía General, a la Corte Suprema de Justicia o a la Justicia Penal Militar, según el caso, para el impulso de la acción. En este caso no fue necesario enviar las diligencias a otra dependencia de la Procuraduría por cuanto la acción disciplinaria se encontraba prescrita, como se consigna en el proveído 1192 de 1993, ordenando, en consecuencia el archivo de las diligencias.

Se destaca que "las indagaciones preliminares por presunto enriquecimiento ilícito que adelanta la Oficina de Investigaciones Especiales, tienen el carácter de reservadas por mandato expreso del parágrafo segundo del artículo 50 de la Ley 4a. de 1990, en concordancia con el artículo 321 del Código de Procedimiento Penal".

Debe tenerse en cuenta que las atribuciones de policía judicial de la Procuraduría no tienen como limitante ni como propósito exclusivo el ejercicio de la acción disciplinaria, sino, por el contrario, facilitar el efectivo ejercicio de las funciones a ella asignada en lo relativo a la defensa de los intereses sociales, del patrimonio público y del interés jurídico. Por ello, afirma que cualquier prueba recaudada por la institución está atada al término de caducidad de la acción disciplinaria, implica desconocer la voluntad del constituyente, el texto de la Constitución y el conjunto de funciones del Ministerio Público. En suma, las atribuciones de Policía Judicial se ejercen de manera autónoma, independientemente de que el fin de su utilización sea el proceso disciplinario o el cumplimiento de cualquier otra función.

Por lo anterior, no pueden confundirse dos situaciones jurídicamente diferentes: una cosa es que la acción disciplinaria haya prescrito y como consecuencia de ello no se tenga la facultad de adoptar las decisiones que la Constitución y la ley

autorizan en lo atinente a funcionarios públicos, y otra muy diferente es que la Procuraduría no pueda, aún si la acción disciplinaria está prescrita, practicar una serie de diligencias que no conduzcan necesariamente a dicha acción, sino a la investigación de hechos o conductas de relievancia social y de interés público, como aquellas que se estudian en un expediente judicial o uno administrativo.

De todo lo expuesto resulta que no asiste razón al demandante al sostener, con base en la prescripción de la acción disciplinaria, la falta de competencia de la Procuraduría para haber adelantado la indagación que llevó a efecto, pues desconoce que ella dispone de claros mandatos jurídicos para adelantar tanto su función disciplinaria como su labor de policía judicial y que le otorgan prerrogativas para poner en funcionamiento la acción penal, cuya prescripción es independiente de la acción disciplinaria, Los único que hizo la Procuraduría fue ejercer sus funciones de policía judicial, y recaudar las pruebas que fueron remitidas a la Unidad 252 de Investigaciones Especiales de la Fiscalía General de la Nación, atendiendo a las solicitudes que formuló en tal sentido, por cuanto los hechos concretados en el informativo pueden constituir un delito contra la administración pública.

De otra parte, no se desconoció el artículo 15 la Constitución, que consagra el derecho a la intimidad personal y familiar y al buen nombre, pues entendido el primero como una garantía a la actuaciones privadas para evitar que terceros tengan injerencia en la vida familiar, cabe afirmar que dentro de ese ámbito no puede analizarse la intromisión de las autoridades para el esclarecimiento de presuntos hechos punibles, como ocurrió en este caso, pues el interés particular cede ante el interés general del Estado. Además, la Procuraduría no ha dado información alguna que vaya en detrimento del actor.

En cuanto a la publicidad que hacen los medios de comunicación sobre actuaciones de las entidades públicas y de las actividades privadas, ello es responsabilidad de cada medio, pues en Colombia la prensa es libre y responsable. Como quiera que la ubicación de una actuación pública no puede ser impedida por ninguna autoridad, menos por la Procuraduría, de ello se deriva que la publicidad que se hubiere hecho sobre el proveído 1192 de 1993 no fue causada por dicha dependencia del Estado, sino que es el ejercicio del derecho constitucional que garantiza la libertad de información.

Tampoco se volvió el debido proceso de que da cuenta el artículo 29 de la Carta Política, "...en atención a competentes dentro de la órbita de su función, observando las formalidades que la ley prevé, sin que la ausencia de falta de contradicción de la prueba, constituya irregularidad, porque no está señalado como requisito en la fase que culminó la Oficina de Investigaciones Especiales en su

indagación preliminar. Las pruebas que se recaudaron y que el demandante crítica y cuestiona, las que finalmente fueron enviadas a la Fiscalía General, no requerían ponerse en conocimiento del señor Puyo Vasco para que este ejerciera su derecho a la contradicción, por cuanto estas (pruebas) se recaudaron por la Procuraduría General en ejercicio de sus funciones de Policía Judicial en indagación preliminar, la contradicción que hecha de menos el actor debe surtirse necesariamente y obligatoriamente en el trámite del proceso penal y en cuya oportunidad aducirá las objeciones que a bien tenga".

En cuanto a los alcances de los actos acusados, la parte demandada argumentó lo siguiente respecto de cada uno de ellos:

Lo dispuesto en el ordinal 2o. de la parte resolutiva del proveído No. 1192 de 13 mayo de 1993 no tiene el carácter de definitivo, por cuanto la orden impartida de ninguna manera decide directa o indirectamente una situación de fondo ni pone ni fin a una actuación administrativa, que permita su enjuiciamiento ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Dicha decisión se adoptó en cumplimiento a la solicitud formulada por la Fiscalía General de la Nación mediante oficios 008 de julio 22 de 1992 y 521 de 9 de febrero de 1993. Lo dispuesto en el ordinal 1o. de su parte resolutiva, "...y muy a pesar de que no fue impugnado, lo allí indicado se hizo en cumplimiento de normas legales, además no es desfavorable para el actor.

Mediante la providencia No. 1592 de 25 de julio de 1993 tan solo se rechazan los recursos de reposición y subsidiariamente de apelación interpuestos contra el auto No. 0910 de abril 8 de 1992 y el ordinal 2o. del auto No. 1192 de 1993, sin tomar una determinación de fondo, por lo cual es de simple trámite, tampoco enjuiciable por la vía jurisdiccional.

La providencia de 23 de julio de 1993 simplemente se dictó atendiendo el recurso de queja interpuesto por el actor contra el citado auto No. 1573 de 1993, procediéndose a confirmar la determinación adoptada por el inferior, en el sentido de rechazar el recurso subsidiario de apelación interpuesto.

Por lo que respecta al auto No. 0910 de 8 de abril de 1992, éste adolece del carácter de definitivo y es de simple trámite, pues se dictá para dar inicio a la indagación preliminar, como se desprende de su simple lectura.

e.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 20 de octubre de 1993 se admitió la demanda y se ordenó darle el trámite de rigor (fls. 165 a 168).

Mediante providencia de 11 de febrero de 1994 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las solicitadas exclusivamente por la parte actora (fl. 222 a 225).

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión, hicieron uso de tal derecho tanto la parte demandante (fls. 240 a 258) como la parte demandada (fls. 230 a 234) y la señora Agente del Ministerio Público (fls. 259 a 264).

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación solicita un pronunciamiento inhibitorio o, en su defecto, denegar las súplicas de la demanda, por las razones que se sintetizan a continuación:

La situación fáctica del proceso se reduce a dos proveídos de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación. El primero lo constituye el auto No. 0910 de abril 8 de 1992 que dispuso indagación preliminar contra el actor. El segundo en su ordinal 1o. el archivo de las diligencias adelantadas por haberse operado el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria, y en el 2o. la remisión de copias autenticadas de lo actuado a la Fiscalía 252 de Santa Fe de Bogotá por cuanto así lo había peticionado en dos oportunidades.

Es claro que no era viable revocar el aludido ordinal 1o., pues la prescripción dá lugar a la terminación irregular del proceso, que se desata con auto de trámite, sin disquisiciones jurídicas de ninguna índole, es decir, nada se decide en el fondo del asunto (Ley 13 de 1984, artículo 6o., y Decreto 482 de 1985). Cabe observar que en el concepto de violación, el demandante nada dice al respecto. manera que aún sin mediar petición, la Procuraduría estaba obligada a remidir a la autoridad competente las pruebas recogidas. Y ya será en esas instancias judiciales donde el actor puede ejercer su derecho de defensa".

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dado que al adoptarse la decisión de admitir la demanda se hizo notar que las dos últimas providencias acusadas se fundamentan en que los recursos de reposición y subsidiario de apelación interpuestos contra la primera de ellas y contra el proveído No. 0910 de 8 de abril de 1992 de la Oficina de Investigaciones Especia-

les de la Procuraduría General de la Nación, lo fueron contra actos de trámite que no pusieron fin a actuaciones administrativas, de lo cual podría resultar de ellos no son susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo , y se consideró que tal aspecto se estudiaría en la sentencia, la Sala procede a ello, pues de su definición dependerá el que se examinen o no los cargos formulados en la demanda, ya que el mismo toca necesariamente con la ausencia o carencia de jurisdicción para dictar fallo de mérito.

Como paso preliminar para el enunciado efecto se estudiará lo concerniente a las pretensiones de la demanda relacionadas con el auto No. 1192 de mayo 13 de 1993, pues mientras que ellas tienden a obtener la declaratoria de nulidad tanto del ordinal primero como del ordinal segundo de su parte dispositiva, los autos números 1573 de junio 25 y sin número de julio 23 del mismo año se fundamentan, como atrás se consagró, en que los recursos de reposición y subsidiario de apelación se interpusieron exclusivamente contra el auto No. 0910 de 1992 y el mencionado ordinal segundo.

Del examen de los antecedentes administrativos de los actos acusados, la Sala observa lo siguiente:

1o.- Mediante poder presentado personalmente ante el Notario Veintitrés (E) del Círculo de Bogotá del 11 de junio de 1993, el actor designó como su apoderado ante la Procuraduría General de la Nación al mismo Profesional del Derecho que lo representa judicialmente en este proceso. "...para que en mi nombre y representación interponga recurso de reposición y subsidiaria (sic) de apelación **contra el proveído 0910 de 8 de abril de 1992** de la Oficina de Investigaciones Especiales de esa Procuraduría que dispuso la práctica de las múltiples diligencias en él discriminadas y comisionó a cuatro funcionarios para practicarlas y **contra el numeral 2o. de la providencia 1192 de 13 de mayo de 1993**, por la cual (sic) el Jefe (E) de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría dispone la remisión a la Fiscalía 252 de fotocopias autenticadas de toda la actuación de indagación preliminar..." (Subrayas fuera de texto) (fls. 841 a 8842 Anexo No. 2C)".

2o.- En ejercicio del mencionado poder, en fecha 16 de junio de 1993 al apoderado del actor interpuso ante la Procuraduría General de la Nación recurso de reposición y subsidiario de apelación contra las mismas providencias que se individualizaron en el ordinal precedente, con la finalidad de obtener su revocatoria.

3o.- Los aludidos recursos fueron decididos por auto No. 1573 de 25 de junio de 1993, en el sentido de rechazarlos, debido a haberse interpuesto contra actos que no admiten impugnación en vía gubernativa, en la medida en que el proveído

No. 0910 de 1992, "... mediante el cual se dispone la práctica de unas pruebas en sede de indagación preliminar...(...)... lejos de tener tal carácter (el de poner fin a actuaciones administrativas) es, por el contrario, el acto que sirve de base a la actuación: un acto de mero trámite, que no solo no culmina la actuación administrativa, sino que es, precisamente, el que la inicia al poner en marcha el procedimiento administrativo que ha de concluir con el procedimiento de una decisión, esta sí definitiva, como en efecto ocurrió en este caso..., y el ordinal 2o. del auto No. 1192 de 1993 "... en manera alguna pone fin a una actuación administrativa, siendo apenas una providencia adoptada a fin de dar cumplimiento a las obligaciones jurídicas de la Procuraduría en cuanto a colaboración con otras entidades públicas, tal como allí se deja claro al hacer referencia a los oficios en que se solicitó por la autoridad jurisdiccional la documentación cuyo envío se ordenó"(paréntesis fuera de texto) (fls. 6 a 9 Cdno. Ppal).

Las precedentes constataciones, por sí solas ponen en evidencia y permiten a la Sala concluír, que al no haberse impugnado en vía gubernativa la decisión adoptada en el ordinal primero del auto o providencia No. 1192 de 1993, en el sentido de ordenar el archivo de las diligencias, "... por no existir procedibilidad de la acción disciplinaria al configurarse el fenómeno prescriptivo frente a la misma", resulta en absoluto improcedente el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho intentada en su contra, de conformidad con lo previsto por el artículo 135 inciso primero del C.C.A.

Ahora bien, el artículo 50 del C.C.A. determina que son actos definitivos aquellos que ponen fin a una actuación administrativa y los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto. Además, dispone la misma norma, que los actos de trámite ponen fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla.

De otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido, en forma reiterada, que "... el acto definitivo es el que culmina el procedimiento de expedición de la decisión administrativa, tenga o no recurso; y los de tramitación, los intermediarios o previos a aquella" (Sección Tercera, auto de 30 de noviembre de 1978. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Exp. No. 2448. Autor: Benjamín Ardila Serrano y otros. Anales del Consejo de Estado Nos. 459-460. Segundo Semestre 1978, Pág. 284).

De acuerdo con lo anterior, y en lo que atañe al proveído No. 0910 de 1992, mediante el cual el Jefe de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, "Teniendo en cuenta que las irregularidades que se han venido presentando en la construcción Hidroeléctrica del Guavio, durante la

administración de los señores ROBERTO CACERES BOLAÑOS, FABIO PUYO VASCO Y JAVIER GARCIA BEJARANO...", y con la finalidad de "...lograr el esclarecimiento de los hechos denunciados...", comisionó a cuatro funcionarios adscritos a la misma para practicar las diligencias que allí se enumeran "... y las demás que surjan y sean coherentes para el perfeccionamiento de esta indagación" (fls. 1 a 2 Anexo No. 1), para la Sala resulta incuestionable que tal acto que, de otra parte, no fue demandado, no puso fin a una actuación administrativa ni decidió directa o indirectamente el fondo del asunto, pues, por el contrario, su alcance no fue otro que el de dar inicio a la actuación tendiente a esclarecer los mencionados hechos, y que vino a culminar con la decisión de archivar las diligencias adelantadas, por prescripción de la acción disciplinaria, como se destaca en los considerandos de los dos últimos actos acusados y que fue precisamente una de las razones por las cuales se rechazaron los recursos interpuestos en sede administrativa.

En cuanto hace relación al ordinal segundo de la parte dispositiva de la providencia No. 1192 de 1993, que ordenó remitir a la Unidad 252 de Investigaciones Especiales de la Fiscalía General de la Nación fotocopias auténticas de toda la actuación de indagación preliminar adelantada, la Sala considera, que no se adecúa a ninguno de los presupuestos señalados en el artículo 50 del C.C.A. y que permita catalogarlo como acto definitivo, susceptible de control jurisdiccional, sino como acto de simple trámite, pues aun cuando fue dictado por un funcionario público en ejercicio de funciones administrativas, la decisión adoptada fue la necesaria e ineludible consecuencia de las solicitudes elevadas en tal sentido por una autoridad de la rama judicial, igualmente en ejercicio de sus funciones.

Las precedentes consideraciones ponen en evidencia que si el actor pretendió agotar la vía gubernativa en relación con actos de simple trámite, no susceptibles de recurso alguno (art. 49 del C.C.A.), dichos actos ni las providencias que decidieron sobre su rechazo son demandables ante la Jurisdicción de lo Contensioso Administrativo, conforme a lo previsto por el artículo 135 *ibídem*.

Todo lo anterior permite concluir que se configura la carencia de jurisdicción de esta Corporación para conocer y pronunciarse sobre las pretensiones aducidas, lo cual impone un pronunciamiento inhibitorio.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DECLARASE INHIBIDO para resolver sobre las pretensiones de la demanda, por carencia de jurisdicción.

Segundo.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o remanente.

Tercero.- En firme esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y Cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su decisión de fecha dos de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reitera sobre actos administrativos definitivos, la sentencia de 30 de noviembre de 1978, Exp. 2448, Ponente: Dr. *Carlos Betancur Jaramillo.* (Anales del Consejo de Estado 1978, 2o. Semestre, Pág. 284).

PRESUPUESTO MUNICIPAL - Vigencia. **PRESUPUESTO MUNICIPAL** - Validez. **DEVOLUCION POR OBJECIONES. SANCION**

El artículo 191 del Reglamento Interno del Concejo, contenido en el Acuerdo 001 de 14 de Agosto de 1992, establece que "pasado el tercer debate, el proyecto firmado se enviará ese mismo día o al siguiente, para la sanción de alcalde", este término no modifica la situación del decreto acusado, por las siguientes razones: a) La norma del reglamento es general mientras que la citada del Código Fiscal es especial para el proyecto de acuerdo de presupuesto. b) El término previsto en el reglamento para el envío de los proyectos a sanción una vez aprobados en tercer debate no puede entenderse propiamente como un requisito de procedimiento para la expedición del acuerdo, sino simplemente como un término para un trámite interno que se traduce en una obligación de quien debe realizarlos y que puede conllevar a la configuración de una falta disciplinaria, más no a efectuar la validez del proyecto que no se había expedido dentro del término legal y que pudiera, por lo tanto, poner en vigencia el proyecto por él presentado. No puede suponerse que el concejo tiene términos ilimitados para cumplir con sus funciones, debe anotarse que como quiera que, según lo expresado en relación con el primer cargo, el término previsto por el reglamento solo puede entenderse como una obligación del funcionario responsable del envío para la sanción del alcalde una vez resueltas las objeciones, y teniendo en cuenta que la vigencia fiscal se encuentra dentro del período comprendido entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre del respectivo año, es hasta esta última fecha que puede enviarse aquél, sin que pueda decirse que por ello el consejo tiene términos ilimitados.

PRESUPUESTO MUNICIPAL - Prejudicialidad por Revisión Jurídica

El desconocimiento de la prejudicialidad generada en virtud de que el proyecto de acuerdo contenido del presupuesto se encuentra en revisión

por parte del Tribunal Administrativo de Nariño, tampoco es de recibo, toda vez que lo que aquí se está ventilando es si el alcalde tenía o no la facultad de expedir por decreto el presupuesto de Rentas y Gastos, Recursos de Capital y Apropiaciones del Municipio de Pasto para la vigencia fiscal de 1994 y no la legalidad del proyecto de acuerdo aprobado por el concejo

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., seis de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia Expediente No. 2991. Actor: Guillermo Romo Insuasty

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 9 de junio de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano Guillermo Romo Insuasty, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Nariño la nulidad total del Decreto No. 1113 del 21 de diciembre de 1993, "Por el cual se calcula el presupuesto de rentas y gastos, recursos de capital, y apropiaciones del Municipio de Pasto para la vigencia fiscal de mil novecientos noventa y cuatro".

b.- El acto acusado

Mediante dicho acto la Alcaldía del Municipio de Pasto en consideración a que el artículo 191 del Acuerdo 001 de 14 de agosto de 1993 por el cual se adoptó "El reglamento interno del Concejo Municipal de Pasto y se dictan otras disposiciones", consagra que "pasado el tercer debate, el proyecto firmado se enviará ese mismo día, o al siguiente, para la sanción del Alcalde", y, en aras de garantizar lo ordenado en el artículo 315 numeral 3o. de la Carta Política, adoptó por decreto el Presupuesto para la vigencia fiscal de 1994, calculándolo en la suma de doce mil novecientos dieciséis millones novecientos cuarenta mil veintisiete pesos ($12.716.940.027.oo).

c.- Los hechos de la demanda

Los hechos que cita el actor como fundamento de su pretensiones son, en forma resumida, los siguientes:

1o.: Con fecha 2 de noviembre de 1993 el alcalde del Municipio de Pasto remitió al consejo municipal el proyecto de Acuerdo "Por medio del cual se calcula el Presupuesto de Rentas y Gastos, Recursos de Capital, y Apropiaciones del Municipio de Pasto para la vigencia fiscal de mil novecientos noventa y cuatro", el cual siguiendo el trámite reglamentario fue aprobado en tercer debate el 19 de noviembre de 1993 y remitido al alcalde el 22 del mismo mes y año, bajo el número de radicación 092 de 19 de noviembre de 1993.

2o.: El 29 de noviembre de 1993 el alcalde del municipio envió al Concejo de Pasto un escrito con las objeciones al proyecto citado, solicitando ese mismo día el presidente del concejo al asesor jurídico de la corporación, emitiera su concepto sobre las objeciones del alcalde respecto del proyecto mencionado. El 30 de noviembre el presidente del consejo solicitó a la Comisión de Presupuesto rindiera informe sobre las objeciones del alcalde al proyecto de Acuerdo No. 092, teniendo en cuenta el concepto del asesor jurídico.

3o.: Siguiendo el reglamento interno, el 30 de noviembre de 1993 el Concejo en sesión plenaria declaró parcialmente fundadas las objeciones, con base en el informe de Comisión y en la proposición hecha sobre el particular, enviando el proyecto a segundo debate.

4o.: Previo el informe de Comisión en el cual se materializaba la reconsideración de las objeciones, los días 6 y 9 de diciembre de 1993, el concejo le dio segundo y tercer debate, respectivamente, al proyecto de acuerdo, quedando así legalmente aprobado o expedido, conservando el mismo número de radicación por tratarse del mismo proyecto o asunto.

5o.: Una vez entregada la transcripción (encargada a un particular) del proyecto No. 092 de 1993 al Concejo Municipal, este procedió a través de su secretaría a remitir al alcalde el 24 de diciembre de 1993 el acuerdo para su respectiva sanción; sin embargo, por no encontrarse funcionario alguno responsable para su recepción, se dejó dicha constancia en la Procuraduría Provincial, recepcionándose finalmente el proyecto, el 27 de diciembre.

6o.: La demora en la transcripción del Acuerdo 092 de 1993, que nada afecta por ser un hecho físico posterior a su aprobación o expedición, se debió a la negli-

gencia y mala fe de la administración, por cuanto el concejo municipal elevó petición a la administración para que a través de la Junta de Compras y Licitaciones, con la presentación de tres cotizaciones, aprobara la adquisición de un computador, lo que en efecto ocurrió el 10 de octubre de 1993, saliendo beneficiada la empresa Casa del Computador, quien al título de préstamo gratuito envió al consejo municipal el computador que se les iba a comprar; a pesar de los requerimientos al Secretario General del Municipio para que informará el trámite de compra del computador nunca obtuvo respuesta y por el contrario la Administración Municipal elevó una queja en contra del secretario general del concejo a la Procuraduría Provincial de Pasto por la compra del computador en referencia; a instancias de la Administración municipal el 6 de diciembre de 1993 fue retirado por la empresa prestataria el computador, privando al concejo de una herramienta indispensable para el trámite de aprobación del proyecto; debido a la necesidad inaplazable de transcribir el proyecto de presupuesto, el 10 de diciembre el secretario del Concejo lo remitió a una digitadora particular para que lo entregará el mismo día, realizándose dicha entrega apenas el 23 de diciembre, no sin antes informar el 20 de diciembre el secretario del consejo al alcalde municipal, que el proyecto fue aprobado y que tan pronto le fuera entregada la transcripción entregada a la particular a raíz del retiro del computador, lo remitiría a dicha alcaldía.

7o.: Remitiendo por el Concejo de Pasto el proyecto de Presupuesto de Rentas y Gastos del Municipio y, enterados extraoficialmente de que la Administración mediante Decreto 1113 de 21 de diciembre de 1993 ilegalmente habían expedido el inicial proyecto de presupuesto de rentas y gastos del municipio, el presidente del concejo pidió la derogatoria del citado decreto, el 27 de diciembre de 1993.

El 29 de diciembre de 1993 la Administración devolvió al Concejo Municipal el Acuerdo 092 de 1993, argumentado sin fundamento legal alguno que por no haberse remitido oportunamente el citado acuerdo, había dictado su propio proyecto de presupuesto, lo que dió lugar a que el concejo tratara de sancionar el proyecto de acuerdo aprobado, mediante una resolución, prefiriendo remitirlo al Tribunal Administrativo.

8o.: En la expedición ilegal del decreto acusado no se tuvo en cuenta que en el presupuesto debería ir necesariamente incorporado el presupuesto de la Inversión Mínima Legal con recursos IVA. Este último no fue sancionado por el alcalde, porque el auto de abstención del Tribunal, para la época de los hechos, se encontraba en ejecutoria; sin embargo se dictó el presupuesto sin el acuerdo del IVA, incluyéndose sí una partida de manera global.

9o.: Como muestra de la intensión desviada de la ley por parte del alcalde, se encuentra el hecho de que el noventa por ciento de los proyectos sancionados por

aquél fueron presentados después del término señalado en el artículo 191 del reglamento interno.

d. Las normas presuntamente violadas y el concepto de su violación

1o. De orden constitucional: Artículo 6o., 122, 123, 209, 313-5, 315-1, 315-6, 345 y 348.

2o. De orden legal: Artículo 92-5, 132-1, 132-5, 255, 262 y 266 del Decreto Ley 1333 de 1986; artículo 7o. Ley 12 de 1986; artículo 21 Ley 60 de 1993; Artículo 88 y ss. del Decreto Ley 077 de 1987 reformado por la Ley 53 de 1990; artículo 8, 9, 13, 14 parágrafo, 23 y 24 Ley 38 de 1989; Artículo 20 Decreto Nacional 3077 de 1989 (reglamentario Ley 38 de 1989); Artículo 257, 264, 266, 269, 270, 289 y 293 del Código Fiscal del Municipio.

El actor señala como aspecto generales de la violación a la ley la parte del acto acusado, algunos referentes a la expedición del acto y otros relacionados con la validez del acto en sí mismo (fls. 5 a 8 Cdno. Ppal.).

De otra parte, como causales específicas de ilegalidad, el actor desarrolla argumentos referentes a la incompetencia, desvío de poder, violación de la regla de derecho y falsa motivación (fls. 8 a 12 Cdno. Ppal.).

e. Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión, la parte demandada expresa que la Administración Municipal consideró diferentes situaciones que obstaculizarían el normal funcionamiento del ente territorial si al comenzar la vigencia fiscal de 1994 no se contaba con el acto administrativo contenido de Presupuesto de Rentas y Gastos, Recursos de Capital y Apropiaciones del Municipio de Pasto, para dicha vigencia, y expresa una serie de argumentos que en términos generales están desarrollados en los cargos que plantea posteriormente contra la sentencia y que se analizarán en su oportunidad.

f. La actuación surtida

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., a la demanda se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen declararse las siguientes actuaciones:

Por auto de 28 de enero de 1994 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fl. 378 del Cdno. Ppal.).

Mediante el proveído de 3 de marzo de 1994 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las medidas por las partes (fl. 405 del Cdno. Ppal.).

Por auto de 26 de abril de 1994 (fl. 408 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, la parte demandada y el Agente del Ministerio Público (fls. 410, 422 y 429, respectivamente, del Cdno. Ppal.).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de Primera instancia declaró la nulidad del Decreto No. 1113 de 21 de diciembre de 1993 "Por el cual se calcula el Presupuesto de Rentas y Gastos, Recursos de Capital y Aprobaciones del Municipio de Pasto para la vigencia fiscal de mil novecientos noventa y cuatro (1994)", con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fl. 453 a 465 del Cdno. Ppal.):

Para que un determinado proyecto se convierta en acuerdo municipal, debe aprobarse en tres debates celebrados en tres días distintos, esperando además la sanción y la publicación, observándose en todo caso que las comisiones permanentes pueden dar primer debate a los proyectos a ellas encomendados, rindiendo informe al Concejo para que éste lo someta al segundo y tercer debate. Si el proyecto es negado en primer debate, se archivará.

Los proyectos que no recibieron aprobación por lo menos en dos debates durante el período respectivo, deberán ser archivados y podrán volverse a presentar si se quiere que el consejo se pronuncie sobre ellos (artículo 110 del C. de R. M.). En el tercer debate los proyectos no deben sufrir reforma de ninguna naturaleza, siendo para ello necesario, por consenso de la mayoría, devolver el proyecto a segundo debate. En consecuencia, en el tercer debate los acuerdo deben aprobarse o negarse de plano. Si se niegan se archivan. Una vez aprobado en tercer debate, se pasará al alcalde para su sanción, pudiendo ser reconsiderado, modificado y revocado posteriormente (artículos 111 C. de R. M. y 164 C. de R. P. y M.).

El presupuesto municipal se elaborará para períodos anuales (del 1o. de enero hasta el 31 de diciembre), debiendo el alcalde presentar al concejo el proyecto de presupuesto de rentas y gastos para la próxima vigencia, el primer día de las sesiones ordinarias del mes de noviembre, para ser expedido éste por parte del conce-

jo en las mismas sesiones, incluyendo los 10 días de prórroga. Si el consejo no lo aprobare en dicho lapso, el alcalde podrá expedir el proyecto original por decreto. Pero si por el contrario, el alcalde no presentare el proyecto de presupuesto en las sesiones de noviembre el presupuesto a regir en la próxima vigencia será el mismo de la anterior vigencia.

Trasladados los anteriores conceptos al caso en comento, el tribunal encuentra que la actuación del concejo municipal se sujetó estrictamente a los ordenamientos legales y constitucionales, mientras que el alcalde actuando precipitadamente optó por la dictadura fiscal contenida en el decreto acusado.

En efecto, de las pruebas se extrae que a partir del 2 de noviembre, fecha en que se presentó el proyecto por parte del alcalde, el citado proyecto siguió su trámite regular y reglamentario siendo aprobado el 19 de noviembre en tercer debate, para ser remitido al ejecutivo municipal para sanción. El alcalde conoció el proyecto y por ello lo objetó y devolvió al consejo el 29 de noviembre; recibido el proyecto continuó con la tramitación correspondiente, esto es, pasar a la Asesoría Jurídica de la corporación para concepto de objeciones, pedir informe a la comisión de presupuestos y finalmente declarar parcialmente fundadas las objeciones, hecho presentado el 30 de noviembre. El proyecto bajó a segundo debate, fue nuevamente discutido y aprobado en éste y en tercer debate, durante los días 6 y 9 de diciembre, quedando así aprobado legalmente el tan discutido proyecto, registrado con el número 092 de 19 de noviembre de 1993.

Posteriormente el proyecto sufrió demora para volver a la alcaldía como se requería, pues fué remitido el 24 de diciembre y recepcionado efectivamente el 27 del mismo mes.

Frente a la incompetencia planteada, el Tribunal considera que tanto el concejo municipal como el alcalde debieron para efectos de sacar adelante su iniciativa y su proyecto de acuerdo, cumplir los mandatos legales y constitucionales los cuales se dejaron de observar más por el alcalde que por el concejo, pues lo único anormal en la tramitación del proyecto fué el no enviarlo en forma oportuna al alcalde para sanción, después de haber sido estudiadas las objeciones que inicialmente planteó el ejecutivo.

Se tiene entonces que el alcalde si conoció el proyecto y que es más, lo objetó para luego ser devuelto a la corporación para estudio de las objeciones, estudiándolo y objetándolo porque se dió cuenta que el proyecto había sufrido los tres debates reglamentarios, es decir, estaba enterado de la existencia legal del presupuesto de ingresos y rentas del municipio.

Al respecto invoca el tribunal lo conceptuado por el Ministerio Público, así:

"... La Procuraduría con fundamento en el Artículo 108 del Código de Régimen Municipal cree que el Concejo creó el proyecto de acuerdo, ya que le dió los tres debates reglamentarios y para complementar debía ser enviado para su sanción y publicación.

...El artículo 114 del tantas veces mentado Código de Régimen Municipal establece: **"El alcalde sancionará sin poder presentar nuevas objeciones, el proyecto que reconsiderado por el Concejo fuere aprobado".** Como se observa de lo transcrito, la Ley impone obligación al alcalde para sancionar el Acuerdo de Presupuesto que se haya proferido dentro del término legal. En el caso en estudio, el Acuerdo fue aprobado dentro del término de la Ley e inexplicablemente el señor Alcalde no cumplió con su obligación legal".

...Se ha debatido sobre el término que tiene el Concejo para enviar los Acuerdos después de los tres debates. La Ley no tiene establecido un término perentorio y únicamente existe el Reglamento Interno del Concejo en el que se determina en el artículo 191 que pasado el tercer debate, el proyecto firmado se enviará ese mismo día o al siguiente para la sanción del Alcalde.

...Es del caso anotar que el Acuerdo de Presupuesto tuvo contingencias que no las ha previsto el Reglamento Interno del Concejo, pues se envió en tiempo por el Concejo, el proyecto de acuerdo presentado por el Ejecutivo en el mes de noviembre y fué devuelto con objeciones, las que fueron analizadas en el período de prórroga hasta llegar a la expedición del Acuerdo de Presupuesto dentro del término de Ley, el estima la Procuraduría que el día siguiente a que se refiere el Reglamento Interno, debía contarse a partir de la fecha en que la manuence particular contratada la transcripción, hizo entrega de ese acuerdo, que se deduce de los documentos que lo hizo el 23 de diciembre, fecha en la cual fue remitido al Ejecutivo para que cumpla con su obligación de sancionarlo y publicarlo.

"...El acuerdo de presupuesto debe estar sometido en su tramitación a la Constitución, a la ley o a las ordenanzas y en últimas a los reglamentos internos que profiere el mismo Concejo para el desenvolvimiento y desarrollo de su labor legislativa y es por ello que insiste la Procuraduría que las normas constitucionales o legales sobre presupuesto no establece un término parentorio para que el Concejo envíe el Acuerdo de Presupuesto aprobado durante el término de ley, es decir, en el período de sesiones ordinarias más los diez días de prórroga y si ello es así el Reglamento Interno del Concejo fué poco previsible y más aún poco realista al asignar una perentoriedad que la de ley no quiso determinar...".

El tribunal estima que lo anterior encuentra respaldo en las consideraciones hechas por el Consejo de Estado en providencia que también es citada por el Procurador, la cual es aplicable al caso controvertido: "

> ... Ahora bien, teniendo en cuenta que la ley no establece un término preciso y perentorio para que el Concejo envíe al Alcalde los proyectos de acuerdo por él aprobados, **la demora en hacerlo podría implicar una falta disciplinaria por parte del responsable** de dicho envío si se probare su negligencia y, más si esa demora tuviere por finalidad impedir al alcalde objetar el proyecto ante la inminente iniciación del período fiscal, **pero no le permite a éste desconocer que el proyecto por él enviado al Concejo había surtido el trámite legal y había sido aprobado en el último debate el 10 de diciembre de 1993..."** (Auto 19 de mayo de 1994. -sección primera. -Dr. Libardo Rodríguez. Expediente # 2892)".

Concluye el fallador de primera instancia señalando que el Alcalde Municipal de Pasto no podía asumir la competencia excepcional de que se ha hablado, ya que no se dio la situación de que el concejo respectivo no aprueba el acuerdo. El ejecutivo sí tuvo en su poder dicho acuerdo antes de comenzar la vigencia fiscal de 1994; es más, lo tuvo desde el mes de noviembre cuando formuló las objeciones que sufrieron el trámite de rigor.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 467 a 488 del Cdno. Ppal.):

Primer cargo: Respecto de la apreciación del Procurador de que el término que señala el Reglamento Interno del Concejo de Pasto debe empezar a contarse a partir del día siguiente a aquél en que la particular contratada entregó la transcripción del proyecto, el recurrente observa que dicha interpretación llevaría a implementar el caos jurídico y abolir prácticamente los términos que la ley y el reglamento han dispuesto para las diferentes actuaciones judiciales y administrativas. Además, dicho reglamento interno del concejo es de su iniciativa propia y fue aprobado voluntariamente por sus miembros, expidiendo el Acuerdo No. 001 de 14 de agosto de 1992 "Por el cual se dicta el Reglamento Interno del Código Municipal de Pasto, y se dictan otras disposiciones", en el que se estableció como término para remitir al alcalde municipal los proyectos de acuerdo, para lo de ley, el mismo día o el siguiente a aquél en que recibiera el tercer debate. Además, la apreciación del Procurador de que el Concejo fué poco realista al asignar una pe-

rentoriedad que la ley no quiso determinar, no es de recibo, por cuanto esa fue la voluntad contenida en dicho acuerdo, el cual se encuentra vigente al momento de surtirse el debate del proyecto de presupuesto.

Segundo cargo: El Tribunal también acoge lo expuesto por el Procurador en el sentido de que en el caso en estudio el acuerdo fue aprobado dentro del término de ley y que inexplicablemente el alcalde no cumplió con su obligación legal, esto es, la contenida en el artículo 114 del Código de Régimen Municipal que señala que éste sancionará sin poder presentar nuevas objeciones, el proyecto que reconsiderado por el concejo, fuere aprobado, olvidando que dicha norma contempla otra posibilidad jurídica que fue empleada por la Administración Municipal de Pasto y que es la revisión por parte del Tribunal de lo Contencioso del proyecto de acuerdo contentivo del presupuesto, lo que generaría una prejudicialidad, pues hasta la fecha de presentación del recurso, dicha revisión se encuentra en trámite ante el citado tribunal.

Tercer cargo: La Procuraduría considera que habiéndose proferido el acuerdo dentro del término de ley, la facultad para enviar a sanción del ejecutivo se tiene hasta el 31 de diciembre. La anterior interpretación no puede aceptarse, pues Colombia es un Estado Social de Derecho donde las suposiciones no pueden tener recibo legal. No puede suponerse que el concejo tiene términos ilimitados para cumplir con sus funciones; no debe olvidarse que el primero de enero de cada año, las dependencias encargadas del manejo presupuestal deben tener listos los libros de contabilidad para empezar con la ejecución del nuevo presupuesto, lo cual sólo puede hacerse cuando el proyecto contentivo se encuentre ya sancionado y publicado, porque sólo así se considera acuerdo, pues antes es un simple proyecto.

Cuarto cargo: No puede aplicarse por analogía la providencia citada por el Procurador y por el tribunal en el fallo de primera instancia, pues el asunto es sustancialmente diferente, ya que en el caso del Alcalde de Cúcuta éste adoptó un presupuesto que no correspondía al proyecto inicialmente presentado al concejo y el Reglamento Interno del Concejo de Cúcuta establece como término perentorio el 25 de diciembre para que el consejo envíe al alcalde el proyecto de acuerdo aprobado, adoptándolo el Alcalde de Cúcuta por decreto el 21 de diciembre, es decir antes de dicho vencimiento.

En el caso que nos ocupa, el alcalde expidió el respectivo decreto de presupuesto vencidos todos los términos que por ley (artículo 113 del Decreto 1333 de 1986, inc. 3o.) o por el reglamento del concejo (artículo 191 del Acuerdo No. 001 de 1992) se establece, razón por la que no es aplicable el auto de mayo 19 de 1994.

El artículo 130 del Código de Régimen Municipal dispone que el alcalde es el jefe de la Administración y como tal dictará las providencias necesarias en todas las ramas de la Administración; por su parte el artículo 135 numeral 3o. de la Carta Política señala que el alcalde debe asegurar la prestación de los servicios a su cargo. En desarrollo de las anteriores normas se hacía indispensable adoptar el presupuesto inicialmente expedido por el ejecutivo, sin que con esta medida se haya desconocido el proyecto presentado al concejo y los debates que allí se le habían dado, pues el ejecutivo municipal no puede estar a la expectativa de esperar el envío del acuerdo aprobado para su sanción, ante la inminencia del vencimiento del período fiscal, sino que por el contrario debe adoptar las soluciones del caso haciendo uso de los deberes que la Constitución y la ley la imponen.

Quinto cargo: Encontrándose vigente para la época de los hechos el Acuerdo No. 001 de 1992, debe respetarse por los miembros del Concejo de Pasto, pues así lo establece el artículo 123 de la Constitución Política al señalar que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista en la constitución, en la ley y el reglamento, en concordancia con el artículo 312 *ibídem* que incluye como servidores públicos a los miembros de las corporaciones públicas.

Dicho Acuerdo No. 001 de 1992 dispone en su artículo 187 que los proyectos aprobados en segundo debate se presentarán por escrito sin abreviaturas, raspaduras, borraduras ni entrerrenglonaduras. Por su parte, los artículos 190 y 191 ibídem, estatuyen respectivamente que "En tercer debate no se admiten modificaciones" y que "Pasado el tercer debate, el proyecto, firmado, se enviará ese mismo día o al siguiente para la sanción del Alcalde". Estas disposiciones no se cumplieron en el asunto que nos ocupa, pues cuando se aprueba un proyecto de acuerdo en tercer debate, lo cual según certificación del secretario del concejo se surtió el 9 de diciembre de 1993, debe estar prácticamente transcrito en su texto final, tal como lo ordena el artículo 187 del Acuerdo No. 001 de 1992. Al proyecto de acuerdo se le surte el tercer debate en el que no pueden hacérsele modificaciones, pues debe estar con la presentación ordenada en el citado artículo 187, siendo esta la razón legal para que no pudiera cumplirse con lo dispuesto en el artículo 191 del Reglamento Interno del Concejo Municipal de Pasto, el cual fué transgredido y por lo cual el alcalde en su afán de garantizar el cumplimiento del artículo 315 de la constitución política expidió por decreto el mismo proyecto que presentó al concejo municipal y que no fué remitido a él en los términos legales que se fijó voluntariamente el Concejo de Pasto.

El artículo 27 del Código Civil preceptúa que "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu...", luego siendo claro no puede darse otra interpretación al contenido del artículo 191

del citado acuerdo, cuando señala: "... el mismo día o al siguiente". Lo anterior se complementa con el artículo 62 del C. de R. P. M. que se refiere a la forma como deben entenderse los plazos señalados en días, meses y años.

Sexto cargo: Mediante oficio suscrito por el Secretario del Concejo Municipal de Pasto de fecha 20 de diciembre de 1993 y recibido por la Administración municipal el 21 del mismo y año, se reconoce que el proyecto de acuerdo expedido por el Concejo de Pasto se encuentra en transcripción, por lo que no se entiende por qué se encuentra en transcripción si aprobado significa en tercer debate y signado por el presidente del concejo y su secretario. Además, para el 27 de diciembre, fecha en que se entrega el documento a la Administración municipal y en la cual supone el recurrente se terminó el proceso de transcripción, el período para la expedición de acuerdos estaba totalmente agotado.

De lo anterior se deduce que si el acto estuvo en transcripción, ello es prueba suficiente de que durante el período legalmente establecido no se produjo el documento contentivo del presupuesto, sino que se trabajó y procesó posteriormente.

Se pregunta el apelante que si por transcripción se entiende copiar textualmente un texto determinado, qué finalidad tenía volver a copiar el texto del acuerdo del presupuesto? Ahora bien, si la finalidad es rehacer el documento con las observaciones hechas en segundo debate, ello significa que el acuerdo no se expidió conforme al reglamento interno de la Corporación Edílica del Municipio de Pasto.

Concluye al respecto el recurrente que para el 21 de diciembre de 1991 no podía estar el proyecto en transcripción, pues el reglamento interno estatuye que para tercer debate el proyecto de presupuesto debe estar perfectamente preparado y no admite modificación alguna.

Séptimo cargo: Desconocimiento de la obligación contenida tácitamente en el artículo 113 del Decreto 1333 de 1986, consistente en que los concejos municipales cuentan con un término legal para remitir sus proyectos de acuerdo al ejecutivo. Lo anterior, por cuanto no se le puede exigir a un alcalde que publique las sanciones u objeciones a los proyectos de acuerdo dentro de los seis días siguientes a aquél en que el concejo haya cerrado sus sesiones, cuando no le han sido entregados para que proceda de conformidad, por lo que a lo imposible nadie está obligado.

Octavo cargo: Ausencia de formalidades en el proceso.

El artículo 267 del C.C.A. señala que en los aspectos no regulados en este código se seguirá lo contemplado en el Código de Procedimiento Civil en lo que

sea compatible con la naturaleza de los asuntos conocidos por la jurisdicción contenciosa.

En el presente proceso se aceptaron como válidos documentos que sin ser expedidos por el Concejo Municipal de Pasto se encuentran autenticados por éste, esto es, la copia del Decreto 1113 de 1993, las objeciones al Proyecto de Acuerdo No. 092 de 1993, el Decreto 88 de 1978 (Código Fiscal del Municipio de Pasto), documentos signados por el Alcalde y que debieron ser autenticados por el Jefe de Archivo o el Secretario General o Privado, según el caso.

Lo anterior va en contra de los dispuesto en el artículo 168 del C.C.A., del artículo 174 del C. de P. C. y del artículo 29 de la C.N.; sin embargo tanto el concepto del Ministerio Público como el fallo del Tribunal Administrativo se basaron en dichos documentos sin tener en consideración que los documentos deben autenticarse por el funcionario que emite el acto, por quien los tenga bajo su custodia o, ante notario público. En consecuencia, desvirtuadas las pruebas, el fallo del tribunal debió ser inhibitorio.

Noveno cargo: El procedimiento funda sus pretensiones en la violación de normas de carácter local tales como los artículos 257, 244, 266, 269, 270, 280 y 293 del Código Fiscal del Municipio de Pasto (Decreto No. 88 de abril 24 de 1978), así como también en el Acuerdo No. 001 de 14 de agosto de 1992, de las cuales no anexó el texto completo, ni se encuentran debidamente autenticadas, lo que implica el desconocimiento del artículo 141 del C.C.A., por cuanto de contenido se extrae que si el demandante cita normas locales deberá anexar el texto integro de éstas debidamente autenticado o, solicitarlas a la oficina de origen para obtener copia de ellas.

Décimo cargo: El fallo del tribunal en la parte motiva no tocó lo concerniente a los argumentos expuestos por las partes, pretermitiendo con ello una parte esencial de la motivación de la sentencia, tal y como lo señala el artículo 170 del C.C.A. cuando expresa:

> "La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversía, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes...".

Décimo primer cargo: El acta No. 088 del 1o. de diciembre de 1993 se propone declarar parcialmente infundadas las objeciones al Acuerdo No. 092 de noviembre de 1993, por el cual se aprueba el Presupuesto de Rentas y Gastos, Recursos de Capital y Apropiaciones del Municipio de Pasto para la vigencia fiscal

de 1994, y así se aprueba sin que haya mediado justificaciones de orden constitucional y legal o de inconveniencia que justifiquen la medida.

Por último, el apelante, efectúa un análisis de los aspectos técnicos del presupuesto, en consideración a que el Tribunal de Nariño se refirió a las características que debe reunir todo presupuesto para tener una verdadera funcionalidad y operancia.

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte demandante no compareció en esta etapa del proceso.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Delegada ante esta Corporación no rindió concepto en el trámite de la segunda instancia.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Frente a los cargos planteados por el recurrente a la sentencia apelada, la Sala se pronuncia así:

El primer cargo ataca la apreciación del Procurador, tenida en cuenta en la sentencia recurrida, en cuanto señala que el término establecido en el Reglamento Interno del Concejo de Pasto, debe contarse a partir del día siguiente a aquél en que la particular contratada entregó la transcripción del proyecto. Lo anterior por cuanto con ello desconoce los términos establecidos en la ley y el reglamento, el cual fue aprobado por los miembros del concejo.

Al respecto observa la Sala que el Decreto 88 de 24 de abril de 1978 que contiene el Código Fiscal del Municipio de Pasto, y que obra a folio 360 del Cdno. Ppal., en sus artículos 255 y 293 estipula respectivamente:

> "Artículo 255. -El Presupuesto Municipal es el acto de la administración mediante el cual anticipadamente se computan las rentas e ingresos y se autorizan los gastos públicos, guardándose estricto equilibrio entre unos y otros para una anualidad conforme a los planes y programas Municipales a corto y largo plazo.
>
> En la preparación, presentación, trámite y manejo del presupuesto se aplicarán las normas de este Código y como supletorias las disposiciones nacionales sobre la materia" (negrillas fuera del texto).

"Artículo 293. - Si el Concejo por cualquier circunstancia no expidiere el Acuerdo de Presupuesto antes de la media noche del 30 de noviembre, del respectivo año, regirá el proyecto de presupuesto presentado por el Gobierno Municipal en la oportunidad ordenada por la Ley.

PARAGRAFO. -Si el Concejo decide sesionar por diez (10) días más, la fecha indicada en este artículo se trasladará al último día de sesiones"(negrillas fuera del texto).

De la norma anterior resulta que si el Concejo sesiona por diez días más, como sucedió en el caso subjudice, hasta esa fecha tiene oportunidad de expedir el acuerdo de presupuesto y el hecho de que así no lo haga es precisamente la condición para que el alcalde puede expedir mediante decreto el proyecto por él presentado oportunamente. En el caso analizado el Concejo expidió oportunamente el acuerdo de presupuesto, después de estudiar y tramitar las objeciones del alcalde, como se desprende del Acta No. 090 del 9 de diciembre de 1993, según obra de folio 237 del Cuaderno Principal, donde se lee:

"PROYECTO DE ACUERDO

Por medio del cual se calcula el presupuesto de rentas y gastos, recursos de capital y apropiaciones del Municipio de Pasto, para la vigencia Fiscal de 1994.

La Secretaría da lectura al proyecto de Acuerdo.

Se pone en consideración el proyecto de Acuerdo leído en Tercer debate, y es aprobado.

La Presidencia Pregunta: Quiere el Concejo que este Acuerdo sea Ley Municipal? y es aprobado.

Pasa para sanción del Sr. Alcalde".

De lo anterior también resulta que si bien es cierto que el artículo 191 del Reglamento Interno del Concejo contenido en el Acuerdo 001 de 14 de agosto de 1992, establece que "pasado el tercer debate, el proyecto firmado se enviará ese mismo día o al siguiente, para la sanción del alcalde", este término no modifica la situación del decreto acusado, por las siguientes razones:

a) La norma del reglamento es general mientras que la citada del Código Fiscal es especial para el proyecto de acuerdo de presupuesto.

b) El término previsto en el reglamento para el envío de los proyectos a sanción una vez aprobados en tercer debate no puede entenderse propiamente como un requisito de procedimiento para la expedición de acuerdo, sino simplemente como un término para un trámite interno que se traduce en una obligación de quien debe realizarlo y que puede conllevar a la configuración de una falta disciplinaria, más no a afectar la validez del proyecto en sí mismo.

En consecuencia, el alcalde no podía, con fundamento en esa norma considerar que el proyecto no se había expedido dentro del término legal y que pudiera, por lo tanto, poner en vigencia el proyecto por él presentado.

Por las anteriores razones, el cargo no prospera.

En cuanto al segundo cargo, esto es, el desconocimiento de la prejudicialidad generada en virtud de que el proyecto de acuerdo contentivo del presupuesto se encuentra en revisión por parte del Tribunal Administrativo de Nariño, tampoco es de recibo, toda vez que lo que aquí se está ventilando es si el alcalde tenía o no la facultad de expedir por decreto el presupuesto de Rentas y Gastos, Recursos de Capital y Apropiaciones del Municipio de Pasto para la vigencia fiscal de 1994 y no la legalidad del proyecto de acuerdo aprobado por el concejo."

Frente al tercer cargo, esto es, que no puede suponerse que el concejo tiene términos ilimitados para cumplir con sus funciones, debe anotarse que como quiera que, según lo expresado en relación con el primer cargo, el término previsto por el reglamento solo puede entenderse como una obligación del funcionario responsable del envío para la sanción del alcalde una vez resueltas las objeciones, y teniendo en cuenta que la vigencia fiscal se encuentra dentro del período comprendido entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre del respectivo año, es hasta esta última fecha que puede enviarse aquél, sin que pueda decirse que por ello el concejo tiene términos ilimitados.

Dentro del marco anterior, la Sala considera aplicable el caso controvertido lo expresado en la providencia de fecha 19 de mayo de 1994, proferida por esta Sección dentro del proceso No. 2892, en el cual se expresó:

> "...Ahora bien, teniendo en cuenta que la ley no establece un término preciso y perentorio para que el Concejo envíe al alcalde los proyectos de acuerdo por él aprobados, lo demora en hacerlo podría implicar una falta disciplinaria por parte del responsable de dicho envío si se probare su negligencia y, más aún, si esa demora tuviera por finalidad impedir al alcalde objetar al proyecto ante la inminente iniciación del período fiscal, pero no le permite a este último des-

conocer que el proyecto por él enviado al concejo había surtido el trámite legal y había sido aprobado en último debate el 10 de diciembre de 1993...".

Por lo anterior no prospera el cargo.

Como cuarto cargo el recurrente afirma que no es aplicable la providencia citada de fecha 19 de mayo de 1994 proferida por esta misma Sección dentro del proceso No. 2892, toda vez que en el caso allí expuesto el alcalde de Cúcuta adoptó un presupuesto que no correspondía al inicialmente presentado antes de la fecha límite establecida por el Reglamento Interno del Concejo Municipal de Cúcuta, mientras que en el presente caso el Alcalde expidió el decreto acusado vencidos los términos contenidos en el inciso 3o. del artículo 113 del Decreto 1333 de 1986 y en el artículo 191 del Acuerdo 001 de 1992.

En el caso que nos ocupa se encuentra demostrado que el proyecto de acuerdo fue aprobado en tercer debate por el concejo, el día 9 de diciembre de 1993 (fl. 237 del Cdno. Ppal.) y que si bien no fue enviado de inmediato para su sanción al alcalde, esto se debió a la no oportuna transcripción del mismo. Además el alcalde tuvo conocimientos de que el proyecto de acuerdo se encontraba en transcripción, si no antes, sí con certeza el día 21 de diciembre de 1993, es decir, el mismo día de expedición del Decreto No. 1113 acusado de nulidad, tal y como consta en el Oficio No. 600 de fecha 20 de diciembre del mismo año (fl. 333 del Cdno. Ppal.).

De otra parte, se tiene que la mencionada providencia sí es de recibo en el presente caso, ya que el inciso 3o. del artículo 113 del Decreto 1333 de 1986 preceptuaba:

"...Si el concejo se pusiere en receso dentro de estos términos, el alcalde está en la obligación de publicar el proyecto sancionado u objetado, dentro de los seis días siguientes a aquel en que el concejo haya cerrado sus sesiones".

Lo anterior no es cuestión que se esté discutiendo en el asunto en comento, pues si bien es cierto que no se le podía exigir al alcalde la publicación del proyecto sancionado si aún no lo había recibido, también lo es que esta circunstancia no es objeto de la litis, pues no se está argumentando que dentro de dicho plazo, esto es, dentro de los seis días siguientes al receso del concejo al alcalde debía sancionarlo, sino que éste debió hacerlo una vez que, reconsiderado el proyecto, fuere aprobado por el concejo, tal y como lo estipulaba el artículo 114 del Decreto 1333 de 1986 y obviamente una vez lo tuviese en su poder. En consecuencia, el alcalde se apresuró al adoptar por decreto el Presupuesto de Rentas y Gastos.

De otra parte, como ya se indicó en relación con el primer cargo el término establecido en el artículo 191 del Reglamento del Concejo se traduce en un deber de los responsables del envío del proyecto aprobado al alcalde, pero no tiene la virtualidad de influir en la validez del proyecto ni de transferir al alcalde la competencia para poner en vigencia su propio proyecto.

Por lo mismo, tampoco lo previsto en las otras normas citadas por la parte recurrente (arts. 130 del Código de Régimen Municipal 135, numeral 3 de la Constitución) permiten al alcalde la expedición del decreto demandado.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

En el quinto cargo se aduce el desconocimiento de los artículos 187, 190 y 191 del Acuerdo No. 001 de 1992, contentivo del Reglamento Interno del Concejo Municipal de Pasto, lo cual debe ser desechado por cuanto, como se expresó en relación con el cargo primero al analizar el artículo 191 citado, allí se consagra un deber de las autoridades del concejo responsables del trámite del proyecto de acuerdo, deber cuyo incumplimiento puede traducirse en una falta disciplinaria, pero artículos 187 y 190 del Reglamento, debe notarse que en ningún momento se ha discutido el que se hayan introducido reformas al proyecto en el tercer debate ni que el proyecto aprobado en segundo debate se haya presentado con "abreviaturas, raspaduras, borraduras o entrerrenglones" lo cual, además, no constituye aspecto de fondo que pudiere afectar la validez del proyecto.

En el sexto cargo el recurrente insiste en que como el proyecto de acuerdo contentivo el presupuesto se encontraba en transcripción el 20 de diciembre, ello quiere decir que el período para la expedición de acuerdos estaba agotado y que no tramitó de acuerdo con las normas del reglamento del concejo. Sustenta lo anterior en el hecho de que mediante oficio suscrito por el Secretario del Concejo Municipal de Pasto de fecha 20 de diciembre de 1993 y recibido por la Administración municipal el 21 del mismo mes y año, se reconoce que el proyecto de acuerdo se encuentra en transcripción, por lo que se pregunta que si por transcripción se entiende copiar textualmente un texto determinado, qué finalidad tenía volver a copiar el texto del acuerdo.

Al respecto la Sala estima que tampoco prospera el cargo, pues se reitera que no existe prueba alguna de que el proyecto hubiese sido modificado con posterioridad a su aprobación en tercer debate ni ello se ha debatido en el proceso. Así mismo, es apenas lógico que la transcripción tuviera como finalidad una mejor presentación del proyecto, sin que ello implique modificación alguna del mismo, lo cual considera el recurrente que habría sido el motivo de dicha transcripción, sin

que pruebe su dicho. Por otra parte, ya quedó establecido que el término para aprobar el proyecto de acuerdo era el 10 de diciembre y dentro del mismo se produjo dicha aprobación, sin que ese término se afecte por el previsto en el reglamento interno para enviar el proyecto a sanción. En consecuencia, este cargo tampoco prospera.

En el séptimo cargo el recurrente afirma que se desconoció el término que tácitamente consagra el artículo 113 del Decreto 1333 de 1986, en cuanto al término legal que tiene el concejo para remitir los proyectos de acuerdo al alcalde, por lo que no se le podía exigir lo imposible, esto es, su publicación, si ni siquiera lo había recibido. El cargo es desestimado por las mismas razones expuestas en el cuarto cargo, en cuanto a que lo que está discutiendo no es si el alcalde tenía o no la obligación de sancionarlo dentro de los seis días a que se refiere el articulo 113 arriba citado, sino que debió hacerlo una vez fuere aprobado por el concejo en tercer debate y lógicamente enviado a él para su sanción.

El octavo cargo lo hace consistir el apelante en que el tribunal tuvo en cuenta para proferir su fallo, documentos que no fueron autenticados en debida forma, considerando que el fallo que nos ocupa debió por tal motivo ser inhibitorio.

La anterior apreciación no es de recibo en este momento procesal, pues dichos documentos se encuentran autenticados por autoridades públicas, como el mismo recurrente lo reconoce, lo cual hace presumir su autenticidad, sin que el interesado los haya tachado de falsos oportunamente.

En consecuencia, no prospera el cargo.

En el noveno cargo sostiene el apelante que el fundar sus pretensiones el demandante en la violación de normas de carácter local, debió hacer anexado el texto violación de normas de carácter local, debió haber anexado el texto íntegro de las mismas, tal y como se desprende del artículo 141 del.C.C.A. Este cargo no puede prosperar por la misma razón expuesta en el cargo anterior.

El décimo cargo atribuido al fallo del tribunal, es el no haber tenido en cuenta los argumentos de las partes, tal y como lo ordena el artículo 170 del C.C.A. Este cargo debe ser desestimado, pues en la sentencia apelada se analizaron los argumentos de las partes, sin que por ello necesariamente tengan que ser acogidos por el fallador, ya que es precisamente su deber, con base en las pruebas aportadas, decidir si dichos argumentos se ajustan o no a la realidad procesal.

Por último, en el **décimo primer cargo** el apelante se refiere a la falta de justificaciones de orden constitucional y legal o de inconveniencia para la declaratoria

de parcialmente infundadas de las objeciones al proyecto de presupuesto No. 092 de noviembre de 1993 y a aspectos técnicos del presupuesto, cuestiones que no son objeto de análisis en este proceso, por lo cual esta Corporación se abstiene de pronunciarse sobre el particular.

En conclusión, la Sala encuentra que los cargos esgrimidos por el recurrente no lograron desvirtuar los argumentos tenidos en cuenta en el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño para declarar la nulidad del acto acusado, por lo cual aquel deberá ser confirmado.

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

FALLA:

Primero.- CONFIRMASE la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 9 de junio de 1994.

Segundo.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dos de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Se reitera la sentencia de 19 de mayo de 1994, Exp. 2892 de la Sección Primera.

ESTATUTO DE SANTAFE DE BOGOTA. CONCEJO DEL DISTRITO CAPITAL. CORPORACION ADMINISTRATIVA

Respecto del cargo de violación que hace el actor al art. 8 del Decreto 1421 de 1993, en el aparte que señala que en materia administrativa las atribuciones del Concejo son de carácter normativo, la Sala no aprecia la infracción de los arts. 3 y 312 de la Carta Política, por cuanto dicha norma no le está quitando al concejo su condición, la cual se manifiesta a través de la expedición de normas que participan de la misma naturaleza del ente que las expide, esto es, de naturaleza o carácter administrativo.

DISTRITO CAPITAL - Régimen Aplicable

Las facultades atribuidas a los concejos municipales por el art. 313 de la Carta Política y las asignadas a los alcaldes en el art. 315 *ibídem*, no pueden predicarse respecto al Distrito Capital, pues por mandato expreso del art. 322 *ibídem* este tiene un régimen especial y a través de leyes especiales, como el decreto acusado, se puede regular una normatividad diferente de la prevista en aquellos. En efecto, la Constitución Política dedicó un capítulo especial al régimen del Distrito Capital (capítulo 4. Título XI), y en el art. 322 inciso 2 previo que su "régimen político fiscal y administrativo será el que determine la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios..."

CONCEJO DEL DISTRITO CAPITAL-Prohibiciones. **PARTICIPACION CIUDADANA** - Mecanismos

La consagración de prohibiciones para intervenir o tomar parte en asuntos que no corresponde resolver al concejo que son de resorte de otras

autoridades, amén de que garantiza la autonomía de las entidades para decidir sus propios asuntos, en nada afecta el ejercicio de la soberanía que emana del pueblo y que se traduce de los mecanismos de participación que la carta ha previsto tales como: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato, porque no guarda relación alguna con el tema, como tampoco afecta la eficiente prestación de los servicios públicos ya que para dicha prestación el art. 12 del Decreto 1421 de 1993 faculta al Concejo para dictar las normas necesarias y, en armonía con ello, corresponde al Alcalde Mayor asegurar el cumplimiento de las mismas.

CONCEJO DEL DISTRITO CAPITAL - Reglamento

Si bien es cierto que dentro de las funciones de los art. 12 y 176 del Decreto 1421 de 1993 le señalaron al concejo distrital está la de "darse su propio reglamento" y que las materias a que se contraen las normas acusadas pueden ser reguladas por dicha vía, ello en manera alguna significa que no puedan ser objeto de regulación legal, es decir, que sean privativas del reglamento.

EMPLEADO PUBLICO DISTRITAL - Régimen Disciplinario. PROCESO DISCIPLINARIO. VIA GUBERNATIVA. NORMAS MUNICIPALES - Aplicación

Preceptúa el ordinal 8 del art. 130 del Decreto 1421/93 "los procesos disciplinarios de los empleados públicos del distrito y sus entidades descentralizadas se adelantará conforme a las siguientes reglas: ...8o. las sanciones serán de aplicación inmediata y los recursos se concederán en el efecto devolutivo". Sostiene el actor que esta disposición es violatoria del art. 29 de la Constitución Política porque según el art. 322 *ibídem* al Distrito Capital le son aplicables las normas vigentes para los municipios y en materia de recursos la Ley 27 de 1992, que por mandato del art. 126 del Decreto 1421 de 1993 está vigente, consagra el efecto suspensivo. Al respecto precisa la Sala que del contenido del art. 322 de la Carta Política se infiere que las disposiciones aplicables al Distrito Capital en su orden son: las Constitucionales, luego las contenidas en leyes especiales y en defecto de éstas, las vigentes para los municipios. De tal suerte que como la Constitución no se refirió a los efectos en que debe concederse los recursos en materia disciplinaria pero el Decreto 1421 de 1993, que es la ley especial, si lo hace, las disposiciones aplicables en este caso son las reguladas en el, pues solo en defecto de estas se aplican las vigentes para los

municipios. Por lo demás, el art. 126 del Decreto 1421 de 1993 invocó la vigencia de la Ley 27 de 1992 pero no en materia de recursos sino del régimen de los empleados de carrera administrativa, que es la situación que dicha norma prevé. Por tal razón no existe inconveniente jurídico alguno que impida que en materia de recursos en los procesos disciplinarios pueda apartarse del Distrito Capital de las normas vigentes para los municipios.

DISTRITO CAPITAL-Tributación. IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Bogotá

El art. 154 del Decreto 1421 de 1993 regula el impuesto de industria y comercio y en su ordinal 6 prevé que " sobre la base gravable definida en la ley, el concejo aplicará una tarifa del 2 por mil (2%) al treinta por mil (30%)". Frente a esta disposición al actor invoca la violación del art. 33 de la Ley 14 de 1983 que prevé porcentajes menores. Estima la sala que tampoco tiene vocación de prosperidad del cargo ya que el Decreto 1421 de 1993, del cual forma parte la norma acusada, tiene la misma fuerza normativa que la ley y por tal razón se encuentra en el mismo orden de jerarquía de la Ley 14 de 1983, esto es, no le debe subordinación, pudiendo por lo mismo consagrar disposiciones diferentes en materia del impuesto de industria y comercio.

DISTRITO CAPITAL. CONTRIBUCION DE VALORIZACION POR BENEFICIO GENERAL - Bogotá. CONTRIBUCION DE VALORIZACION POR BENEFICIO LOCAL

Estatuye el art. 157 en su inciso 1 del Decreto 1421/91 "valorización corresponde al Concejo establecer la contribución de valorización por beneficio local o general, determinar los sistemas y métodos para definir los costos y beneficios de la obras y fijar el monto de las sumas que se pueden distribuir a título de valorización y como recuperación de tales costos o de parte de los mismos y la forma de hacer su reparto.." El actor señala que en el aparte subrayado del acto acusado transgrede el art. 338 de la Carta, al ir más allá de lo que ordena esta norma sobre valorización, pues la fijación de tales montos se hace en forma subjetiva y sin definir el costo de las obras. Confrontando la norma acusada con la disposición contenida en el art. 338 que se cita como vulnerado, la sala no aprecia su infracción, y sí por el contrario, la armonía de aquélla con este. En efecto, el precepto constitucional consagrado en el art. 338, en tratándose de la fijación de tarifas de las tasas y contribuciones que se cobren a los contribuyentes,

como recuperación de los costos de servicios que les presten o participación de los beneficios que les proporcionen, señala que: "el sistema y el método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos...".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de Febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia Expediente No. 2651. Acción: Nulidad. Actor: José Cipriano León C.

El ciudadano JOSE CIPRIANO LEON C., obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción que consagra el artículo 84 del C.C.A., demanda de esta Corporación la declaratoria de nulidad de los artículos 8o., 13 párrafo segundo, 18 ordinales 5o. y 6o., 19 a 26, 54, 55 a 58, 118, 130, 135, 136, 143 párrafo segundo, 146, 147, 149, 150, 151, 154, 157, 161, 172, 176 y 177 del Decreto 1421 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá".

I. CONCEPTO DE LA VIOLACION

En apoyo de sus pretensiones aduce el actor, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1o): El artículo 8o. en la parte que enuncia que en materia administrativa las atribuciones del Concejo son de carácter normativo, viola el artículo 312 de la Constitución Nacional ya que esta norma dice expresamente que el Concejo es una corporación administrativa elegida popularmente, y no lo limita a la materia administrativa de solo normatividad.

Además, se vulnera el artículo 3o. *ibídem* porque se desconoce la representatividad de los elegidos por el pueblo y la soberanía popular de donde emana el poder público.

2o); El artículo 13 en su segundo párrafo dice que sólo podrán ser dictados o reformados a iniciativa del Alcalde los Acuerdos a que se refieran los ordinales 2,3,4,5,8,9,14, y 21 del artículo 12.

a): El ordinal 2o. del artículo 12 se refiere al Plan General de Desarrollo Económico y Social y de Obras Públicas. Resulta violado el artículo 313 ordinal

2o. de la Constitución por cuanto esta norma dice que corresponde al Concejo "Adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas", y no dice que deba ser de iniciativa del Alcalde. Y dentro de las atribuciones del Alcalde que consagra el artículo 315 *ibídem* está la de presentar oportunamente al Concejo proyecto de Acuerdo sobre esta materia, pero es muy diferente que el Alcalde tenga esta facultad a tener la iniciativa, y que el Concejo no pueda diseñar su propio Plan de Desarrollo esperando que el Alcalde lo presente oportunamente.

b): El ordinal 3o. del artículo 12 a que se refiere el artículo 13 acusado regula la facultad de establecer, reformar o eliminar tributos, contribuciones, impuestos, sobretasas, ordenar exenciones tributarias y establecer sistemas de retención y anticipos.

El ordinal 4o. del artículo 313 de la Constitución Nacional le dá esta facultad al Concejo sin que diga expresamente que es a iniciativa del Alcalde. "Por ello resulta violada esta disposición.

c): El ordinal 4o. del artículo 12 señala como atribuciones del Concejo la de dictar normas orgánicas de presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.

Los artículos 346, 348, 353 y 286 de la Constitución Política en nada cambian la competencia que tiene el Concejo de Bogotá para dictar el presupuesto. Por ello se viola el artículo 313 ordinal 5o. *ibídem*.

d): El ordinal 8o. del artículo 12 señala como función del Concejo: "Determinar la estructura general de la administración central, las funciones básicas de sus entidades y adoptar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos".

El artículo 13 acusado cuando determina que el numeral 8o. del artículo 12 en mención deba ser iniciativa del Alcalde para dictar o reformar exclusivamente lo referente a dicho numeral, vulnera el artículo 313 ordinal 6o. de la Constitución.

e): El ordinal 14 del artículo 12 consagra como función del Concejo la de "fijar la cuantía hasta la cual se puedan celebrar contratos directamente y prescindir de la formalidad del escrito, según la naturaleza del contrato y de la entidad contratante".

Respecto del proyecto de Acuerdo que regula esta materia el párrafo 2o. del artículo 13 del decreto acusado prevé la iniciativa del Alcalde, lo cual viola el

artículo 313 ordinal 3o. de la Constitución que indica como función del Concejo la de "Autorizar al alcalde para celebrar contratos...", pues ello significa que la Constitución no ha dicho que tal facultad sea iniciativa del Alcalde.

f): El ordinal 16 del artículo 12 faculta al Concejo Distrital para dividir el territorio del distrito en localidades, asignarles competencias y asegurar su funcionamiento y recursos.

El artículo 13 enjuiciado al darle iniciativa al Alcalde para la facultad anterior, viola el artículo 313 ordinal 6o. de la Constitución porque quien tiene la competencia exclusiva es el Concejo.

g): El ordinal 17 del artículo 12 regula la facultad del Concejo para autorizar el cupo de endeudamiento del Distrito y de sus entidades descentralizadas. Al darle el artículo 13 la iniciativa al Alcalde para que ejerza tal función, viola el ordinal 5o. del artículo 313 de la Constitución, pues tal facultad es del Concejo.

h): El ordinal 21 del artículo 12 se refiere a los Acuerdos sobre la expedición de normas que autorice la ley para regular las relaciones del Distrito y sus servidores, especialmente las de carrera administrativa, lo cual coincide con el ordinal 6o. del artículo 313 de la Constitución Política, norma ésta que resulta violada porque la función de definir la estructura y dictar normas sobre carrera administrativa es de exclusiva competencia del Concejo y sobre carrera administrativa debe estar sometida a lo que diga la Ley y en este caso el artículo 2o. de la Ley 27 de 1992 le reconoce vigencia al Acuerdo 12 de 1987.

i): La parte final del artículo 13 que consagra que sólo podrán ser dictados o reformados a iniciativa del Alcalde los Acuerdos que decreten inversiones, ordenen servicios a cargo del Distrito, autoricen enajenar sus bienes o dispongan exenciones tributarias o cedan sus rentas, viola el ordinal 2o. del artículo 313 de la Constitución Nacional, porque las inversiones únicamente están concentradas en los Planes y Programas de Desarrollo Económico y Social y de Obras Públicas cuya expedición es competencia del Concejo; quebranta el ordinal 7o. *ibídem* por cuanto los usos del suelo y enajenación de inmuebles son material de reglamentación por parte del Concejo; e infringe el ordinal 4o. *ibídem* porque el que tiene la facultad de votar, de conformidad con la Constitución y la Ley, los tributos y gastos locales es el Concejo.

3o): El artículo 18 en sus ordinales 5o. y 6o. al consagrar como prohibición al Concejo y miembros de la Corporación de tomar parte en la tramitación o decisión de asuntos que no deba resolver el Concejo mismo y elegir representantes, voceros

o delegados suyos o de sus comisiones, en juntas, consejos o comités que deban tramitar o decidir asuntos de carácter general o autoridades distritales, viola el artículo 3o. de la Constitución Nacional, ya que los representantes que elige el pueblo son una forma de representación ante las entidades y más cuando se trata de servicios públicos domiciliarios.

Se vulnera el artículo 293 *ibidem* por cuanto las prohibiciones consagradas no están incluídas dentro de las facultades que la Constitución le dió a la Ley Especial.

El ordinal 6o. impide la acción administrativa del Concejo lo cual quebranta los artículos 3o., 312 y 313 ordinal 1o. de la Constitución Política.

4o): Los artículos 19 y 26 que regulan las actuaciones del Concejo son nulos, por cuanto, de una parte, el ordinal 24 del artículo 12 del Decreto 1421 de 1993 le dió potestad al Concejo para darse su propio reglamento, y es absurdo que en las normas acusadas se definan órdenes y reglas para desempeñar las funciones propias de los Concejales. De otra parte, la misma Ley en artículo posterior (176 del Decreto 1421 de 1993) le ha dado la facultad al Concejo de reglamentarse, es decir, de expedir sus propias reglas de juego en conjunto.

Según el artículo 10 ordinal 2o. del C.C., cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallen en el mismo código, se preferirá a la disposición consignada en el artículo posterior.

Se viola el artículo 293 de la Constitución sobre criterios de elección popular que deben tener en cuenta los ciudadanos, a excepción del criterio que defina el período de sesiones que sí está permitido a la Ley fijarlo.

5o): El artículo 54, al determinar la estructura administrativa del Distrito Capital, viola el ordinal 6o. del artículo 313, pues corresponde al Concejo tal facultad. La Ley especial no puede estar por encima de la Constitución y quien determina la estructura del Municipio según ésta es el Concejo.

6o): El artículo 55 enuncia que corresponde al Concejo Distrital, a iniciativa del Alcalde Mayor, crear, SUPRIMIR Y FUSIONAR, Secretarías y Departamentos Administrativos, establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales y entes universitarios autónomos y asignarles funciones básicas, y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

Se viola el artículo 313 ordinal 6o. de la Constitución que se refiere a la iniciativa de CREAR establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

7o): El artículo 56 viola los ordinales 1o. a 6o. del artículo 313 de la Constitución, por cuanto a la Ley especial no se le dió la facultad de determinar la estructura de la administración distrital ni los funcionarios de sus dependencias, ni la composición de las Juntas Directivas de los servicios públicos domiciliarios que son parte de la estructura administrativa corresponde al Concejo.

En lo que atañe a que el Concejo no puede designar miembros a las Juntas Directivas, viola el artículo 3o. de la Constitución por limitar a los representantes de elección popular el ejercicio de la soberanía, ya que el artículo 292 *ibidem* solo limita a los Diputados, Concejales y familiares, pero nunca les prohibe elegir sus voceros ante las Juntas Directivas, pues antes bien el Concejo como Corporación Administrativas debe tener sus representantes para ejercer su soberanía.

8o): El artículo 57 viola el artículo 53 de la Constitución en cuanto a la igualdad de oportunidades a los trabajadores con el derecho otorgado en la ley de participar en las Juntas.

9o): El artículo 58 viola los ordinales 5o. y 6o. del artículo 313 de la Carta por cuando la regulación que allí se hace corresponde al Concejo.

10o): El artículo 118, que crea la Veeduría Distrital, viola el ordinal 6o. del artículo 313 por cuanto ello es competencia del Concejo para determinar la estructura de la administración y la Constitución no le dió esta facultad a la Ley porque estaba definida en aquélla.

11-. El artículo 130 enuncia el régimen disciplinario para los empleados públicos del Distrito y sus entidades descentralizadas. El ordinal 8o. prevé que las sanciones serán de aplicación inmediata y que los recursos se concederán en el efecto devolutivo. Esta disposición viola el artículo 29 de la Constitución sobre debido proceso en las actuaciones administrativas, pues según el artículo 322 de la Carta al Distrito Capital le son aplicables las normas vigentes para los municipios. La Ley 27 de 1992 y en especial al Acuerdo 12 de 1987 señalan que habrá recursos de reposición y apelación y sus efectos serán suspensivos según el artículo 55 del Decreto 01 de 1984, y conforme al artículo 126 del Decreto 1421 de 1993, son aplicables las disposiciones de la Ley 27 de 1992.

12-. El artículo 135 crea el Consejo Distrital de Políticas Económica y Fiscal. Esta disposición viola el ordinal 6o. del artículo 313 de la Carta por cuanto a la Ley especial no se le ha dado facultad para crear dicho ente, por ser competencia del Concejo mediante Acuerdo.

13-. El artículo 136 al definir normas orgánicas del presupuesto y volverle a dar la iniciativa al Alcalde Mayor viola el ordinal 5o. del artículo 313 de la Constitución que le otorga esta facultad al Concejo.

14-. El artículo 143 segundo párrafo viola el ordinal 5o. del artículo 313 de la Constitución.

15-. El artículo 146 genera unas limitaciones al sistema de contratación para participar en procesos contractuales, lo cual vulnera los ordinales 1 y 3 del artículo 313 de la Constitución pues el Concejo de Bogotá es una Corporación Pública, según el artículo 291 *ibídem*, y administrativa conforme la define el artículo 312 de la misma Carta.

Es competencia del Concejo reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios públicos a cargo del municipio y por ello es necesario que el sistema de contratación deba reglamentarlo el Concejo.

16-. El artículo 147 claramente el ordinal 3o. del artículo 313 de la Carta Política pues está omitiendo la autorización del Concejo al Alcalde para celebrar contratos.

17-. Los artículos 149 y 151 violan el ordinal 3o. del artículo 313 de la Constitución, ya que primero el Concejo debe autorizar al Alcalde y éste a su vez autorizar o delegar en sus funcionarios como autoridades distritales la celebración de contratos.

18-. El ordinal 6o. del artículo 154 viola el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, ley ésta que se aplica por mandato del artículo 40 *ibídem*.

19-. El artículo 157 en la parte que señala "...o fijar el monto de las sumas que se puedan distribuir a título de valorización y como recuperación de tales costos o parte de los mismos..." viola el artículo 338 de la Constitución al ir más allá de lo que ordena esta norma sobre valorización, pues la fijación de tales montos se hace en forma subjetiva y sin definir el costo de las obras.

20-. El artículo 161 sobre Tesorería viola el ordinal 6o. del artículo 313 de la Constitución Política porque al Concejo de Bogotá le corresponde determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, y a la ley especial no se le ha dado esa facultad porque el artículo 322 *ibídem* dice que el régimen de Santa Fe de Bogotá como Distrito Capital es el que defina la Constitución.

21-. El artículo 176 al prever que el Gobierno Distrital definirá, por una sola vez, la competencia de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas y la forma de designación de aquellos miembros cuyos nombramientos no corresponden al Alcalde, así como aquél adoptará la nomenclatura de los cargos de la veeduría y su escala de remuneración, viola el ordinal 6o. del artículo 313 de la Constitución pues ello es competencia del Concejo.

Dicha norma al contemplar como función del Gobierno Distrital la de expedir las normas estrictamente necesarias para armonizar las disposiciones vigentes en el Distrito sobre carrera administrativa, régimen del Decreto deban ser decididas por distintas autoridades, viola los ordinales 5o. y 6o. del artículo 313 de la Constitución, pues estas materias son del resorte del Concejo, además que el artículo 315 *ibídem* no le ha planteado ninguna función al Gobierno Distrital sino al Alcalde.

El párrafo segundo del numeral 2o. del artículo 176, cuando enuncia que los Decretos que para cada año dicte el Gobierno Distrital serán presentados como proyectos de acuerdo, está invirtiendo la jerarquía, pues los actos del Concejo están por encima de los del Gobierno Distrital (artículo 313 y 322 de la Constitución).

22.- El artículo 177, que trata sobre la supresión de revisorías fiscales, viola los ordinales 1o. y 6o. del artículo 313 de la Constitución, por cuanto el único que puede suprimir las dependencias es el Concejo, porque es el único que tiene la facultad de determinar la estructura de la administración, además que dicha norma vulnera el artículo 25 ibídem.

II-. ACTUACION

Mediante proveído de 25 de Octubre de 1993 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de los efectos del párrafo segundo del artículo 13 del Decreto 1421 de 1993, en cuanto incluyó los ordinales 3o., 8o, 14 y 21 del artículo 12 *ibídem*; de la frase "autoricen enajenar sus bienes y dispongan exen-

ciones tributarias o cedan sus rentas", contenida en la parte final del citado párrafo; y del artículo 147 *ibidem*.

Por auto de 10 de Marzo de 1994 se revocó el proveído anterior disponiéndose en su lugar la denegatoria de la suspensión provisional.

La Nación - Ministerios de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación y Alcaldía Mayor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá- no contestaron la demanda.

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión las partes ni el Ministerio público hicieron uso de tal derecho.

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado planteó un conflicto de jurisdicción entre la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Corte Constitucional para conocer de los procesos en los cuales se controvierte la constitucionalidad del Decreto 1421 de 1993, que luego del trámite de rigor fue dirimido en favor de esta Corporación por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

III-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1-. Respecto del cargo de violación que hace el actor al artículo 8o. del Decreto 1421 de 1993, en el aparte que señala que en materia administrativa las atribuciones del Concejo son de carácter normativo, la Sala no aprecia la infracción de los artículos 3o. y 312 de la Carta Política, por cuanto dicha norma no le está quitando al Concejo su condición de corporación administrativa sino que por el contrario le está reconociendo tal condición, la cual se manifiesta a través de la expedición de normas que participan de la misma naturaleza del ente que las expide, esto es, de naturaleza o carácter administrativo. Por lo anterior, no está llamado a prosperar el cargo.

2-. Prescribe el párrafo segundo del artículo 13 acusado:

"Sólo podrán ser dictadas o reformados a iniciativa el alcalde los acuerdos a que se refieren los ordinales 2o., 3o., 4o, 8o., 9o., 14, 16, 17 y 21 del artículo anterior. Igualmente, sólo podrán ser dictados o reformados a iniciativa del alcal-

de los acuerdos que decreten inversiones, ordenen servicios a cargo del Distrito, autoricen enajenar sus bienes y dispongan exenciones tributarias o cedan sus rentas.

El Concejo podrá introducir modificaciones a los proyectos presentados por el alcalde".

En relación con esta norma el actor aduce la violación de los artículos 313 y 315 de la Constitución Política, que consagran las facultades del Concejo y del Alcalde Municipal.

Sobre el particular cabe precisar los siguiente:

Como lo reiteró la Sala en providencia de 10 de Marzo de 1994, al revocar el auto que había accedido a decretar la suspensión provisional de los efectos de la norma en estudio, las facultades atribuidas a los Concejos Municipales por el artículo 313 de la Carta Política y las asignadas a los Alcaldes en el artículo 322 ibídem éste tiene un régimen especial y a través de leyes especiales, como el Decreto acusado, se puede regular una normativa diferente de la prevista en aquéllos. En efecto, la Constitución Política dedicó un capítulo especial al régimen del Distrito Capital (Capítulo 4. Título XI), y en el artículo 322 inciso 2o. previó que su "régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios...".

En materia de Concejo y Alcalde Distrital la Carta Política sólo hizo alusión a la composición del Concejo, a la prohibición de los Concejales de hacer parte de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas, a la elección del Alcalde, su período y a quién lo puede suspender o destituir. No señaló funciones ni facultades. Luego, en cuanto a este aspecto se refiere, las normas aplicables no son las contenidas en los artículos 313 y 315, que corresponden al régimen municipal, no especial del Distrito Capital, sino a las especiales que regulen dicha materia, en este caso, las previstas en el Decreto 1421 de 1993, expedido con base en las atribuciones contenidas en el artículo transitorio 41.

Por las anteriores razones no está llamado a prosperar el cargo, como tampoco los cargos 5o. a 7o., 9o, 10o, 12 a 17 y 20 a 22, que se fundamentan en la violación de los preceptos constitucionales mencionados.

3-. El artículo 18 del Decreto 1421 de 1993, prevé en sus ordinales 5o. y 6o.:

"Prohibiciones. Al Concejo le está prohibido:

...5. Tomar parte en la tramitación o decisión de asuntos que no deba resolver el Concejo mismo. Esta prohibición se extiende a los miembros de las Corporaciones y

6. Elegir representantes, voceros o delegados suyos o de sus comisiones en juntas y consejos o comités que deban tramitar o decidir asuntos de carácter general o individual que corresponda definir a las entidades y autoridades distritales".

Según el actor estas disposiciones violan los artículos 3o. de la Constitución Política, porque los representantes que elige el pueblo son una forma de representación ante las entidades; 293 *ibídem*, porque las disposiciones consagradas no están incluídas dentro de las facultades que la Constitución le dió a la ley especial; 312 y 313 *ibídem*, porque impiden la acción administrativa del Concejo.

Sobre el particular cabe tener en cuenta que no le asiste razón al actor ya que la consagración de prohibiciones para intervenir o tomar parte en asuntos que no corresponde resolver al Concejo o que son del resorte de otras autoridades, amen de que garantiza la autonomía de las entidades para decidir sus propios asuntos, en nada afecta el ejercicio de la soberanía que emana del pueblo y que se traduce a los mecanismos de participación que la Carta ha previsto tales como: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato, porque no guarda relación alguna con el tema, como tampoco afecta la eficiente prestación de los servicios públicos ya que para dicha prestación el artículo 12 del Decreto 1421 de 1993 faculta al Concejo para dictar las normas necesarias y, en armonía con ello, corresponde al Alcalde Mayor asegurar el cumplimiento de las mismas.

Por lo demás, son valederas las consideraciones hechas respecto del segundo cargo en cuanto a que de acuerdo con la jerarquía de las normas que establece el inciso 2o. del artículo 322 de la Carta Política, a falta de disposición constitucional para el régimen especial del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, son aplicables las normas especiales que para el mismo se dicten, como en este caso lo es el artículo 18 del Decreto 1421 de 1993, que es ley y bien puede establecer prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades en los casos en que la Constitución no se refiere a ellas.

De otra parte, el artículo 293 de la Constitución Política defirió a la ley la determinación de las calidades, incompatibilidades e inhabilidades de los ciudadanos elegidos por voto popular y nada impide que una ley especial, como lo es el Decreto 1421 de 1993, pueda regular tales aspectos máxime si el artículo 322 de la Carta permite que a través de leyes especiales se determine el régimen adminis-

trativo del Distrito Capital, dentro del cual no resulta ajenas las prohibiciones a que se contraen las normas acusadas.

4-. Los artículos 19 a 26 del decreto acusado regulan lo relativo a las comisiones, sesiones, requisitos de los proyectos, número de debates, objeciones por inconveniencias y jurídica y sanciones de los proyectos.

A estas normas les endilga el actor la violación de los artículos 12 ordinal 24 del Decreto 1421 de 1993, 176 *ibídem* y 293 de la Constitución Política.

Para la Sala no está llamado a prosperar el cargo. En efecto, si bien es cierto que dentro de las funciones que los artículos 12 y 176 del Decreto 1421 de 1993 le señalaron al Concejo Distrital está la de "darse su propio reglamento" y que las materias a que se contraen las normas acusadas pueden ser reguladas por dicha vía, ello en manera alguna significa que no puedan ser objeto de regulación legal, es decir, que sean privativas del reglamento.

En cuanto a la violación del artículo 293 de la Constitución Política, tampoco le asiste razón al actor ya que en esta norma no se fija ningún criterio de elección popular que deben tener en cuenta los ciudadanos y que fuera desconocido del reglamento. En cuanto a la violación del artículo 293 de la Constitución Política, tampoco le asiste razón al actor ya que en esta norma no se fija ningún criterio de elección popular que deben tener en cuenta los ciudadanos y que fuera desconocido por las normas en estudio.

5-. En relación con la censura que se le endilga en el cargo 7o. al artículo 56 en cuanto al inciso final que dice: "En ningún caso el Concejo elegirá o designará miembros de las juntas directivas", de ser violatorio del artículo 3o. de la Constitución Política, en concordancia con el inciso final del artículo 323 *ibídem*, es preciso tener en cuenta que tampoco tiene vocación de prosperidad, ya que dentro de los mecanismos que señala la Constitución Política para el ejercicio de la soberanía no se encuentra el de designar representantes en las juntas directivas de las entidades descentralizadas, amén de que, como ya se dijo, a falta de regulación expresa en la Carta para el régimen especial del Distrito Capital, son aplicables las leyes especiales, conforme lo ordena el artículo 322 inciso 2o., carácter este que tiene el Decreto 1421 de 1993, como reiteradamente se ha precisado, las que bien pueden consagrar prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades no previstas expresamente en la Carta Política.

6-. El artículo 57 del Decreto 1421 de 1993 estatuye en el aparte acusado:

"Los empleados públicos que tienen derecho a designar delegados suyos en las juntas directivas, sólo podrán hacerlo acreditando funcionarios de nivel directivo de la administración".

No aprecia la Sala la transgresión del artículo 53 de la Carta Política a que se refiere el actor ya que la delegación que puede hacer un funcionario público no tiene que ver con los derechos de los trabajadores, sino con el derecho del delegante de intervenir directamente o no como representante ante la Junta Directiva de una entidad, además que del contenido de la norma constitucional no se infiere que dentro de los principios mínimos fundamentales que ella consagra, esté el de participar en las Juntas Directivas.

7-. Preceptúa el ordinal 8o. del artículo 130 acusado que "Los procesos disciplinarios de los empleados públicos del Distrito y sus entidades descentralizadas se adelantará conforme a las siguientes reglas:

...8o. Las sanciones serán de aplicación inmediata y los recursos se concederán en el efecto devolutivo". Sostiene el actor que esta disposición es violatoria del artículo 29 de la Constitución Política porque según el artículo 322 *ibídem* al Distrito Capital le son aplicables las normas vigentes para los municipios y en materia de recursos la Ley 27 de 1992 está vigente, consagra el efecto suspensivo.

Al respecto precisa la Sala que del contenido del artículo 322 de la Carta Política se refiere que las disposiciones aplicables al Distrito Capital en su orden son: Las Constitucionales, luego las contenidas en leyes especiales y en efecto de éstas, las vigentes para los municipios.

De tal suerte que como la Constitución no se refirió a los efectos en que deben concederse los recursos en materia disciplinaria pero el Decreto 1421 de 1993, que es ley especial, sí lo hace, las disposiciones aplicables en este caso son las reguladas en él, pues sólo en defecto de éstas se aplican las vigentes para los municipios.

Por lo demás, el artículo 126 del Decreto 1421 de 1993 invocó la vigencia de la Ley 27 de 1993 pero nó en materia de recursos sino del régimen de los empleados de carrera administrativa, que es la situación que dicha norma prevé.

Por tal razón no existe inconveniente jurídico alguno que impida que en materia de recursos en los procesos disciplinarios pueda apartarse el Distrito Capital de las normas vigentes para lo municipios.

8-. El artículo 154 del Decreto 1421 de 1993 regula el impuesto de industria y comercio y en un ordinal 6o. prevé que "Sobre la base gravable definida en la ley, el concejo aplicará una tarifa del dos por mil (2%.) al treinta por mil (30%.)".

Frente a esta disposición el actor invoca la violación del artículo 33 de la Ley 14 de 1983 que prevé porcentajes menores.

Estima la Sala que tampoco tiene vocación de prosperidad el cargo ya que el Decreto 1421 de 1993, del cual forma parte la norma acusada, tiene la misma fuerza normativa que la ley y por tal razón se encuentra en el mismo orden de jerarquía de la Ley 14 de 1983, esto es, no le debe subordinación, pudiendo por lo mismo consagrar disposiciones diferentes en materia del impuesto de industria y comercio.

9-. Estatuye el artículo 157 en su inciso 1o:

"Valorización. Corresponde al Concejo establecer la contribución de valorización por beneficio local o general; determinar los sistemas y métodos para definir los costos y beneficios de las obras **y fijar el monto de las sumas que se pueden distribuir a título de valorización y como recuperación de tales costos o de parte de los mismos** y la forma de hacer su reparto.." (Negrillas de la Sala).

El actor señala que en el aparte subrayado el acto acusado transgrede el artículo 338 de la Carta, al ir más allá de lo que ordena esta norma sobre valorización, pues la fijación de tales montos se hace en forma subjetiva y sin definir el costo de las obras.

Confrontando la norma acusada con la disposición contenida en el artículo 338 que se cita como vulnerado, la Sala no aprecia su infracción, y sí por el contrario, la armonía de aquélla con éste. En efecto, el precepto constitucional consagrado en el artículo 338, en tratándose de la fijación de tarifas de las tasas y contribuciones que se cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les prestan o participación en los beneficios que les proporcionen, señala que: "el sistema y el método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos...".

De lo anterior se infiere que la fijación de los montos de las normas a distribuir a título de valorización debe ser una consecuencia de haber definido previamente los costos y beneficios de las obras, para lo cual el artículo 338 al igual que el artículo 157 acusado han facultado al Concejo.

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a desestimar 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 del proceso en caso de no haberse utilizado.

Cópiese, notifiquese, comuníquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 9 de Febrero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ESTATUTO DE BOGOTA. CONFLICTO DE JURISDICCIONES. Inexistencia. **CONSEJO DE ESTADO. COMPETENCIA**

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en providencia de 13 de octubre de 1994, dirimió en favor de esta Corporación el conflicto de jurisdicción que se había suscitado entre la misma y la Corte Constitucional para conocer de las demandas de inconstitucionalidad en contra del Decreto 1421 de 1993.

DISTRITO CAPITAL - Régimen Aplicable. **DISTRITO CAPITAL** - Régimen Político. **DISTRITO CAPITAL** - Régimen Administrativo. **ALCALDE MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL** - Facultades. **PROVISION DE EMPLEOS. EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA**

El artículo 125 de la C.P. dispone que los empleos de libre nombramiento y remoción son aquellos que a manera de excepción de los de carrera determina la ley. En el presente caso se advierte esa ley es el Decreto No. 1421 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 41 de la Carta, ley a la cual se refiere el inciso 2o. del artículo 322 *ibídem*. En efecto este último precepto estatuye que el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá en lo tocante a su régimen político, fiscal y administrativo, está sujeto, en primer término, a lo que para él haya determinado la Constitución; en segundo lugar, a las leyes especiales dictadas para el mismo, como lo es el Decreto *sub-exámine*; y por último, a las disposiciones vigentes para los municipios. Como quiera que la Constitución no contempla regulación alguna en materia de empleos de libre nombramiento y remoción, como atribución a cargo del Alcalde Mayor del Distrito Capital, ha de entenderse, de acuerdo a la jerarquía normativa antes enunciada que en ella deben aplicarse las disposiciones previstas

en las leyes especiales, carácter este que ostenta, como ya se dijo, el Decreto No. 1421 de 1993, contentivo de la disposición acusada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia Expediente No. 2690 Acción: Nulidad Actor: Arturo Besada Lombana

El ciudadano ARTURO BESADA LOMBANA, 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 hagan las siguientes declaraciones:

I-. PETITUM

1a): La nulidad del numeral 8o. del artículo 38 del Decreto 1421 de 21 de julio de 1993 "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá", expedido por el Gobierno Nacional.

2a): Que la pertenencia a una carrera es la norma general para todos los empleos de los órganos y entidades del Estado.

3a): Que los empleos de libre nombramiento y remoción están taxativamente enumerados en los artículos 189 numerales 1o., 2o. y 13 y 305 numeral 5o. de la Constitución Política.

4a): Que la ley no puede extender estas excepciones a la regla general del artículo 125 de la Constitución Política a otros empleos.

5a): Que la ley puede excluir de la carrera a algunos empleos pero sin que ello implique que por ésta razón sean de libre nombramiento y remoción.

II-. CAUSA PETENDI

En apoyo de sus pretensiones el actor adujo el siguiente cargo de violación:

1o): La norma acusada viola el artículo 125 de la Constitución Política, por cuanto de la simple lectura de este artículo se desprende que todos los cargos o empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera, con las siguientes

excepciones; los de elección popular; los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los de libre nombramiento y remoción sólo son aquellos que define la misma Constitución Política en sus artículos 189, numerales 1o., 2o. y 13, y 305, numeral 5o., sin que pueda extender la ley a otros empleos, ya que a ella sólo compete excluir otros empleos de la carrera sin que signifique por esta exclusión que los mismos son de libre nombramiento y remoción.

No hay en esta interpretación nada ilógico pues la expresión "empleo de carrera" no solo significa estabilidad laboral sino además posibilidad de ascenso y obligatoriedad para la Administración de escoger entre sus funcionarios quienes deben ocupar una posición al crearse una vacante. Vale la pena tener en cuenta lo que dice al respecto el inciso 3o. del expresado artículo 125.

Al facultar a la ley para determinar qué otros empleos no son de carrera, la Carta solo quiere decir que su provisión no necesariamente debe hacerse dentro de los cuadros de la Administración sino que puede realizarse por fuera de ésta.

La fórmula excepcional "libre nombramiento y remoción", figura entre comas separada de las otras dos, de "elección popular" y "trabajadores oficiales", y no puede adherirse a la expresión que concede a la ley la facultad de determinar qué otros cargos excepcionales no son de carrera. En ninguna parte de la Constitución Política se dice que compete a la ley definir o determinar cuáles son los cargos de libre nombramiento y remoción.

Las facultades que le competen al Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá no pueden exceder las que la Constitución le señala dado que el régimen especial que se determina para el Distrito Capital deben reunir las líneas generales que constituyen el nuevo sistema político administrativo consagrado en la Carta en sus artículos 123 inciso 2o. y 209.

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-. Contestación de la demanda

La Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá, a través de apoderado, contestó la demanda y para oponerse a las pretensiones del actor adujo, en esencia, lo siguientes (folios 38 a 47):

A): Sobre el fondo del asunto:

1o): El artículo 125 de la Carta Política es muy claro en señalar los empleos que no son de carrera, carrera son: los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción; los de trabajadores oficiales; y los demás que determine la ley.

Dentro de este artículo 125 se infiere como forma de provisión de empleo, noción que implica el ejercicio de potestad administrativa para vincular y remover libremente a determinados funcionarios que presten sus servicios en las entidades territoriales o cualquier organismo de la estructura del Estado, con el fin de propender por una Administración coherente, eficaz e integrada, y ante todo por el hecho de que el Constituyente de 1991 imprimió la dinámica y evolución de las instituciones administrativas, mediante la participación democrática como mecanismos de manejo del Estado y tendiente a que los titulares de ciertos empleos no sean inamovibles.

Por tanto, la norma atacada no hace cosa diferente que desarrollar los postulados constitucionales, especialmente cuando el Decreto 1421 de 1993 demandado tiene la incontrovertible categoría, no evidenciándose violación alguna.

2o): El artículo 315 numeral 3o. de la Constitución Política que fija las atribuciones del Alcalde, en armonía con el artículo 322 de la misma, constituyen un soporte para la norma demandada, que descarta la configuración de exceso alguno de facultades del Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, tal como lo pregona el actor.

B): Excepciones:

Plantea las siguientes:

a): Inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, ya las pretensiones de la demanda entrañan una contradicción, puesto que en la 3a. petición, se pide a la Jurisdicción manifestar: "Que los empleos de libre nombramiento y remoción están taxativamente enumerados ...en la Constitución Nacional en los artículos 189 1,2, y 13 y 305 numeral 5". Además, en la 4a petición expresa como *petitum:* "Que la ley no puede extender estas excepciones a la regla general del artículo 125 de la Constitución Nacional a otros empleos".

Estas pretensiones se excluyen entre sí, por ser todas principales, ya que entrañan diferencias conceptuales ya que para dirimirlas requieren un tratamiento individual por las repercusiones que se derivarían en el Derecho Colombiano.

Pretender que en un proceso de nulidad se efectúen declaraciones erga omnes, es intentar llevar a la Jurisdicción a una finalidad diferente.

b): Incompetencia del Consejo de Estado para conocer de este proceso, pues de conformidad con la naturaleza del acto demandado, corresponde a la Corte Constitucional juzgar su exequibilidad.

IV-. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, considera que el mismo artículo 125 de la Constitución Política contiene la respuesta a la inquietud del demandante. En efecto, la norma general es que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Pero allí mismo se prevén las excepciones a esa normal general que son: los de elección popular, que son de período, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley. Y la Ley, en el caso del Decreto acusado determinó que los secretarios del Despacho, los jefes de departamento administrativo, los gerentes de entidades descentralizadas, el Tesorero Distrital y otros agentes suyos, son de libre nombramiento y remoción del Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá.

Por esta potísima razón, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con las excepciones propuestas por la entidad demandada la Sala considera que no están llamadas a prosperar por las siguientes razones:

1o): En cuanto concierne a la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones la Sala estima que no se dá en este caso tal figura procesal, por cuanto si bien es cierto que las pretensiones 2a. a 5a., como tales, son impropias de la acción de nulidad, pues en ésta solamente puede decretarse la nulidad del acto acusado, no lo es menos que dichas pretensiones confirmarían más bien las razones o motivos para acceder a la pretensión, en el evento de que ésta prospera, sin que ello implique en manera alguna la exclusión que pregona el excepcionante con miras a una decisión inhibitoria.

2o): En lo tocante a la excepción de falta de jurisdicción del Consejo de Estado, nó incompetencia como equivocadamente la califica el excepcionante, para conocer de este proceso, cabe resaltar que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del

Consejo Superior de la Judicatura, en providencia de 13 de Octubre de 1994, dirimió en favor de esta Corporación el conflicto de jurisdicción que se había suscitado entre la misma y la Corte Constitucional para conocer de las demandas de inconstitucionalidad en contra del Decreto No. 1421 de 1993.

Respecto del fondo del asunto, cabe tener en cuenta lo siguiente: Señala el artículo 38 numeral 8o. del Decreto No. 1421 de 1993 como atribución del Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá la de "Nombrar y remover libremente los secretarios del despacho, los jefes de departamento administrativo, los gerentes de entidades descentralizadas, el Tesorero Distrital y otros agentes suyos. Conforme a las disposiciones pertinentes, nombrar y remover a los demás funcionarios de la administración central...".

Para afirmar la violación del artículo 125 de la Constitución Política parte el actor del supuesto de que solamente son cargos o empleos de libre nombramiento y remoción aquéllos que señalan los artículos 189 numerales 1o. y 2o. y 305 numeral 5o. *ibídem*, cuya provisión corresponde, en su orden, al Presidente de la República y al Gobernador de Departamento.

Tal supuesto es equivocado, toda vez que el artículo 125 en referencia dispone que los empleos de libre nombramiento y remoción son aquellos que a manera de excepción de los de carrera determine la ley. En el presente caso se advierte que esa ley es el Decreto No. 1421 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 41 de la Carta, ley a la cual se refiere el inciso 2o. del artículo transitorio 41 de la Carta, ley a la cual se refiere el inciso 2o. del artículo 322 *ibídem*. En efecto, este último precepto estatuye que el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá en lo tocante a su régimen político, fiscal y administrativo, está sujeto, en primer término, a lo que para él halla determinado la Constitución; en segundo lugar, a las leyes especiales dictadas para el mismo, como lo es el Decreto *sub-exámine*; y por último, a las disposiciones vigentes para los municipios.

Como quiera que la Constitución no contempla regulación alguna en materia de empleos de libre nombramiento y remoción, como atribución a cargo del Alcalde Mayor del Distrito Capital, ha de entenderse, de acuerdo con la jerarquía normativa antes enunciada, que en ella deben aplicarse las disposiciones previstas en las leyes especiales, carácter este que ostenta, como ya se dijo, el Decreto No. 1421 de 1993, contentivo de la disposición acusada.

Las consideraciones precedentes descartan también la violación de los artículos 123 y 209 de la Carta, a que se contrae el 2o. cargo de la demanda, amén de que el concepto de violación a este respecto no es claro.

En conclusión, habrán de desestimarse las súplicas de la demanda, y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrativo justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

1o): DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

2o): DEVUELVASE la suma de dinero depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, en caso de no haber sido utilizada.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 9 de Febrero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PREVALENCIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL. DEROGATORIA DEL ACTO - Declaratoria. **JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO** - Improcedencia. **CONSTITUCION POLITICA** - Vigencia. **CONSTITUCION POLITICA** - Características. **LEY DEROGATORIA. LEGISLACION PREEXISTENTE. INSUBSISTENCIA DE LA LEY. INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE. SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION**

Los actos administrativos solamente pueden ser enjuiciados frente a normas superiores de derecho vigentes y preexistentes al momento de su expedición. Igualmente, que la incompatibilidad sobreviniente, esto es, la contrariedad que se presenta con posterioridad a la expedición del acto, entre éste y una norma constitucional o legal que nace a la vida jurídica después de él, dá lugar a su derogatoria, fenómeno jurídico este para el cual esta Jurisdicción no está facultada constitucional ni legalmente para hacer dicha declaratoria, pues sólo puede disponer la de nulidad. No obstante lo anterior, considera que el artículo 4o. de la Constitución Política es claro al señalar que "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales". Con igual perspectiva jurídica la Ley 153 de 1887 prescribe que "La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente" (artículo 9o.); y que se estima insubsistente una disposición legal "por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería" (artículo 3). De las reglas de hemeneútica antes reseñadas fluye con meridiana claridad que la incompatibilidad entre la Constitución y cualquier norma jurídica produce como consecuencia la inaplicabilidad de esta última en un caso concreto. Tratándose del análisis de inconstitucionalidad con efectos erga omnes, como es el caso de la acción *sub-exámine*, considera la Sala, y con ello rectifica su posición

anterior, que en aras de preservar la supremacía de la Constitución Política en el ordenamiento jurídico y para dar cabal cumplimiento al principio fundamental instituido en su artículo 4o. se impone para el juzgador frente al fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente disponer la declaratoria de nulidad del acto administrativo que se encuentra incurso en ella, a partir de la entrada en vigencia de la norma constitucional.

DECLARA LA NULIDAD por inconstitucionalidad sobreviniente, de la expresión "... y que exista desde el principio pronóstico favorable de curación", contenida en el artículo 26 del Acuerdo 536 de 20 de mayo de 1974, expedido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1o. del Decreto 770 de 30 de abril de 1975, expedido por el Gobierno Nacional.

DERECHO A LA VIDA. DERECHOS A LA DIGNIDAD HUMANA. INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE. ASISTENCIA MEDICA AL MENOR. PRONOSTICO FAVORABLE DE CURACION. CONSTITUCION POLITICA - Vigencia

Para la Sala aparece evidente que las normas acusadas en cuanto supeditan la prestación de la asistencia médica por parte del Instituto de Seguros Sociales al menor cuando exista desde el principio pronóstico favorable de curación está estableciendo límites en la protección del derecho a la vida y a la dignidad humana, con claro quebranto de estos derechos que salvaguarda la Carta Política en sus artículos 1o. y 11, pues ello equivale a afirmar en forma aberrante e inaudita que no vacila esta Corporación en calificar así, que el menor que no tiene posibilidad de curación está irremediablemente condenado a padecer físicamente hasta que se produzca su deceso, ya que su vida carece de valor alguno para efectos asistenciales.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia Expediente No. 2943 Acción: Nulidad Actor: Defensor del Pueblo

El señor DEFENSOR DEL PUEBLO, obrando en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda ante esta Corpora-

ción tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de la expresión "...y que exista desde el principio pronóstico favorable de curación", contenida en el artículo 26 del Acuerdo No. 536 de 20 de Mayo de 1974 "Por el cual se expide el reglamento general del seguro de enfermedad general y maternidad", expedido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales; y de la misma expresión contenida en el artículo 1o. del Decreto No. 770 de 30 de Abril de 1975, aprobatorio del Acuerdo antes citado, expedido por el Gobierno Nacional.

I-. CAUSA PETENDI

Cita el actor como vulnerados con los actos acusados los artículos 1o., 5o., 11, 13, 44 y 93 de la Constitución Política de 1991; 2o., 8o., 9o., 18 y 20 del Decreto No. 2737 de 1989 (Código del Menor); y 23, 24, 26 y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño, incorporada a la legislación nacional por la Ley 12 de 1991; la Declaración de Ginebra de 1924 sobre Derechos del Niño, adopta por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En apoyo de sus pretensiones aduce, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1o): Se viola el artículo 1o. de la Constitución Política por cuanto el Estado está obligado a respetar cierto orden de valores, entre los cuales la dignidad de la persona humana es el más importante, orden que existe por sí y a priori, independientemente del Estado.

2o): Se violan los artículos 5o. y 13 *ibídem* porque negarle el derecho a un niño fundamentando la decisión en su condición de enfermo incurable es una injusticia manifiesta y una arbitraria discriminación. Es lo primero, porque el criterio de la justicia distributiva enseña que a quien más necesita debe brindársele cualitativa y cuantitativamente mayor atención; y es lo segundo, por fundarse en el accidente de un "pronóstico desfavorable de recuperación".

3o): Se transgrede el artículo 11 *ibídem* porque se autoriza al I.S.S. a no prorrogar la asistencia médica y el suministro de medicina poniendo en peligro la vida de los menores pues aún si el tratamiento y la asistencia médica que se les presta y las drogas que se les suministran no tuviesen la virtualidad de llevarlos a condiciones normales, sí son indispensables para mantener la precaria funcionalidad de los miembros de los menores así como evitar el dolor.

El derecho a conservar la vida se tiene por el sólo hecho de ser individuo, se tiene sin condición. Admitir la condicionalidad es dar paso a una injusticia objetiva.

4o): Se quebranta el artículo 44 *ibidem* por cuanto el Estado tiene la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, obligación esta cuya exigibilidad no está sujeta a condición alguna.

5o): La expresión acusada es incompatible con las regulaciones consagradas en los artículos 2o., 8o., 9o., 18 y 20 del Decreto No. 2737 de 1989 (Código del Menor), normas estas que prevalecen.

6o): Se viola el artículo 93 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 23, 24, 26 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que se desatienden los derechos reconocidos en Tratados Internacionales ratificados por el Congreso, derechos que prevalecen en el orden interno y que deben interpretarse de conformidad con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos reconocidos por Colombia.

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-. El Instituto de Seguros Sociales, a través de apoderado, contestó oportunamente la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

A): Excepciones:

El Consejo de Estado es incompetente para declarar la nulidad de la disposición acusada ya que no está facultado para decidir sobre la insubsistencia o inconstitucionalidad sobreviniente. Así lo reconoció la Sala en auto de 5 de Agosto de 1994, pues no puede haber violación de una norma que no es preexistente a la que presuntamente la viola.

B): Sobre el fondo del asunto:

1o): Las violaciones de la Constitución Política y de la ley para que generen nulidad de una decisión administrativa deben ser directas y actuales, no derivadas ni eventuales.

Los artículos 1o., 2o., 5o., de la Constitución Política contienen los principios fundamentales de nuestro sistema político. Son declaraciones, enunciados y principios que no tiene carácter normativo. La Constitución es su desarrollo y la ley su aplicación concreta, por lo mismo no son susceptibles de violación por cuanto implican metas, propósitos, programas, ideales y valores.

2o): La norma acusada no tiene relación directa con la garantía del derecho a la vida y con el de la igualdad porque en tratándose de un servicio público como la seguridad social, los que no tienen la calidad de usuarios no pueden alegar discriminación frente a estos porque no tienen las prestaciones correspondientes a su calidad.

3o): En cuanto a la violación del artículo 44 de la Constitución Política debe tenerse en cuenta que una norma exclusiva y específica de seguridad social no puede ser violatoria de una disposición general sobre el derecho a la salud.

4o): En cuanto a la violación del Código del Menor debe atenderse lo que dijo la Sala en el auto que negó la suspensión provisional en el sentido de que la contradicción que pueda existir entre disposiciones de la nueva Carta con actos administrativos expedidos antes de su vigencia podría dar lugar a la insubsistencia expedidos antes de su vigencia podría dar lugar a la insubsistencia o derogatoria de éstos, pero esta declaración no compete constitucionalmente ni legalmente a esta Jurisdicción.

II. 2-. En la etapa de alegatos solamente hizo uso de este derecho el apoderado de la demanda quien reiteró los plantcamientos expuestos en la contestación de la demanda.

III-. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Novena Delegada de la Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo se muestra partidaria de un pronunciamiento inhibitorio por cuanto las disposiciones invocadas como violadas no tienen antecedentes en la Constitución Política de 1886 y siendo la Constitución de 1991 posterior a la fecha de vigencia de la expresión demandada, no puede contrariar aquéllas.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Frente a la excepción de incompetencia propuesta por el apoderado de la demandada cabe advertir que no está llamada a prosperar, por las consideraciones que a continuación se hacen.

La Sala ha venido sosteniendo reiteradamente que los actos administrados sólamente pueden ser enjuiciados frente a normas superiores de derecho vigentes y preexistentes al momento de su expedición. Igualmente, que la incompatibilidad sobreviniente, esto es, la contrariedad que se presenta con posterioridad a la expedición del acto, entre éste y una norma constitucional o legal que nace a la vida jurídica después de él, dá lugar a su derogatoria, fenómeno jurídico este para el cual esta Jurisdicción no está facultada constitucional ni legalmente para hacer dicha declaratoria, pues sólo puede disponer la de nulidad.

No obstante lo anterior, considera que el artículo 4o. de la Constitución Política es claro al señalar que "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales".

Con igual perspectiva jurídica la Ley 153 de 1887 prescribe que "La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente" (artículo 9o.); y que se estima insubsistente una disposición legal "por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería" (artículo 3o.).

De las reglas de hermenéutica antes reseñadas fluye con meridiana claridad que la incompatibilidad entre la Constitución y cualquier norma jurídica produce como consecuencia la inaplicabilidad de esta última en un caso concreto.

Tratándose del análisis de inconstitucionalidad con efectos erga omnes, como es el caso de la acción sub examine, considera la Sala, y con ello rectifica su posición anterior, que en aras de preservar la supremacía de la Constitución Política en el ordenamiento jurídico y para dar cabal cumplimiento al principio fundamental estatuido en su artículo 4o. se impone para el juzgador frente al fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente disponer la declaratoria de nulidad del acto administrativo que se encuentra incurso en ella, a partir de la entrada en vigencia de la norma constitucional.

Sobre el fondo de asunto cabe precisar:

Disponer el artículo 26 del Acuerdo No. 536 de 20 de Mayo de 1974, expedido por el Concejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1o. del Decreto No. 770 de 30 de Abril de 1975, expedido por el Gobierno Nacional, lo siguiente:

> "Los hijos de los asegurados amparados por el Seguro de Enfermedad General y Maternidad, tendrán derecho a la necesaria asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, así como a los correspondiente servicios para

médicos y medios auxiliares de diagnóstico y tratamiento, durante el primer año de vida.

Cuando se diagnostique enfermedad durante el primer año de edad, el hijo asegurado tendrá derecho, en cualquier tiempo, a todas las prestaciones asistenciales necesarias, cuando a juicio del servicio médico no sea procedente su tratamiento dentro del primer año de vida **y que exista desde el principio pronóstico favorable de curación...**" (negrillas son de la Sala).

A la expresión antes subrayadas se le endilga el cargo de transgredir principalmente los artículos 1o., 5o., 11, 13, 14 y 93 de la Constitución Política de 1991; 2o., 8o., 9o., 18 y 209 del Decreto Ley No. 2737 de 1989 (Código del Menor); 23, 24, 26 y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño, incorporada a la Legislación Colombiana por la Ley 12 de 1991.

Para la Sala aparece evidente que las normas acusadas en cuanto supeditan la prestación de la asistencia médica por parte del Instituto de Seguros Sociales al menor cuando exista desde el principio pronóstico favorable de curación está estableciendo límite en la protección del derecho a la vida y a la dignidad humana, con claro quebranto de estos derechos que salvaguarda la Carta Política en sus artículos 1o. y 11 pues ello equivale a afirmar en forma aberrante e inaudita, que no vacila esta Corporación en calificar está irremediablemente condenado a padecer físicamente hasta que se produzca su deceso, ya que su vida carece de valor alguno para efectos asistenciales.

El quebranto anotado hace innecesario el estudio de la insubsistencia de la expresión acusada frente a la normas legales invocadas en la demanda.

Debe, en conclusión, declararse la nulidad de la expresión acusada por razón de la incostitucionalidad sobreviniente de los actos administrativos que la contienen, con efectos erga omnes a partir del 7 de julio de 1991, fecha en que entró en vigencia la nueva Carta Fundamental.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

1o): DECLARASE no probada la excepción propuesta por la parte demandada.

2o): DECLARASE la nulidad, por incostitucionalidad sobreviniente, de la expresión "... y que exista desde el principio pronóstico favorable de curación", contenida en el artículo 26 del Acuerdo No. 536 de 20 de Mayo de 1974, expedido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1o. del Decreto No. 770 de 30 de Abril de 1975, expedido por el Gobierno Nacional.

3o): DEVUELVASE la suma de dinero depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, en caso de no haber sido utilizada.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 9 de Febrero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

MUNICIPIO - Creación. **CONVALIDACION CONSTITUCIONAL**

El texto del artículo 40 de la Carta Política. no sugiere ni remotante, y no podía ser en sana hermeneútica de otra manera, que él está consolidando y legitimando la creación de municipios cuyos respectivos trámites para su conformación hubiesen quedado inconclusos a 31 de diciembre de 1990, ni menos aún puede entenderse que dicha disposición constitucional esté autorizando al Ejecutivo Departamental para que *motu propio* origine o cree directamente una entidad territorial municipal ya que ella estarías en abierta pugna con disposiciones constitucionales y legales que en materia de municipios se hallen establecidas. Tal norma constitucional parte del supuesto que la Asamblea Departamental en tres debates aprobó la creación del municipio y que el proyecto fue sancionado por el Gobernador del Departamento antes del 31 de diciembre de 1990. Y si frente a ese acto ordenanzal había vicios de inconstitucionalidad o de ilegalidad se convalidaron por el mandato expreso del Constituyente. Está acreditado que el Municipio no tenía existencia jurídica como municipio pues el proyecto de ordenanza que pretendía erigirlo como tal si bien es cierto sufrió los tres debates, no lo es menos que no recibió la sanción ejecutiva y de conformidad con el artículo 81 del Decreto 1222 de 1986, con este acto es que se reviste a un proyecto de carácter de Ordenanza. Si jurídicamente no existe Municipio, el acto por el cual se convoca a elecciones de Alcalde y Concejo Municipal en el mismo, carece de objeto, como acertadamente lo sostiene el *a-quo*.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D. C., diez (10) de Febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia Expediente No. 2546.

Recurso de apelación contra la sentencia de 27 de Mayo de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Actor: MUNICIPIO DE VALPARAISO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Departamento de Antioquia contra la sentencia de la referencia, por la cual la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia decretó la nulidad de los artículos 2o. a 4o. del Decreto 3926 de 21 de Diciembre de 1992 "POR MEDIO DEL CUAL SE HACE UN ENCARGO Y SE CONVOCA A ELECCIONES EN EL MUNICIPIO DE LA PINTADA", expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia.

I-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para acceder a las pretensiones de la demanda el a quo reiteró los planteamientos expuestos por el mismo Tribunal en la sentencia de 2 de Agosto de 1993, donde se analizó la presunta existencia del municipio de Santiago, por se aplicables a la cual controversia, de la cual se extrae, principalmente, lo siguiente:

1o): Las asambleas Departamentales mediante Ordenanzas, en el régimen jurídico anterior, creaban los municipios. En la actualidad, bajo el imperio de la Carta de 1991, la situación es idéntica (artículo 300 numeral 6o.).

Conforme al artículo 2o. del Decreto 1222 de 1986, los actos de la Asambleas destinados a dictar disposiciones para el arreglo de algunos de sus asuntos que son de su incumbencia se denominan Ordenanzas. Los que tengan por objeto la ejecución de un hecho especial, como un nombramiento o la decisión de un hecho determinado, que no imponen obligaciones ni crean derechos a los asociados se denominan en general Resoluciones.

Conforme al artículo 73 *ibídem*, están facultados para presentar proyectos de Ordenanzas el Gobernador por conducto de sus Secretarios, y los Diputados. A estos deben sumarse el Contralor de acuerdo con el inciso 5o. del artículo 272 de la Carta Política.

2o): El legislador exige que todo proyecto de Ordenanza debe versar sobre la misma materia y que son inadmisibles las disposiciones o modificaciones que traten sobre asuntos diferentes, debiéndose rechazar las iniciativas que no se ciñen a esa pauta legal.

3o): De acuerdo con los artículos 33, 34 y 36 del Decreto 1222 de 1986, una vez presentado un proyecto de Ordenanza éste debe ser discutido y aprobado en tres debates que deben cumplirse en fechas diferentes. Las Asambleas, de conformidad con sus reglamentos internos, integran comisiones para que den informes sobre los proyectos, según los asuntos o negocios atribuidos a esas comisiones y el contenido de aquéllos.

Cuando un proyecto de Ordenanza alcanza su aprobación en los tres debates, se envía al Gobernador, quien de acuerdo con el número de artículos del mismo dispone de términos prefijados para sancionarlo y ordenar su promulgación, con lo cual se convierte en Ordenanza, u objetarlos por inconveniencia, inconstitucionalidad o ilegalidad, para lo cual debe devolverlos la Asamblea con las correspondiente objeciones para que la Asamblea en el nuevo período de sesiones decida sobre ellas.

4o): Cuando el Gobernador objeta un proyecto por razones de inconveniencia y al reconsiderarlo de nuevo la Asamblea lo aprueba por la mitad más uno de sus miembros, aquél debe sancionarlo, sin posibilidad de poder presentar nuevas objeciones de tal índole. Si las objeciones son de inconstitucionalidad o ilegalidad y son negadas por la Asamblea al reconsiderar el proyecto, el proyecto debe pasar al Tribunal Administrativo para que resuelva sobre las mismas. Si prospera las objeciones, porque las acepta la Asamblea o el Tribunal las declara fundadas, el proyecto deberá ser archivado. Igual sucede cuando la Asamblea no se pronuncia sobre las objeciones.

5o): Frente a los casos en que no se propongan objeciones, o las de inconveniencia hayan sido rechazadas por la Asamblea, o las de inconstitucionalidad o ilegalidad también se hayan negado por dicha Corporación o por el Tribunal, el Gobernador debe sancionar y promulgar lo que hasta ese momento es un mero proyecto (artículo 305 numeral 9o. de la constitución política de 1991). Con la sanción ejecutiva el proyecto adquiere la condición de Ordenanza (artículo 81 Decreto 1222 de 1986).

6o): En el proceso está acreditado que en las sesiones de la Asamblea del Departamento de Antioquia, en 1989, cursó un proyecto para la creación del Municipio de Santiago, segregándolo de los Municipios de Santo Domingo y Yolombó, que fue aprobado en debates cumplidos en las sesiones de rigor y pasó a la sección de la Gobernadora, quien por haber entrado en receso la Corporación publicó el proyecto con las objeciones de índole legal que a bien tuvo formular, las cuales nunca fueron consideradas.

7o): En este caso, y en armonía con lo anterior, se colige que no se puede crear un municipio con la sóla idea de crearlo, plasmada en un mero proyecto, ya que mediante un simple proyecto, ni antes ni ahora, las Asambleas pueden crear municipios.

Al no poderse constituir jurídicamente un municipio, por no existir una Ordenanza que lo consagre, la conclusión que se impone es que el acto que se controvierte, por el cual el Gobernador designa un alcalde encargado, adolece de nulidad en virtud de carácter de objeto.

Sobre este aspecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia de 19 de Enero de 1994, con ponencia del consejero Doctor Miguel Viana Patiño , expresó que el origen del ente municipal es un acto complejo a cuya formación concurren. La sanción es parte integrante de la Ordenanza, un presupuesto para la validez del acto administrativo.

II-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurrente finca su inconformidad a través de los siguientes argumentos, los cuales pueden resumirse así:

1o): El artículo 40 transitorio al hablar de las " creaciones hechas por las Asambleas Departamentales " es muy claro al querer indicar que a lo que se refiere es a las actividades desarrolladas por las Asambleas, más no por el Ejecutivo Departamental.

Obviamente lo existente en este caso es un proyecto de Ordenanza con sus respectivos debates. Sería inútil, ilógico e inoperante que el artículo transitorio 40 se refiera a la exigencia de una Ordenanza para crear un Municipio, pues para ello existente un sinnúmero de disposiciones normativas y el legislador se iba a tomar el trabajo de expedir una norma ya existente en repetidas ocasiones y haberle colocado una fecha límite (hasta el 31 de Diciembre de 1990).

2o): Existente un principio general de derecho cual es el que dice que cuando una cláusula legal puede producir algún efecto, debe preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno. Si una interpretación la hace útil y la otra inútil, debe el intérprete recurrir a la útil, cual es la de convalidar creaciones irregulares, es decir, las que tengan algún vicio o dificultad.

III-. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuando se procede la resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Para la Sala la sentencia recurrida debe confirmarse en cuanto declaró la nulidad de los artículos 2o. y 3o. acusados, por los cuales se convocó a elecciones para Alcalde Popular y Concejo Municipal y se señaló la fecha para la posesión de tales cargos. En efecto como se advirtió en la providencia de 29 de Julio de 1993, que confirmó el proveído que decretó la suspensión provisional de los efectos de dicha disposiciones, y que ahora se reitera, el apelante se fundamenta en una interpretación absurda del artículo transitorio 40 de la Carta Política, que prevé: " Son válidas las creaciones de municipios hechas por las asambleas departamentales antes del 31 de diciembre de 1990"

El texto del mismo no sugiere ni remotamente, y no podía ser en sana hermenéutica de otra manera, que él está consolidando y legitimando la creación de municipios cuyo respectivos trámites para su conformación hubiesen quedado inconclusos a 31 diciembre de 1990, ni menos aún puede entenderse que dicha disposición constitucional está autorizando el Ejecutivo Departamental para que motu propio origine o cree directamente una entidad territorial municipal ya que ello entraria en abierta pugna con disposiciones constitucionales y legales que en materia de municipios se hallan establecidas y que el actor cita como quebrantadas.

Ni aún acudiendo al principio de la " utilidad de la norma" que aduce el recurrente para fundamentar su inconformidad con la sentencia objeto del recurso, podría pensarse en que dicho canon está autorizando al Gobernador para que mediante un acto administrativo suyo sustituya lo que sólo es viable realizar mediante la aplicación de las disposiciones pertinentes establecidas en los Decretos leyes 1222 y 1333 de 1986.

Tal norma constitucional parte del supuesto que la Asamblea Departamental en tres debates aprobó la creación del Municipio y que el proyecto fue sancionado por el Gobernador del Departamento antes del 31 de Diciembre de 1990. y si frente a ese acto ordenanzal habia vicios de inconstitucionalidad o de ilegalidad se convalidaron por el mandato expreso del constituyente.

Está acreditado que el Municipio de la Pintada no tenía existencia jurídica como municipio pues el proyecto de Ordenanza que pretendía erigirlo como tal si

bien es cierto sufrió los tres debates, no lo es menos que no recibió la sanción ejecutiva y de conformidad con el artículo 81 del Decreto 1222 de 1986, con este acto es que se reviste a un proyecto del carácter de Ordenanza.

Si jurídicamente no existe un Municipio, el Acto por el cual se convoca a elecciones de Alcalde y Concejo Municipal en el mismo, carece de objeto, como acertadamente lo sostiene el *a-quo.*

El artículo 4o. del acto acusado prevé: " El Alcalde que por el presente Decreto se designa, ejercerá las funciones hasta la posesión del electo".

Como se precisó en la providencia precitada esta norma guarda íntima relación con el artículo 1o. del mismo Decreto que designó al Señor DARIO ANTONIO ZAPATA LEON como Alcalde encargado del municipio de la Pintada, y tanto contra éste como contra aquél, procede la acción de nulidad electoral, por lo cual no es viable hacer un pronunciamiento de fondo por indebida acumulación de pretensiones. Por ello habrá de revocarse la sentencia en cuanto el citado artículo 4o. se refiere.

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 apelada en cuanto decretó la nulidad de los artículos 2o. y 3o. del Decreto 3926 de 21 de diciembre de 1992.

2o): REVOCASE la sentencia en cuanto al artículo 4o. se refiere y, en su lugar, se dispone: inhibirse de hacer un pronunciamiento de fondo, por indebida acumulación de pretensiones.

Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 9 de Febrero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

BANCO POPULAR - Enajenación. **VENTA DE ACCIONES. PROPIEDAD ACCIONARIA. PROPIEDAD DE LOS TRABAJADORES** - Normatividad

La razón por la cual se establece en el acto acusado que ninguna persona natural puede adquirir acciones por un monto superior a tres veces el valor de su patrimonio bruto de acuerdo con la última declaración de renta que acredite, responde al interés de que un mayor número de trabajadores tenga acceso a dicha propiedad, interpretando así el artículo 60 de la Constitución y atendiendo a una realidad del mercado, como es la capacidad adquisitiva. Si ello no se hiciera así, se produciría el efecto contrario al buscado por la norma constitucional, pues se podría presentar la intervención de testaferros "tras un fin simplemente especulativo o de obtener un enriquecimiento sin causa, a costa del patrimonio estatal y en favor de personas o grupos con poder económico, interesados en adquirir acciones".

PROPIEDAD ACCIONARIA - Negociabilidad. **VENTA DE ACCIONES DEL ESTADO. DEMOCRATIZACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA**

Las limitaciones que se establecen en el Decreto 814 de 1994 en su ordinal 1o. literal a) para la adquisición de acciones por parte de las personas naturales a presentar declaración de renta hasta por un monto superior a tres veces el valor del patrimonio bruto y para las no obligadas a ello hasta por un monto máximo igual a tres veces los ingresos que figuren en el último certificado de ingresos y retenciones que acredite, al igual que la determinación del número máximo de acciones que pueden adquirir las personas naturales a que se refiere el artículo 3o. ordinal 1o. del decreto acusado, no constituyen una violación del artículo 60 de la Carta Política, toda vez que ellas tienden a lograr la efectiva democratización de la pro-

piedad accionaria, impidiendo así posibles abusos de los beneficiarios del tratamiento preferencial ante la eventualidad de que terceras personas se apropien de tales beneficios utilizando a los titulares de los derechos de preferencia. De igual manera, si el cometido del artículo 60 de la Constitución Política es el de democratizar la titularidad de las acciones en las empresas que el Estado tenga participación y pretenda enajenar, de no preverse las mencionadas limitaciones y aquellas de que da cuenta el ordinal 1o. literal b) del acto bajo análisis, podría darse el caso de que unos pocos tuviesen acceso a la propiedad enajenada, lo cual sí contravendría dicho cometido.

VENTA DE ACCIONES DEL ESTADO - Condiciones. **DERECHO DE PREFERENCIA**

La Sala no observa violación del artículo 60 de la Carta Política por el hecho que el acto acusado disponga que las acciones que posee la Nación en el Banco Popular sólo se ofrecerán en venta cuando uno o varios establecimientos oficiales de crédito establezcan líneas de crédito para que los titulares del derecho preferencial tengan cómo financiarlas, sino por el contrario, considera que ello constituya una garantía para que dichos titulares tengan la posibilidad de acceder a la propiedad accionaria en condiciones especiales, como lo ordena la norma Constitucional. De igual manera, el que el acto acusado condiciones la oferta de venta a que se establezcan las aludidas líneas de crédito, no implica en manera alguna que a quienes no deseen hacer uso de ellas les esté vedado adquirir acciones, pues ello simplemente se consagra como opción, más no con carácter obligatorio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia Expediente No. 2919. Actor: Luis Alberto Suárez Sanz

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 Alberto Suárez Sanz en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 237 numeral 2 de la Constitución Política, con la finalidad de que se declare la nulidad de los artículos 6o., 7o., 9o. y 10o. del Decreto 814 de 21 de abril de

1994, "por el cual se aprueba el programa de venta de las acciones que posee la Nación en el Banco Popular", expedido por el Gobierno Nacional.

I-. ANTECEDENTES

a.- Los actos acusados

Ellos son del siguiente tenor:

"Artículo 6o. Condiciones de Venta de las acciones a que se refiere el numeral 1o. del artículo 3o. Para tener derecho a las condiciones especiales previstas en el artículo anterior, las personas a que se refiere el numeral 1o. del artículo 3o. del presente Decreto deberán cumplir las siguientes condiciones:

""1o. a) Ninguna persona natural obligada a presentar declaración de renta, podrá adquirir acciones por un monto superior a tres veces el valor de su patrimonio bruto, según la última declaración de renta que acredite.

Las personas naturales no obligadas a presentar declaración de renta sólo podrán adquirir acciones hasta por un monto máximo igual a tres veces los ingresos que figuren en el último certificado de ingresos y retenciones que acredite.

En todo caso ninguna de las personas naturales a que se refiere el numeral 1o. del artículo 3o. del presente decreto podrá adquirir más de 16.829.718 acciones en circulación del Banco Popular.

b) Los Fondos de Cesantías, los Fondos de Pensiones, los Fondos Mutuos de Inversión de Empleados, las Cooperativas, los Fondos de Empleados, los Sindicatos de Trabajadores, las Federaciones y las Confederaciones de Sindicatos de Trabajadores, podrán adquirir acciones hasta por un monto igual al límite máximo autorizado por las normas legales que regulan la actividad de tales entidades.

Si una de las entidades a que se refiere el literal b) posee menos de 100 afiliados, podrá adquirir como máximo tres veces el patrimonio bruto de la respectiva entidad según su declaración de ingresos de renta, si está obligada a presentarla, o en caso contrario, según sus estados financieros certificados. Todo ello sin perjuicio de los límites aplicables a la respectiva entidad según las normas que rigen la materia.

2o. Efectuada la adjudicación, el precio de las acciones deberá ser pagado de contado, en dinero en efectivo o en cheque, en el plazo y condiciones que señale el Fondo.

3o. El Fondo señalará el plazo de vigencia mínima que han de tener las ofertas de compra.

4o. Sólo se consideran ofertas en las cuales el comitente comprador, sea persona natural o jurídica, manifieste su voluntad de no transferir la propiedad de las acciones dentro de los dos años inmediatamente siguientes a la fecha de compra de las mismas y a que si desea vender las acciones antes de ese plazo, se obligue a pagar al Fondo el monto de la diferencia entre el precio de adquisición y el precio más alto al que se adjudiquen acciones en una sola compra que represente por lo menos el 1% de las acciones del Banco Popular, conforme a lo previsto en el numeral 2o. del artículo 3o. del presente Decreto. Con tal fin deberán pignorarse las acciones de primer grado a favor del Fondo, o en segundo grado cuando el primer gravamen respalde obligaciones a favor de entidades financieras originadas en créditos destinados a la compra de acciones"".

"Artículo 7o. - Crédito para la compra de las acciones a que se refiere el numeral 1o. del artículo 3o. Las acciones a que se refiere el numeral 1o. del artículo 3o. del presente decreto se ofrecerán en venta cuando uno o varios establecimientos de crédito oficiales, entre ellos los Bancos Central Hipotecario, del Estado y Caja Agraria, establezcan líneas de crédito por cuenta y riesgo de los mismos, a fin de que los trabajadores a quienes se ofrezcan las acciones de acuerdo con el numeral 1o. del artículo 3o. del presente Decreto, cuenten con créditos para adquirirlas.

Las entidades financieras oficiales que establezcan líneas de crédito para este propósito, podrán concederlas de conformidad con las normas pertinentes, dentro de las siguientes condiciones:

"1o. Monto máximo a financiar: el que establezca cada entidad financiera oficial.

2o. Plazo: no inferior a 6 años.

3o. Garantía a satisfacción de cada entidad financiera. Podrán recibirse en garantía las acciones del Banco Popular que se adquieran conforme a lo previsto en el Decreto 2208 de 1993.

4o. Intereses: se pagarán por trimestre vencidos a una tasa máxima efectivo anual equivalente al DTF de 90 días más 5 puntos.

5o. Amortizaciones de capital: dos años de gracia por concepto de capital; 20% al vencimiento del tercer año; 30% al vencimiento del quinto año y 30% al vencimiento del sexto año".

"Artículo 9o.- Adjudicación de las acciones a que se refiere el numeral 1o. del artículo 3o. La adjudicación de la acciones a que se refiere el numeral 1o. del artículo 3o. del presente Decreto se hará así:

""1o. Sólo se tendrán en cuenta las ofertas de compra que cumplan las condiciones establecidas en este decreto y en los reglamentos que se expidan conforme al mismo, que se presenten el plazo, forma y condiciones que señale el Fondo.

2o. Si el conjunto de las ofertas, es inferior o igual a la cantidad de acciones objeto del presente programa, a cada interesado se adjudicará una cantidad de acciones igual a la demanda, dentro del límite máximo individual establecido.

3o. Si el conjunto de las ofertas de compra sobrepasa la cantidad de acciones objeto del presente programa, la adjudicación se hará a prorrata en forma directamente proporcional a las cantidades demandadas. En tal caso las fracciones de acción se desecharán y las acciones que resulte de tales fracciones podrán ser adjudicadas en la forma que se indique por parte del Fondo".

"Artículo 10o.- Condiciones de venta de las acciones a que se refiere el numeral 2o. del artículo 3o. Las ofertas de compra de acciones a que se refiere el numeral 2o. del artículo 3o. del presente Decreto deberán cumplir las siguientes condiciones:

""1o. El pago del precio deberá ser de contado o a plazo. No serán admisibles en pago bienes distintos de dinero efectivo o cheque.

2o. La opción de pago a plazo que podrá conceder el Fondo a solicitud del interesado, tendrá las siguientes condiciones:

a) Una cuota inicial mínima del 40% del total del precio, pagadera de contado en el término que señale el Fondo.

b) Un plazo de 5 años con amortización a capital por anualidades vencidas del 20% en cada año.

c) Intereses: se pagará por trimestre vencidos una tasa equivalente al DTF de 90 días más 7 puntos.

d) Garantía bancaria de pago de la deuda con una cobertura mínima del 130% del capital adeudado.

La garantía bancaria deberá ser constituida a entera satisfacción del Fondo en las condiciones que éste indique.

3o. Garantía de seriedad de la oferta que respaldará el total de las sumas que el adjudicatario debe pagar conforme al presente Decreto, no inferior del 40% del precio propuesto calculado sobre el precio base.

4o. Las ofertas se presentarán en sobre cerrado en las condiciones que indique el Fondo.

5o. Los proponentes podrán aceptar o no la reducción de la cantidad de acciones demandada. En caso de guardar silencio se entenderá para todos los efectos, que el proponente acepta reducción de su oferta por cualquier cantidad de acciones.

Si un proponente no acepta reducción de la cantidad de acciones que demanda y las acciones disponibles son inferiores a la cantidad demandada por tal proponente, la oferta correspondiente no será considerada.

El Fondo establecerá las condiciones en que puede ser admisible la reducción de la cantidad demandada de acciones.

6o. El Fondo señalará la forma, el plazo de vigencia mínimo que han de tener las ofertas de compra y las demás condiciones en que éstas deben ser presentadas"".

b.- 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 se sintetizan a continuación (fls. 12 a 21):

Primer cargo.- Violación del artículo 60 de la Carta Política, el cual consagra la obligación del Estado de promover el acceso a la propiedad y que en el evento de enajenar su participación en una empresa, como es el caso de la venta del total de acciones que posee en el Banco Popular, debe tomar medidas para democratizar la titularidad de las acciones, lo cual implica que estas se coloquen en el mayor número de personas. Si bien el alcance de la democratización no está definido, el Decreto 663 de 1993 señala que no debe ser inferior al 15% e implica que ese objetivo debe buscarse entre los trabajadores y las organizaciones solidarias.

El demandante explica en los siguientes términos el concepto de violación de la indicada norma constitucional por parte de cada uno de los actos acusados.

a) Artículo 6o. del Decreto 814 de 1994:

Mientras que el ordinal 1o. del artículo 3o. del decreto dice poner en venta la totalidad de las acciones a los trabajadores activos y pensionados del Banco Popu-

lar, de la Sociedad Fiduciaria y del Almacén General de Depósito; a los Fondos de Empleados; a los Fondos Mutuos de Inversión de Empleados; Fondos de Cesantías y de Pensionados; Cooperativas; Sindicatos de Trabajadores y Federaciones y Confederaciones de Sindicatos de Trabajadores y Federaciones y Confederaciones de Sindicatos de Trabajadores, el artículo 6o. ordinal 1o.) literal a) condicionada y limita la adquisición de acciones por parte de personas naturales a tres veces el patrimonio bruto conforme a la declaración de renta, o tres veces los ingresos de acuerdo con el último certificado de ingresos y finalmente, como limitante adicional, dispone que ningún trabajador podrá adquirir más de 16.829.718 acciones, es decir, el 0.32% de su totalidad. Luego de partir del supuesto del salario promedio de un trabajador del Banco Popular en la suma de $300.000.oo de calcular en 5.000 el número total de trabajadores y pensionados y de realizar con base en ello diversas operaciones matemáticas, el actor concluye que tales personas" ...solo podrían comprar el 19% de la totalidad de las acciones, dejándolos en minoría; sobre esta base se necesitarían 25.000 personas entre trabajadores y pensionados para poder comprar la totalidad de las acciones".

Las mismas limitaciones que se indicaron anteriormente se imponen a las personas relacionadas en el artículo 6o. ordinal 1o. literal b) del decreto acusado, las cuales no les van a permitir acceder a un paquete accionario importante.

El artículo 6o. ordinal 4o) del indicado decreto, "... con la intención de impedir la acción de los 'testaferros' impone más limitantes a la venta de acciones para solamente este tipo de compradores, relacionados en el numeral 1o. del artículo 3o., limitaciones que no operan para los posibles compradores de las acciones que no se vendan en la primera operación del martillo, no se entienden por qué razón para democratizar la propiedad, los trabajadores y los sectores solidarios no pueden vender sus acciones y sí lo pueden hacer las personas que han comprado las entidades que ya se han privatizado? ...(sic). Así las cosas, tal como está planeada la venta de las acciones, "...un paquete muy importante se va a quedar en manos de las personas relacionadas en el numeral 2o. del artículo 3o., (burlando el artículo 60 de la Constitución Política) pudiendo estas, siendo mayoría, ordenar una recapitalización (como ya lo han hecho), dejando sin poder de decisión a los trabajadores y las personas relacionadas en el numeral 1o. del artículo 3o.".

b) Artículo 7o. del Decreto 814 de 1994:

Al disponerse en dicho acto que la acciones a que se refiere el ordinal 1o. del artículo 3o. se ofrecerán en venta cuando uno o varios establecimientos de crédito oficiales establezcan líneas de crédito para su adquisición, ello "...quiere decir que si no se establecen las líneas de crédito no proceda la venta de las citadas acciones

a las personas relacionadas, o si los trabajadores interesados no quieren crédito no pueden comprarlas".

A pesar de que el Banco Central Hipotecario, el Banco del Estado y la Caja Agraria son estatales, se deja a su arbitrio otorgar o no los créditos necesarios para adquirir las acciones y el monto máximo a financiar, poniendo en desventaja a las personas relacionadas en el ordinal 1o. del artículo 3o. respecto de las indicadas en el ordinal 2o. de la misma disposición, pues estas últimas normalmente tiene crédito"...de sus propias entidades (el Grupo Colpatria para la compra de Corpavi).

De otra parte, al establecer el artículo 7o. ordinal 3o. la absoluta libertad de las entidades de crédito para exigir las garantías que deseen sobre los supuestos créditos a otorgar "...esto quiere decir que pueden hacer exigencias imposibles de cumplir para las personas relacionadas en el numeral 1o. del artículo 3o.".

c) Artículo 10o. del Decreto 814 de 1994

Como quiera que en dicho acto no se señala ninguna limitación a las acciones que se vendan con base en el ordinal 2o. del artículo 3o. del decreto acusado, "...los compradores de estas, si son mayoritarios, como seguramente lo serán (al igual que ha ocurrido en las demás privatizaciones) puedan ordenar la recapitalización de la entidad dejando en condiciones de inferioridad a los que optan por la compra con base en el numeral 1o. del artículo 3o.".

Finalmente el actor señala que en el Decreto 814 de 1994 nada se prevé sobre los Depósitos Judiciales que maneja el Banco Popular, los cuales "...no pagan réditos ni intereses de ninguna clase" y añade que "cuando quede privatizado el Banco Popular, sea en manos de los señalados en el numeral 1o. o en el numeral 2o. del artículo 3o. o de ambos, no es equitativo, que sea una entidad privada la que se beneficie con estos dineros".

Segundo cargo. - Violación del artículo 304 del Decreto 663 de 1993, pues el Gobierno Nacional no presentó a las Comisiones Terceras del Congreso de la República el informe que establece la norma sobre el programa de enajenación por él adoptado en cuanto a la enajenación de la participación del Estado en el Banco Popular. Por ello solicita el actor "...se decreta la nulidad de la totalidad del decreto demandado".

La Sala hace notar que si bien el actor solicita la declaratoria de nulidad del artículo 9o. del decreto parcialmente acusado, en su demanda no formula cargo alguno en su contra, razón por la cual no se considerará.

c.-Las razones de la defensa

En los escritos de contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión, la parte demandada se opone a las pretensiones con base en los argumentos que se sintetizan a renglón seguido (fls. 86 a 88, 94 a 95, 99 a 105, 113 a 130 y 204 a 219, 222, 227 y 229 a 247):

En relación con el primer cargo.- A pesar de que el artículo 60 de la Constitución consagra el deber del Estado de promover de acuerdo con la ley el acceso a la propiedad y establece que cuando el Estado enajene su participación en una empresa tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de las acciones, previendo la disposición que esta materia será reglamentada por la ley, el demandante no expresa en ningún momento que los actos demandados sean contrarios, desconozcan o vulneren la legislación existente y vigente que regula la expedición de esta clase de actos, cuales son la Ley 35 de 1993 y el Decreto a la luz de la citada Ley, a la que el Gobierno se ajustó en un todo para su expedición y cuya existencia no puede desconocerse, como lo pretende el actor, invocando un mandato constitucional que en virtud de su rango y generalidad exige un desarrollo legal para poder cumplirlo.

En acatamiento de la sentencia C-37 de 3 de Febrero de 1994 proferida por la Corte Constitucional, en la cual se señaló el alcance del artículo 60 de la Carta Política al resolver una acción de inconstitucionalidad contra la norma del Decreto 663 de 1993 que señalaba un mínimo del 15% de las acciones del Estado en una entidad financiera o de seguros que debía reservarse para el sector solidario y trabajador, el artículo 3o. ordinal 1o. del decreto acusado ordena ofrecer a dicho sector la totalidad de las acciones de la Nación en el Banco Popular, objeto del programa de venta aprobado por tal decreto.

En cuanto a los argumentos de la demanda sobre cada uno de los actos cuya declaratoria de nulidad se impetra, la parte demandada manifiesta lo siguiente:

a) Artículo 6o. del Decreto 814 de 1994:

La cifra del 19% a que alude el actor es una simple deducción o especulación que no está probada a través del proceso, por lo que se solicita no ser tenida en cuenta en el momento de dictar sentencia. De todas maneras, el artículo 3o. ordinal 1o. no solo está dirigido a los trabajadores y pensionados del Banco Popular sino a la totalidad de los trabajadores del país, que supera la cifra de 25.000 citada por el demandante, y a las organizaciones solidarias y de trabajadores.

La razón por la cual se establece en el acto acusado que ninguna persona natural puede adquirir acciones por un monto superior a tres veces el valor de su patrimonio bruto de acuerdo con la última declaración de renta que acredite, responde al interés de que un mayor número de trabajadores tengan acceso a dicha propiedad, interpretando así el artículo 60 de la Constitución y atendiendo a una realidad del mercado, como es la capacidad adquisitiva. Si ello no se hiciera así, se produciría el efecto contrario al buscado por la norma constitucional, pues se podría presentar la intervención de testaferros "'tras un fin simplemente especulativo o de obtener un enriquecimiento sin causa, a costa del patrimonio estatal y en favor de personas o grupos con poder económico, interesados en adquirir acciones'", tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en la citada sentencia C-37, lo cual realmente propende a que no exista una verdadera democratización de la propiedad.

En cuanto a la afirmación del actor consistente en que no existe razón para que los trabajadores y los sectores solitarios no puedan vender sus acciones, lo que sí pueden hacer las demás personas, se señala que la Ley 35 estableció como condición especial para los primeros el derecho de comprar las acciones del Estado en una entidad financiera o de seguros a precio fijo igual al precio mínimo aprobado por el Consejo de Ministros para la venta. Este privilegio legal está orientado a permitir el acceso a la propiedad accionaria de las personas que integran dicho sector, pero su ejercicio está encaminado, como lo establecen los artículos 58 y 60 de la Constitución, a promover el acceso a la propiedad accionaria, no a otro tipo de finalidades. Además, la limitación a que se refiere el demandante no es absoluta sino temporal de dos años, orientada a promover la permanencia de las personas del sector solidario y trabajador como accionistas, para que participen en el capital accionario y en la gestión de las empresas, que es el citado fallo. Adicionalmente, "... si la persona desea negociar las acciones puede hacerlo renunciando a la diferencia de precio de las acciones que el Estado le ha brindado, sin impedirle la libre disposición de sus bienes".

La deducción del actor según la cual un paquete muy importante de acciones va a quedar en manos de personas ajenas al sector solidario y trabajador, es una consideración que como tal no constituye un cargo de inconstitucionalidad, sino una opinión carente de prueba y sustentación jurídica.

b) Artículo 7o. del Decreto 814 de 1994:

Si esta disposición ordena al Fondo de Garantías ofrecer en venta las acciones cuando uno o varios establecimientos de crédito oficiales establezcan líneas de crédito para adquirirlas, "esto significa que mientras las líneas de crédito no estu-

vieran establecidas por algunas de las entidades oficiales que el decreto señale, el Fondo de Garantías no puede ofrecer las acciones, y si hizo la oferta debió asegurarse de la existencia de tales líneas de crédito". De otra parte, es evidente que las mencionadas entidades financieras deben evaluar la capacidad de pago de quienes pretendan obtener crédito, pues de lo contrario se pondría en peligro su estabilidad y el ahorro del público a ellas confiado.

c) Artículo 10o. del Decreto 814 de 1994

Las limitaciones que el demandante echa de menos en cuanto a la posibilidad de recapitalización por parte de los socios que hagan mayoría para evitar que se vulneren los derechos del sector solidario, es un concepto que no tiene cabida en la Ley 35 de 1993 y representa total desconocimiento de lo que significa un proceso de venta de una entidad del Estado a los particulares, pues si éste realiza dicha operación, sea que toda o una parte de las acciones se coloquen en el sector solidario y trabajador, desde el momento en que la entidad tenga una participación de capital privado superior al 10%, ella se rige íntegramente por el derecho privado y en consecuencia queda sujeta a las reglas de la sociedad anónima, dentro de las cual toda ampliación de capital social se rige por las reglas del Código de Comercio y las que estatutariamente acuerde la sociedad.

En cuanto a los comentarios sobre los depósitos judiciales, el demandante se abstuvo de probar sus afirmaciones. No obstante, si en el decreto acusado se menciona o no dicho aspecto, es algo que nada tiene que ver con su constitucionalidad o legalidad.

En relación con el segundo cargo.- Como lo puntualizó el Consejo de Estado en el auto admisorio de la demanda, el cargo carece de vocación de prosperidad, pues el actor no acompañó con su demanda documento público alguno que demuestre la afirmación en que él mismo se sustenta.

Finalmente se proponen como excepciones las de ineptitud de la demanda por omitirse la designación de la parte demandada y sus representantes (art. 137-1 del C.C.A.) y por falta del requisito de haber acompañado copia hábil del acto acusado con la constancia de su publicación, es decir, la publicada en los medios oficiales (art. 139, ib.).

d) Los fundamentos de la impugnación

Al proceso compareció a impugnar la demanda la ciudadana Lucía Gaitán de Bedoya, quien en sus escritos de contestación de la misma y de alegato de conclu-

sión expresa, *mutatis mutandi*, las mismas razones en que se fundamenta la parte demandada para defender la legalidad de los actos acusados (fls 89 a 93 y 91 a 203).

e) La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 27 de mayo de 1994 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional de los actos acusados (fls. 28 a 34).

Mediante providencia de 2 de septiembre de 1994 se denegó la práctica de las pruebas solicitadas por la parte demandada (fl. 188).

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión, solo hizo uso de tal derecho la parte demandada y la impugnante de la demanda.

II.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación estima que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, con base en los argumentos que se resumen a continuación (fls. 248 a 251):

No existe razón al actor al señalar que en la fijación de un tope máximo para la adquisición de las acciones sólo se da oportunidad a cada trabajador de adquirir el 0.32% de la totalidad de acciones ofrecidas, " ...ya que en el proceso de democratización es necesario establecer un porcentaje que facilite la participación proporcional del mayor número de interesados".

" En cuanto a las condiciones de crédito, a las entidades autorizadas se les fijan unos parámetros generales en el artículo 7o. del Decreto acusado".

Respecto al artículo 10o. el actor simplemente especula sobre una posible recapitalización enderezada por los accionistas mayoritarios, que podrían colocar en desventaja a los trabajadores, pensionados, etc., lo que no constituye, en sí mismo, un cargo contra la norma.

El actor no probó su acusación de que el Gobierno Nacional omitió la presentación de un informe a las Comisiones Terceras del Congreso sobre el programa adoptado para la venta de las acciones que la Nación posee en el Banco Popular.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En lo referente a la excepción propuesta por la parte demandada, la Sala estima que no está llamada a prosperar, pues, en primer término, a pesar de que en la demanda no se designa la parte demandada y sus representantes, en el auto admisorio, con fundamento en el poder de interpretación de la misma que le ha sido reconocido al juez administrativo por la jurisprudencia y en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 de la Carta Política, esta Corporación entendió, de acuerdo con el artículo 149 del C.C.A., que dicha parte "...es la Nación Colombiana, representada por los Ministerios que, junto con el Señor Presidente de la República, suscriben el decreto cuya nulidad se solicita". En segundo término, el hecho de haberse omitido acompañar con la demanda la constancia de publicación del acto acusado no constituye para la Sala impedimento alguno para fallar de fondo el presente asunto, toda vez que la publicación de un acto administrativo no es un elemento que condicione la validez de la voluntad administrativa, sino un requisito esencial para su eficacia, es decir, para su obligatoriedad y ejecución.

En relación con el primer cargo. - A pesar de que en el auto admisorio de la demanda se denegó la solicitud de decretar la medida de suspensión provisional de los actos acusados, fundamentales ésta en incurrir en violación del artículo 60 de la Carta Política, por cuanto en dicha oportunidad se consideró que al consagrar la misma norma que "La Ley reglamentará la materia" en ella contenida, su desconocimiento sólo podría darse de manera indirecta en la medida en que los citados actos vulneren los mandatos pertinentes de la ley 35 de 1993 y los artículos 303 y siguientes del Decreto - Ley 663 del mismo año, que desarrollan su preceptiva, la Sala acometerá el estudio de tal acusación, haciendo notar que ante la ausencia de cargos de ilegalidad respecto de los artículos 6o., 7o. y 10o. del Decreto 814 de 1994, dicha tarea se limitará a la confrontación directa de la norma constitucional citada con los actos enjuiciados.

Ahora bien, luego de realizar el susodicho ejercicio, la Sala observa y considera lo siguiente sobre las acusaciones formuladas a cada uno de los actos cuya declaratoria de nulidad se impetra.

1o.- Artículo 6o. del Decreto 814 de 1994:

Las limitaciones que se establecen en su ordinal 1o. literal a) para la adquisición de acciones por parte de las personas naturales obligadas a presentar declaración de renta hasta por un monto no superior a tres veces el valor del patrimonio bruto y para las no obligadas a ello hasta por un monto máximo igual a tres veces

los ingresos que figuren en el último certificado de ingresos y retenciones que acredite, al igual que la determinación del número máximo de acciones que puedan adquirir las personas naturales a que se refiere el artículo 3o. ordinal 1o. del decreto acusado, no constituye una violación del artículo 60 de la Carta Política, toda vez que ellas tienden a lograr la efectiva democratización de la propiedad accionaria, impidiendo así posibles abusos de los beneficiarios del tratamiento preferencial ante la eventualidad de que terceras personas se apropien de tales beneficios utilizando a los titulares de los derechos de preferencia. De igual manera, si el cometido del artículo 60 de la Constitución Política es el de democratizar la titularidad de las acciones en las empresas que el Estado tenga participación y pretenda enajenar, de no preverse las mencionadas limitaciones y aquellas de que da cuenta el ordinal 1o. literal b) del acto bajo análisis, podría darse el caso de que unos pocos tuviesen acceso a la propiedad enajenada, lo cual sí contravendría dicho cometido. En relación con esta materia, la H. Corte Constitucional en sentencia C-37 de 3 de Febrero de 1994 señaló lo siguiente:

> "Bajo la perspectiva analizada, el proceso de democratización debe adelantarse en condiciones de total claridad y bajo parámetros que garanticen el hecho de que la propiedad accionaria estatal se traslada preferiblemente y efectivamente a los trabajadores y a las organizaciones solidarias, y se consolida en forma real en cabeza de estos, sin perjuicio de la opción que, a posteriori, tienen otras personas para adquirir las referidas acciones".
>
> "No es concebible que un proceso de venta de la propiedad accionaria pueda, a su vez, dar lugar a una peligrosa concentración de dicha propiedad que justamente con base al proyecto de democratización, o propiciar incluso manejos o conductas inadecuadas y abusivas, contrarias al espíritu de la norma, por los empleados de la empresa o de las organizaciones solidarias, como sería el de actuar como testaferros, tras un fin simplemente especulativo o de obtener un enriquecimiento sin causa, a costa del patrimonio estatal, y en favor de personas o grupos con poder económico, interesados en adquirir las acciones".
>
> "Consecuente con lo anterior, y para evitar que el proceso de democratización accionaria sufra las desviaciones apuntadas, la administración, con arreglo a la ley, está habilitada de los poderes necesarios, para imponer limitaciones razonables y justificadas a la negociación accionaria, y que naturalmente conduzca a impedir la presencia de dichas desviaciones y a evitar que se desconozca la voluntad del constituyente".

Por lo que concierne a la acusación de desconocimiento del artículo 60 de la Constitución por parte del ordinal 4o. del citado acto, la Sala considera que también adolece de vocación de prosperidad, pues como lo señaló esta misma sección

en reciente sentencia al resolver un asunto similar al sub-examine, "...la limitación a la negociabilidad de las acciones durante un término medio de dos años es también entendible, dado que se trata de un proceso cuya finalidad es la democratización de la propiedad en cabeza de los trabajadores, de sus organizaciones y de las organizaciones solidarias, lo cual implica que se pretenda que en las entidades enajenadas efectivamente dicho sector sea representativo, efecto que podría verse menoscabado de permitirse la inmediata venta de las acciones adquiridas por el mismo" (Sentencia de 27 de Enero de 1995, Consejero oponente Yesid Rojas Serrano. Actor: Julio A. Roberto Nieto y Enrique José Arboleda Perdomo. Exp. No. 2826).

De otro lado, dentro de las consideraciones del decreto acusado se hace referencia a algunos apartes de la citada sentencia de la H. Corte Constitucional, los cuales se transiden a continuación por estimar la Sala como de recibo en el presente análisis.

"No se es concebible que un proceso de venta de propiedad accionaria pueda, a su vez dar lugar a una peligrosa concentración de dicha propiedad, que justamente combate el proceso de democratización, o propiciar incluso manejos o conductas inadecuadas y abusivas, contrarias al espíritu de la norma, por los empleados de la empresa o de las organizaciones solidarias, como sería el de actuar como testaferros, tras un fin meramente especulativo o de obtener un enriquecimiento sin causa, a consta del patrimonio estatal, y en favor de personas o grupos con poder económicos, interesados en adquirir las acciones.

"Consecuentemente con lo anterior, y para evitar que el proceso de democratización accionaria sufra las desviaciones apuntadas, la administración con arreglo de la ley está habilitadas de los poderes necesarios, para imponer limitaciones razonables injustificadas a la negociación accionaria, que naturalmente conduzcan a impedir la presencia de dichas desviaciones y a evitar que se desconozca la voluntad del constituyente".

En cuanto a las lucubraciones del actor acerca de la posibilidad de que al materializarse las disposiciones del acto acusado pudiese presentarse una recapitalización del Banco Popular, la Sala se abstiene de pronunciarse sobre ellas, pues constituyen simples hipótesis y en manera alguna un cargo de inconstitucionalidad.

2o. Artículo 7o. del decreto 814 de 1994:

La Sala no observa violación del artículo 60 de la Carta Política por el hecho que el acto acusado exponga que las acciones que posee la Nación en el Banco Popular sólo se ofrecerán en venta cuando uno o varios establecimientos oficiales

de crédito establezcan líneas de crédito para que los titulares del derecho preferencial tengan cómo financiarlas, sino por el contrario, considera que ello constituye una garantía para que dichos titulares tengan la posibilidad de acceder a la propiedad accionaria en condiciones especiales, como lo ordena la norma constitucional. De igual manera, el que el acto acusado condicione la oferta de venta a que se establezcan las aludidas líneas de crédito, no implica en manera alguna que a quienes no deseen hacer uso de ellas les esté vedado adquirir acciones, pues ello simplemente se consagra como opción, más no con carácter obligatorio.

En lo que respeta al planteamiento del actor sobre la posibilidad de que las entidades de crédito exijan garantías imposibles de cumplir por parte de las personas a que se refiere el artículo 3o. ordinal 1o. del Decreto 814 de 1994, la Sala considera que se trata de una simple eventualidad que, como tal, resulta imposible de vulnerar el artículo 60 de la Carta Política. Sin perjuicio de ello, la Sala hace notar al demandante que el espíritu de la disposición de las acciones por parte de los titulares del derecho preferencial se establezcan mecanismos que garanticen el pago de crédito a otorgar por parte de las respectivas entidades bancarias o financiera del Estado. Además, esta misma Sección en sentencia proferida el 16 de diciembre de 1994 dentro del proceso No. 2781, Actor: Graciela González Ribón, de la cual fue ponente el Consejero Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, señaló en relación con esta materia que "... prever líneas de crédito que garanticen préstamos para la compra de acciones o ser cauteloso respecto de la demostración de patrimonio con que cuenta el adquirente para responder por las obligaciones contraídas, lejos de desconocer el mandato constitucional contribuyente al cabal cumplimiento de su finalidad".

3o.- Artículo 10o. del Decreto 814 de 1994:

La Sala se abstiene de pronunciarse sobre hipótesis y el cuestionamiento planteados por el actor pues ellos no constituyen en manera alguna cargos de inconstitucionalidad, sino simples especulaciones sin sustento argumental que permitan una confrontación jurídica.

En relación con el segundo cargo.- La Sala considera que carece en absoluto de vocación de prosperidad, toda vez que se fundamenta en una simple afirmación del actor, carente de todo respaldo probatorio, por lo cual debe concluirse que la presunción de legalidad de que gozan todos los actos administrativos no ha sido desvirtuada, además de que, por tratarse de un informe posterior a la expedición del acto, no constituyen elemento esencial de su validez.

En las anotadas circunstancias, ha de procederse a denegar las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Segundo.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercero.- En firme esta sentencia, previas las anotaciones de rigor, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha nueve de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Se acata la sentencia de la Corte Constitucional C-37 de febrero 3 de 1994, mediante la cual se declaró inaxequibles el inciso 3 del art. 311 del decreto ley 663 de 1993 o Estatuto orgánico del Sistema Financiero.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración Jurisprudencial de la sentencia de enero 27 de 1995, Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*, Exp. 2826.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración Jurisprudencial de la sentencia de diciembre 16 de 1994, Exp. 2781, Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza M.*

TRANSITO CONSTITUCIONAL. LEY EN EL TIEMPO. INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE

No obstante que el Decreto contentivo de las normas acusadas fué expedido con anterioridad a las normas constitucionales de 1991 que se invocan como transgredidas, la Sala hará un pronunciamiento de fondo ya que, como lo precisó en la sentencia de 10 de febrero del presente año, en caso de presentarse el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente puede disponerse la nulidad del acto administrativo incurso en ella.

TITULO DE ABOGADO - Requisitos. EXAMENES PREPARATORIOS. PROGRAMAS. ACADEMICOS

El hecho de que para obtener el título de abogado se establezca como requisito la presentación y aprobación de exámenes preparatorios no implica discriminación alguna por cuanto dicha exigencia se hace respecto de todos los estudiantes que se encuentran cursando estudios de derecho, es decir, frente a todas las personas que se encuentran en un mismo supuesto de hecho o condición. No puede reclamarse el mismo tratamiento para personas que se encuentran en situación diferente por pertenecer a otras facultades ya que la diferencia de los programas académicos impone de suyo un tratamiento también distinto, atendiendo la índole de las particularidades de su formación profesional.

ILEGALIDAD SOBREVINIENTE - Efectos. DEROGATORIA DEL ACTO

La ilegalidad sobreviniente genera la derogatoria del acto más no su nulidad, ya que ésta sólo puede descansar, para el caso, según lo prescribe el artículo 84 del C.C.A., en las normas legales en que deberían fundarse, vale decir, vigentes al momento de su expedición.

SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION - Vigilancia. **GOBIERNO NACIONAL** - Facultades. **EXPEDICION DE TITULOS** - Reglamentación

De una interpretación sistemática de los artículos 150 numeral 8 y 189 numeral 21 de la Constitución Política de 1991 se deduce que es al Gobierno a quien corresponde la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley, y en este caso, la Ley 30 de 1992 en el parágrafo 2o. del artículo 25 facultó al Gobierno para reglamentar la expedición de los títulos, de acuerdo con las leyes que rigen la materia, previo concepto favorable del Consejo Nacional para la Educación Superior (CESU).

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente No. 2918. Acción: Nulidad. Actor: Rubén Darío Pérez Mesa.

El ciudadano RUBEN DARIO PEREZ MESA, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de los artículos 21 numeral 2o., 22 y 23 del Decreto No. 1221 de 8 de junio de 1990 "por el cual se aprueba el Acuerdo número 60 del 24 de mayo de 1990, emanado de la junta Directiva del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior - ICFES-, por el cual se determinan los requisitos mínimos para la creación y funcionamiento de los programas de Derecho", expedido por el Gobierno Nacional.

I-. CAUSA PETENDI

Como normas violadas invoca en la demanda los artículos 13, 27, 69 y 84 de la Constitución Política de 1991; 3o., 4o., 24, 28, 30, 32 literal a y 144 de la Ley 30 de 1992.

En el acápite denominado "concepto de la violación" expone, principalmente, los siguientes cargos de violación:

1o): El numeral 2o. del artículo 21 acusado incluye dentro de los requisitos para obtener el título de abogado haber presentado y aprobado los exámenes preparatorios.

En Colombia, a los estudiantes de los diferentes programas de pregrado de las universidades públicas y privadas, sólo se les exige cursar y aprobar la totalidad de las materias que integran el plan de estudios y elaborar una monografía que debe ser aprobada al igual que el examen de sustentación de la misma. No se les exigen requisitos especiales como el de la norma acusada la cual viola el artículo 13 de la Constitución Política porque marca una discriminación a un sector específico de la población.

Es tan flagrante y clara la discriminación que establecen las normas acusadas y la violación que hacen de normas constitucionales como el derecho a la igualdad, a la educación y a la autonomía universitaria, que aún las universidades en ejercicio de su autonomía no pueden reproducir estas normas ya que aunque es bien sabido que las normas constitucionales no tienen jerarquía entre sí, tampoco pueden entrar en pugna entre ellas y la autonomía universitaria, como derecho constitucional que es, desarrollado en la Ley 30 de 1992, debe respetar el derecho a la igualdad.

Solamente el legislador podía disponer en una ley la presentación de los exámenes preparatorios pero para la generalidad de los estudiantes de educación superior.

2o): La reglamentación que corresponde hacer al Gobierno Nacional, en relación con la expedición de títulos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 parágrafo 2o. de la Ley 30 de 1992, debe enmarcarse dentro del respeto a las normas constitucionales y legales vigentes, es decir, no podrá imponer requisitos que sean inconstitucionales o ilegales como los que se acusan en esta demanda.

3o): No pueden seguir vigentes en nuestro ordenamiento jurídico disposiciones que hacen más gravosa, a un sector de la población, la obtención de un título universitario de pregrado, convirtiéndose en una maratón de obstáculos en el ejercicio de un derecho fundamental como el de la educación.

4o): Respecto de las normas acusadas a través de esta acción opera el fenómeno de la anulación por causa legal y constitucional sobreviniente.

5o): El Acuerdo No. 60 de 24 de Mayo de 1990, emanado de la Junta Directiva del ICFES, fué expedido con base en el numeral 7o. del artículo 90. del Decreto No. 2743 de 1980, que reproducía el literal e del artículo 6o. del Decreto Ley 81 de 1980, declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 de Mayo de 1981.

6o): El Decreto acusado presenta una grave inconsistencia pues cita como fundamento el literal d del artículo 6o. del Decreto Ley 80 de 1980, cuando debió hacerlo pero del mismo literal y mismo artículo del Decreto Ley 81 de 1980. Pero de haberse citado esta norma se observa que ella no autoriza a la Junta Directiva del ICFES para establecer y reglamentar exámenes preparatorios dentro del plan de estudios del pregrado de Derecho para obtener el título.

La norma aplicable y que debió citarse debió ser el literal e del artículo 6o. del Decreto Ley 81 de 1980, que como ya se dijo, fué declarado inexequible.

7-. La Constitución garantiza la autonomía universitaria en el artículo 69. El Congreso expidió la Ley 30 de 1992, que organizó el servicio Público de la educación superior, la cual derogó los Decretos Leyes 80 y 81 de 1980. Estas normas permiten concluír que los artículos acusados son inconstitucionales e ilegales.

8-. Hay inconstitucionalidad sobreviniente ya que la Constitución transfirió la potestad reglamentaria en materia de educación al Congreso de la República (artículo 150 numeral 8o.), desapareciendo así la facultad que al Presidente de la República le confería el artículo 120 numeral 12 de la Constitución de 1.886.

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 la lista, probatoria y alegaciones.

II. 1-. La Contestación de la Demanda

El Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior -ICFES-, a través de apoderada, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

1o): Desde 1970 los estudios de Derecho han estado regulados por estatutos específicos sin que se haya pretendido decir que existe discriminación frente a la forma como deben desarrollarse y culminar los de otros campos del conocimiento.

2o): El Acuerdo No. 60 de 1990 fué expedido por la Junta Directiva del ICFES en uso de sus atribuciones legales y estatuarias y en especial de las conferidas por los artículos 6o. literal e) del Decreto Ley 81 de 1980 y 9o. numerales 6o. y 7o. del Decreto 2743 de 1980.

El Decreto No. 1221 de 1990, aprobatorio del Acuerdo anterior, fué expedido por el Gobierno Nacional en uso de sus atribuciones legales y constitucionales y en especial de las conferidas al Presidente de la República por los artículos 120 ordinal 12 de la Constitución de 1.886 y 6o. literal d) del Decreto Ley 81 de 1980 (nó literal d) del artículo 6o. del Decreto Ley 80 de 1980), como equivocadamente se cita en el encabezamiento del Decreto.

El Decreto 1221 tiene el carácter de reglamento ejecutivo, en consecuencia no afectaría al artículo 144 de la Ley 30 de 1992, el cual dejaría de tener aplicación sólo en el evento de que uno de similar categoría derogara su contenido.

3o): El citado Decreto no contraría los derechos de igualdad, educación, libertad de enseñanza, cátedra e investigación ni la autonomía universitaria, pues basta consultar el texto de su articulado con la regulación en ellos contenida.

El artículo 13 de la Constitución consagra una igualdad política ante la ley y no una igualdad material. Los hombres socialmente son desiguales pero disponen de una igualdad de posibilidades.

4o.): Conforme a lo expresado por la Corte Constitucional, en sentencia de 12 de Mayo de 1993, frente a la autonomía universitaria, si bien es cierto que la Constitución consagra el respeto de tal autonomía, también lo es que en el ejercicio de dicha facultad el centro educativo debe observar un ejercicio razonable del poder. Los límites a dicho ejercicio están en dos órdenes: constitucional y legal.

5o): En cuanto a la libertad de enseñanza, como lo expresó la Sala al resolver sobre la suspensión provisional, la exigencia de la presentación de exámenes preparatorios para obtener el título en manera alguna restringe dicha libertad, la cual ha de entenderse como la posibilidad de todas las personas de acceder a la enseñanza, a la vez que constituye una medida para garantizarla y hacerla más eficaz.

6o): Cuando se expidió el Decreto demandado no se había dictado la ley conforme a lo señalado en el artículo 150 numeral 23 de la Constitución vigente.

7o): Partiendo de la base que la norma demandada no era reglamentaria de los Decretos Leyes 80 y 81 de 1980, no podía seguir la misma suerte de éstos prevista en el artículo 144 de la Ley 30 de 1992, como tampoco puede considerarse derogado en forma tácita.

II. 2-. La abogada Bernardita Pérez Restrepo, en su calidad de tercero coadyuvante, adujom, adujo, en esencia, lo siguiente:

1o): Las normas acusadas del Decreto No. 1221 de 1990 son abiertamente inconstitucionales e ilegales porque desbordan la materia e invaden la órbita de competencia de las universidades y además de transgredir las normas enunciadas por el actor violan los artículos 113 inciso 3o. y 121 de la Constitución Política, porque como lo advirtió la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de inexequibilidad del literal e del artículo 6o. del Decreto Ley 81 de 1980, no se trata de la nomenclatura y condiciones para la obtención de títulos universitarios, sino de la determinación del organismo encargado de ejercer funciones legislativas en el futuro sobre dicha materia y en este sentido la ley de facultades no comprendía autorizaciones al Presidente en orden a la precisión de tal organismo.

Dada la naturaleza jurídica y la índole de las funciones desarrolladas por el ICFES, tampoco resulta ajustado a la Constitución otorgarle las facultades contempladas en las normas sub examine.

2o.): La tesis de la Corte sigue siendo respetable y válida, pues a la luz del ordenamiento jurídico vigente, ni el Presidente de la República, y mucho menos el ICFES, tienen competencia para legislar en materia educativa por ser del resorte del órgano legislativo, quien expidió la Ley 30 de 1992, que expresamente le atribuye sólo algunas funciones al ICFES porque con la derogatoria de los Decretos Leyes 80 y 81 de 1980 se recorta a este último su capacidad de maniobra en un alto grado.

3o): Las normas acusadas sí pueden contrariar la Constitución de 1991 y negar ello es desconocer lo dispuesto en el artículo 4o. ibídem.

II. 3-. En la etapa de alegatos sólo hizo uso de este derecho el actor para reintegrar los planteamientos expuestos en el líbelo demandatorio.

III-. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su visita de fondo se muestra partidaria de que se denieguen las súplicas de la demanda por cuanto, como lo ha sostenido la Sala, un acto administrativo no puede ser anulado por ser contrario a normas, aun de orden constitucional, que no estaban vigentes al momento de su expedición, pues la acción de nulidad no tiene por objeto hacer declaración sobre la vigencia o no de determinado acto en razón de la derrogatoria, caducidad o pérdida de su fuerza ejecutoria.

Además , el Decreto No. 1221 del 1990 fue expedido con fundamento en el literal d) del artículo 6o. del Decreto Ley 80 de 1980, norma esta que el artículo 144 de la Ley 30 de 1992 derogó, por lo cual operó el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria que impide la aplicación del mismo.

IV -. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Sea lo primero advertir que no obstante que el Decreto contentivo de las normas acusadas fué expedido con anterioridad a las normas constitucionales de 1991 que se invocan como transgredidas, la Sala hará un pronunciamiento de fondo ya que, como lo precisó en la sentencia de 1o. de febrero del presente año, en caso de presentarse el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente puede disponerse la nulidad del acto administrativo en ella.

Dijo al afecto en la citada decisión:

" ... La Sala ha venido sosteniendo reiteradamente que los actos administrativos solamente pueden ser enjuiciados frente a normas superiores de derecho vigentes y preexistentes al momento de su expedición. Igualmente, que la incompatibilidad sobreviniente, esto es, la contrariedad que se presenta con posterioridad a la expedición del acto, entre éste y una norma constitucional o legal que nace a la vida jurídica después de él, da lugar a su derogatoria, fenómeno jurídico este para el cual esta jurisdicción no está facultada constitucional ni legalmente para hacer dicha declaratoria, pues sólo puede disponer la de nulidad.

No obstante lo anterior, considera que el artículo 4o. de la Constitución Política es claro al señalar que "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales".

Con igual perspectiva jurídica la Ley 153 de 1887 prescribe que "La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente" (artículo 9o.); y que se estima insubsistente una disposición legal "por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería" (artículo 3o.).

De las reglas de hermenéutica antes reseñadas fluye con meridiana claridad que la incompatibilidad entre la Constitución y cualquier norma jurídica produce como consecuencia la inaplicabilidad de esta última en un caso concreto.

Tratándose del análisis de inconstitucionalidad con efecto erga omnes, como es el caso de la acción *sub-exámine* considera la Sala, y con ello rectifica su

posición anterior, que en aras de preservar la supremacía de la Constitución Política en el ordenamiento jurídico y para dar cabal cumplimiento al principio fundamental estatuido en su artículo 4o. se impone para el juzgador frente al fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente disponer la declaratoria de nulidad del acto administrativo que se encuentra incurso en ella, a partir, de la entrada en vigencia de la norma constitucional". (Expediente No. 2943, Actor: Defensor del Pueblo, Consejero Ponente: doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz).

En relación con los cargos 1o. y 3o., relativos a la violación de los derechos a la igualdad, la autonomía universitaria y la educación, consagrados en los artículos 13, 67 y 69 de la Constitución Política, cabe tener en cuenta que no están llamados a prosperar, por lo siguiente:

Para la Sala el hecho de que para obtener el título de abogado se establezca como requisito la presentación y aprobación de el exámenes preparatorios no implica discriminación alguna por cuanto dicha exigencia se hace respecto de todos los estudiantes que se encuentran cursando estudios de derecho, es decir, frente a todas las personas que se encuentran en un mismo supuesto de hecho o condición.

No puede reclamarse el mismo tratamiento para personas que se encuentra en situación diferente por pertenecer a otras facultades ya que la diferencia de los programas académicos impone de suyo un tratamiento también distinto, atendiendo la índole de las particularidades de su formación profesional

La explicación procedente descarta la transgresión de los derechos a la autonomía universitaria y a la educación por cuanto el demandante la supedita a la del derecho a la igualdad.

En lo tocante al cargo 2o. es preciso advertir que, de una parte, el actor al plantear la transgresión del parágrafo 2o. del artículo 25 de la Ley 30 de 1992 no formula propiamente una censura, pues al desarrollar ésta se limita a hacer el comentario de que el Gobierno Nacional al reglamentar la expedición de títulos debe respetar las normas constitucionales y legales vigentes, pero en ningún momento aduce la incompetencia del ICES para hacer las regulaciones a que se contraen las normas acusadas, razón por la cual no está llamado a prosperar. Además que, de haberlo hecho, no podría la sala entrar a analizar el fenómeno de la ilegalidad sobreviniente puesto que ésta genera la derogatoria del acto más nó su nulidad, ya que ésta sólo puede descansar, para el caso, según lo prescribe el artículo 84 del C.C.A., en las normas legales en que deberían fundarse, vale decir, vigentes al momento de su expedición.

En cuanto concierne al 4o. cargo observa la Sala que el demandante se limitó a aducir el fenómeno de la ilegalidad e inconstitucionalidad sobrevinientes, sin precisar en qué consisten una y otra. Ahora, si la censura se relaciona con los cargos de violación antes analizados, son válidas las consideraciones precedentes.

En lo que respecta al 5o. cargo de violación considera la sala que se trata de la invocación de un hecho, que no contiene concepto de violación alguno.

Si lo que quiso el actor fué plantear una especie de falsa motivación, por aducirse como fundamento de la expedición del acto una norma que reproducía otra declarada inexequible, ni lo manifestó así expresamente ni indicó como fundamento de su pretensión el artículo 84 del C.C.A., que consagra tal causal de anulación de los actos administrativos por lo cual no está llamado a prosperar este cargo.

En lo que toca con el 6o. cargo, tampoco es atendible dado que, si bien es cierto que el Decreto demandado presenta una inconsistencia, pues citó equivocadamente en su encabezamiento como fundamento para su expedición el literal del artículo 6o. del Decreto Ley 80 de 1980, cuando debió citar el literal del artículo 6o. del Decreto Ley 81 de 1980, que con anterioridad había sido declarado inexequible, no lo es menos que frente a tal inconsistencia el actor no concretó cargo de violación alguno, como sería, por ejemplo, la falsa motivación, al descasar el fundamento de dicho Decreto en una norma que había desaparecido jurídicamente por razón de la declaratoria de su inexequibilidad.

En cuanto al 7o. cargo se limita el actor a hacer afirmaciones respecto de la consagración en la Carta Política del principio de la autonomía universitaria y de la derogatoria que hizo la Ley 30 de 1992 de los Decretos Leyes 80 y 81 de 1980, para concluir, sin fundamentación alguna, que los artículos acusados son inconstitucionales e ilegales. Por ello no está llamado a prosperar.

Finalmente, y en lo que respecta al 8o. cargo, cabe señalar que no es cierta la afirmación del actor en cuanto a que el poder de reglamentación en materia de educación no lo tiene el Gobierno sino el Congreso, dado que de una interpretación sistemática de los artículos 150 numeral 8o. y 189 numeral 21 de la Constitución Política de 1991 se deduce que es al Gobierno a quien corresponde la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley, y, en este caso, la Ley 30 de 1992 en el parágrafo 2. del artículo 25 facultó al Gobierno para reglamentar la expedición de los títulos, de acuerdo con las leyes que rigen la materia, previo concepto favorable del Consejo Nacional para la Educación Superior (CESU).

En mérito de lo expuso, 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.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 16 de Febrero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Reiteración Jurisprudencial en la sentencia de febrero 1 de 1995, Exp. 2943, Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, Actor: Defensor del Pueblo.

PODER DISCIPLINARIO PREFERENTE. COMPETENCIA. PROCURADOR GENERAL DE LA NACION - Funciones. **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA. FUNCIONARIO JUDICIAL. FUNCIONARIO DE FUERO. PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. COMPETENCIA** - Improcedencia

Al Consagrar la Constitución en su artículo 277 numeral 6o. como funciones del Procurador General de la Nación las de "ejercer vigilancia superior:, y "ejercer preferentemente el poder disciplinario", debe entenderse que dichas " vigilancia superior" y "ejercicio preferente del poder disciplinario" están referidos a la vigilancia y poder disciplinario que otras autoridades, como los superiores jerárquicos, puedan ejercer "normalmente" en virtud de la ley, pero no pueden entenderse frente al poder disciplinario que la misma Constitución ha atribuido directamente en otra autoridad y que configura así un fuero especial, como es el caso del poder disciplinario atribuido al Consejo Superior de la Judicatura y frente a "los funcionarios de la rama judicial". Esta Sala si bien comparte lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-417/93 de fecha 4 de octubre de 1993 (Exp. D-293, Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ), en cuanto afirmó que la Constitución de 1991 establece una cláusula general de competencia en la materia a cargo de la Procuraduría General de la Nación, no comparte el criterio según el cual esa cláusula general de competencia, por razón de la vigilancia superior y del poder disciplinario preferente permite a la Procuraduría desplazar al Consejo Seccional correspondiente en relación con procesos contra funcionarios judiciales, pues la misma Corte en esa sentencia reconoce que la competencia general de la Procuraduría no se extiende "sobre aquellos (funcionarios) que gocen de fuero especial según la Constitución", como es el caso de los funcionarios de la Rama Judicial según ha quedado definido en esta sentencia. DECLARA LA NULIDAD DE LAS EXPRESIONES QUE SE INDICAN A CONTINUACION, CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS PRIMERO A QUINTO DE LA RESOLUCION No. R - 016 DE 23 DE JULIO DE 1993, expedida por la Procuraduría Gene-

ral de la Nación: a) Del literal a. del artículo primero: "...Tribunal Nacional, Consejos Seccionales de la Judicatura, Tribunales Superiores del Distrito, Tribunales Administrativos...". b) Del literal b. del artículo primero: "Vicefiscal General de la Nación,... directores nacional, regionales, seccionales de fiscalías, fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Nacional y lo Tribunales Superiores del Distrito". c) Del parágrafo del artículo primero "...funcionarios y...". d) Del literal a. del artículo segundo, en su integridad. e) Del literal b. del artículo segundo,: "Jueces de Familia, de Menores y Fiscales Delegados ante los jueces de Menores y contra..." f) Del literal a. del artículo tercero, en su integridad. g) Del literal b) del artículo tercero: "jueces de primera instancia, de instrucción y...". h) Del literal c. del artículo tercero, en su integridad. i) Del literal d. del artículo tercero: "... funcionarios y ..." j) Del literal a. del artículo cuarto, en su integridad. k) Del literal b. del artículo cuarto: "Jueces de primera instancia, de instrucción y ..." 1) Del literal c. del artículo cuarto, en su integridad. m) Del literal a. del artículo quinto, en su integridad: n) Del literal b. del artículo quinto "Jueces de primera instancia, de instrucción y ...". o) Del literal c. del artículo quinto, en su integridad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia Expediente No. 2614. Actor: José Lenin Strusberg

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 José Lenin Strusberg, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., teniendo a obtener la nulidad de la Resolución No. - 016 de 23 de Julio de 1993, "Por medio de la cual se atribuye funciones", expedida por el procurador General de la Nación.

I. - ANTECEDENTES

a. - El acto acusado

Mediante la resolución acusada, previa consideraciones en las cuales se alude a los artículos 116 y 277 de la Constitución Política; 294 del Decreto 2737 de

1989, 29 del Decreto 2652 de 1991; 2o., 17, 31 y 35 de la Ley 4a. de 1990 y el Decreto 1888 de 1989, el Procurador General de la Nación atribuye funciones en materia de procesos disciplinarios a las Procuradurías Delegadas para la Vigilancia Judicial y para la Defensa del Menor y la Familia, a la Procuradurías Provincial para la Vigilancia Judicial de Santa Fe de Bogotá y a las Procuradurías Departamentales y Provinciales en sus respectivas jurisdicciones, respecto de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, Judicial, Justicia Penal Militar y de quienes ejercen transitoriamente funciones judiciales o auxiliares de la justicia, con excepción de los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura y del Fiscal General de la Nación, todo ello de acuerdo con el texto que aparece a folios 1 a 6 del expediente.

b. - 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 expresa a continuación (fls. 15 a 19):

1o. - De orden constitucional: Los artículos 121 en concordancia con el 150 numeral 23; 256 numeral 3; 277 numeral 6; y 279.

2o. - De orden legal: Literal f) del art. 2o. de la Ley 4a. de 1990, y artículo 8 y 9 numerales 3 y 4; 10 y 29 del Decreto 2652 de 1991.

Dentro del acápite " CONCEPTO DE LA VIOLACION", el accionante hace análisis de la violación de las normas referidas así:

Primer cargo. - El acto acusado es ostensiblemente violatorio de los artículos 121, numeral 23, 277 numeral 6 y 179, todos de la Constitución, por cuanto el primero señala que ninguna autoridad administrativa podrá ejercer funciones distintas a las a ella atribuídas en la Constitución y la ley; el segundo consagra que corresponde al Congreso la expedición de las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas; y los dos últimos, por cuanto remiten a la ley a la regulación de la función disciplinaria en particular y de las funciones generales de la procuraduría General de la Nación. Es así como la resolución R - 016, al atribuirle a los Procuradores Delegados que la misma contempla, el conocimiento de los procesos disciplinarios y la imposición de la condigna sanción - lo cual es una función pública - , está regulando materias que sólo pueden ser objeto de regulación a través de la norma constitucional o de la ley. Así mismo señala que la Procuraduría ca-

recía de absoluta competencia para atribuir funciones a las procuradurías delegadas, arrogándose por tanto funciones a las que son propias del constituyente y del legislador y por último, que la resolución impugna, no están otorgadas por ninguna norma de orden legal y menos constitucional.

Segundo cargo. - También contraría la resolución en cuestión el numeral 3 del artículo 256, debido a que atribuye a autoridad distintas al Consejo Superior de la Judicatura y a los Consejos Seccionales, el conocimiento de los procesos disciplinarios contra funcionarios judiciales, como son los Magistrados de tribunales y jueces, los cuales, de acuerdo con la norma precitada, deben ser conocidos por los Consejos mencionados. Lo anterior significa que el numeral 3 del artículo 256 referido consagra respecto de los funcionarios de la rama judicial en fuero frente a la generalidad de los funcionarios públicos, pues de no ser así no tendría sentido establecer autoridades judiciales estarían sujetos a dos autoridades disciplinarias igualmente competentes, cuyos actos tendrían caracteres distintos: el uno sería jurisdiccional, por lo cual sus actos sería sentencias y el otro administrativo, por lo que los primeros no serían atacables por la vía contencioso administrativa mientras que los segundo sí. Además, ante un eventual conflicto de competencia no se sabría quién lo dirimiría. Por último agrega que es un principio de hermenéutica jurídica que el régimen y las atribuciones especiales prefieran a las generales.

Tercer cargo. - El acto acusado contraviene el literal f) del artículo 2o. de la Ley 4a. de 1990, invocado por el Procurador para sustentar su facultad reglamentaria, por cuanto la norma citada establece como función del Procurador, determinan mediante resolución las funciones especiales de cada uno de los empleados (el accionante aclara que del contexto del párrafo debe leerse empleos) y la forma de acreditar los requisitos señalados para cada uno de ellos, al igual que la función de reglamentar la distribución del trabajo y la organización interna de la Procuraduría General de la Nación lo cual, sostiene el actor, se efectúa a través de los llamados manuales de funciones y de procedimiento. Al no ser las Procuradurías empleados ni empleo, sino dependencia u órganos desconcentrados de la Procuraduría General, deben cumplir las funciones determinadas por la Constitución y la ley, según lo estipulado en el artículo 1o. de la ley 4a. de 1990, la que precisamente se ocupa de señalar la s funciones para cada una de las competencias, desde su artículo 3o. hasta el 61.

Cuarto cargo. - Desconocimiento del artículo 8o. del Decreto 2652 de 1991 (que es un Decreto con fuerza de ley), al atribuirle a las Procuradurías Delegadas la facultad de conocer los procesos disciplinarios hasta la sanción, esto es, tanto la etapa de instrucción como la juzgamiento, por lo cual está excediendo las faculta-

des contenidas en la citada norma y en los artículos 17 a 24, 34 y 37 a 39 del Decreto 1888 de 1989 (cuya vigencia se prolonga por mandato del artículo 29 del anterior decreto citado), los cuales limitan la competencia a la vigilancia y adelantamiento de la etapa instructiva, hasta concluir con archivo de la investigación o con resolución acusatoria el juzgador que lo es según el caso, el superior del empleado o funcionario, es decir, respecto de los magistrados, el Consejo Superior de la Judicatura y, respecto de los jueces, los Consejos Seccionales.

Quinto cargo. - Se revela también el acto acusado contra los artículos 9o. numerales 3 y 4 y 10o. del Decreto 2652 de 1991, por cuanto las atribuciones que aquél confiere, esto es, juzgar disciplinariamente a magistrados y jueces, los anteriores artículos las han reservado para el Consejo Superior de la Judicatura y los Consejos Seccionales, llegando hasta desconocer la resolución impugnada, en el caso de los jueces, el derecho a la segunda instancia que les da el numeral 4 del artículo 9 ya referenciado.

c. - Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda (fls. 62 a 78) y en su alegato de conclusión (fls. 87 a 92), la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos:

El acto mediante la demanda que nos ocupa, pretende desconocer la competencia prevalente de carácter constitucional que tiene la Procuraduría General de la Nación, para investigar a los funcionarios públicos, excepto los que gozan de fuero constitucional.

La demanda hace una diferenciación sobre los tipos de control así:

a) Control interno: La Carta Política de 1991, introdujo el principio universalmente reconocido, consistente en la potestad disciplinaria del Estado sobre los servidores en todos los órganos de la administración. Cita dentro de las normas constitucionales que se refieren al control interno de los diversos organismos del Estado, el artículo 209 que señala que la Administración Pública en todo sus órdenes tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley; y el artículo 269 que establece que las autoridades correspondientes en las entidades públicas, están obligadas a diseñar y aplicar métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con la ley. Interpretando correctamente estas normas, se tiene que todo organismo tiene dos clases de funciones: una relacionada con la prestación, justicia, etc.) y otra, relacionada con el control interno para que dicho servicio se preste con eficacia, celeridad, imparcialidad y dentro del marco de la

moralidad y buena conducta, por parte de quienes estén encargados de desarrollar el respectivo servicio.

b. - Control interno de la Rama Judicial: En desarrollo del principio anterior, la Constitución de 1991 creó el Consejo Superior de la Judicatura, con dos clases de funciones: la primera relacionada con la prestación misma del servicio judicial y la segunda, encargada de disciplinar los miembros o agentes activos de ese servicio, consecuencia natural del mismo.

Añade el apoderado de la demanda, que son muchas las tareas relacionadas con la administración del servicio judicial con que cuenta el Consejo Superior de la Judicatura (administrar la carrera judicial, elaborar la lista de candidatos a corporaciones, dirimir los conflictos de competencia, etc.),mientras que en lo referente al control interno, su tarea se reduce a examinar y sancionar las funcionarios de la rama (artículo 256 numeral 3).

Afirma que el grado de la más alta jerarquía de que goza el Consejo Superior de la Judicatura, obedece a un propósito del constituyente, por lo que sus miembros, aunque no forman propiamente una jurisdicción especial, sí tienen el mismo rango, requisitos y períodos de los miembros de las más altas corporaciones jurisdiccionales. Apoya lo dicho en algunas consideraciones que al respecto se hicieron en la Asamblea Nacional Constituyente.

c) Control disciplinario externo: El artículo 118 de la Carta Política señala a la Procuraduría como organismo de control, la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. Dicho principio se encuentra se desarrollado en los artículos 277 y 278 *ibídem*, el primero de los cuales en sus numerales 6 y 7, señala las tareas delegables que tienen que ver con la vigilancia judicial, así:

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

..."

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

"7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales".

Sostiene la demandada que de la lectura de los anteriores preceptos se observa que la resolución acusada tan sólo está desarrollando los mandatos constitucionales atribuídos a la Procuraduría. Añade que al Ministerio Público cuyo supremo director es el Procurador General de la Nación, no puede desconocérsele su autonomía funcional que hace referencia a la fiscalización de la tarea pública.

De otra parte, la demandada arguye que el poder disciplinario externo y preferente de la Procuraduría General de la Nación, se extiende a las fuerzas Militares y a la Policía Nacional, cuerpos armados donde el control interno es muy fuerte, sin que por ello aquella pueda dejar de ejercer el control externo, no en los organismos armados ni en cualquier otro, pues de hacerlo estaría incumpliendo los mandatos de la Constitución.

Respecto de las disposiciones legales y constitucionales que el actor estima violadas, señala la parte demandada que ello no es cierto por cuanto la misma carta Política en su artículo 277 inciso primero, faculta al Procurador para cumplir con las atribuciones allí señaladas por sí o por medio de sus delegados o agentes. Agrega que la Ley 4a. de 1990, invocan en la resolución acusada, en sus artículos 7 literal g), 31 literal m) y 32 literal j), al fijar las funciones del procurador delegado para la vigilancia judicial y para los Procuradores Departamentales y Provinciales, les ordena ejercer las demás funciones que les atribuye la ley y las que les asigne el Procurador General, luego el acto atacado fue expedido con base en la Constitución Política y la ley

Acerca de la usurpación de funciones que corresponderían al Consejo Superior de la Judicatura, sostiene el ente demandado que la Procuraduría ejerce de acuerdo con la Constitución y de manera preferente el poder disciplinario, por lo que no se admite discusión alguna sobre este punto, tal y como lo ha expresado la Corte Constitucional en sentencia C - 417 de octubre 4 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo, en demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 31 del Decreto 1888 de 1989.

Por último, señala que a la limitación establecida en el artículo 39 del Decreto 1888 de 1989, en el sentido de que la actuación de la procuraduría en los procesos disciplinarios sólo llega hasta dictar resolución acusatoria, debe contraponerse lo dispuesto en el artículo 277 numeral 6 de la Constitución el cual señala expresamente que corresponde a la Procuraduría General, en ejercicio del poder disciplinario preferente, adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones . Entonces, existiendo dicho enfrentamiento entre las normas precitadas, debe optarse por la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad

contenida en el artículo 4o. de la Carta política, frente al artículo 39 citado y al artículo 8o. del Decreto 2652 de 1991.

d.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., al proceso se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto del catorce de octubre de 1993 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite correspondiente y se denegó la solicitud de suspensión provisional de la norma acusada (fl. 29).

Dentro del término de traslado par alegar de conclusión, sólo hizo uso de tal derecho la parte demanda (fl. 87).

II.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Arguye que la competencia del Procurador General de la Nación para emitir la resolución R-016 se deriva fundamentalmente del nuevo precepto constitucional contenido en el artículo 277 numeral 6 de la Carta, que atribuye al alto funcionario, entre otras funciones, la de ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñar funciones disciplinario, adelantar las investigaciones e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley. De igual manera se deriva de la prevención del artículo 2o. literal f) de la Ley 4a. de 1990, que le confia al Procurador la tarea de determinar, mediante resolución, las funciones especiales de cada uno de los empleados y la de reglamentar la distribución del trabajo y la organización interna de la Procuraduría General de la Nación.

Agrega que adhiere el criterio expuesto por el abogado de la entidad demandada, transcribiendo algunos apartes de la sentencia de la Corte Constitucional C-417 del 4 de octubre de 1993, Magistrado Ponente: Doctor José Gregorio Hernández Galindo, entre los cuales se destacan los siguientes:

> "La Constitución Política de 1991 no concentra la función disciplinaria en cabeza de un organismo único, aunque establece una cláusula general de competencia en la materia a cargo de la Procuraduría General de la Nación. A ésta encomienda la atribución de ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investi-

gaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley (artículo 277, numeral 6 C.N.)".

" Esa competencia de la Procuraduría se ejerce respecto de todo funcionario o empleado, sea cualquiera el organismo o rama a que pertenezca, salvo sobre aquellos que gocen de fuero especial según la Constitución. En cuanto a éstos se refiere, como ya se dijo, el Procurador General tan sólo tiene a cargo la función de emitir concepto dentro del proceso que adelante la autoridad competente (artículo 278, numeral 2 C.N.)'

"...

"De conformidad con lo previsto en el artículo 256, numeral 3o. de la Constitución, corresponde al Concejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo con la ley, la atribución de examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la Rama Judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley, sin perjuicio de la atribución que la Constitución confiere al Procurador General de la Nación de ejercer preferentemente el poder disciplinario (artículo 277, numeral 6o. C.N.) En el evento en que la Procuraduría General de la Nación ejerza este poder sobre un funcionario judicial en un caso concreto, desplaza a el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria- o al Consejo seccional correspondiente y al superior jerárquico, evitando así dualidad de procesos y colisión de competencias respecto de un mismo hecho. El desplazamiento se produce, en aplicación de la nombrada norma constitucional, dado el carácter externo del control que ejerce el Procurador".

"En síntesis, las normas anteriores, interpretadas armónicamente, deben ser entendidas en el sentido de que, no siendo admisible que una misma persona la puedan investigar y sancionar disciplinariamente dos organismos distintos, salvo expreso mandato de la Constitución, los **funcionarios** de la Rama Judicial -esto es aquéllos que tienen a su cargo la función de administrar justicia (jueces y magistrados, con excepción de los que gozan de fuero constitucional) -pueden ser investigados y sancionados disciplinariamente por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a menos que se produzca el indicado desplazamiento hacia el control externo de la Procuraduría. Los **empleados** de la Rama Judicial -es decir aquéllos servidores que no administraran justicia, están sujetos al juicio de sus superiores jerárquicos, sin detrimento de la competencia preferente de la Procuraduría General de la Nación".

Con base en lo anterior, afirma que se impone la denegación de las súplicas de la demanda.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término cabe precisar que si bien el acto cuya declaratoria de nulidad se impetra fue derogado expresamente por la Resolución No. R-15 de 27 de mayo de 1994, proferida por el señor Procurador General de la Nación, la Sala, en virtud de la jurisprudencia sentada en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en sentencia de 14 de enero de 1991, proferida dentro del proceso radicado bajo el No. S-157, avocará el estudio de la legalidad o ilegalidad de dicho acto, bajo el entendido de que si prospera esta última, la eventual nulidad que se declara lo sería por el término durante el cual las disposiciones anuladas estuvieron vigentes.

Como quiera que de la lectura de las diversas acusaciones formuladas en contra del acto acusado la Sala encuentra que el punto central de la controversia es el relacionado con la competencia o incompetencia de la Procuraduría General de la Nación para conocer de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los funcionarios y empleados de la rama judicial que se individualizan en dicho acto (dentro de los cuales no se encuentran los funcionarios que gozan de fuero especial según la Constitución), se procederá inicialmente al estudio del segundo cargo de la demanda en el cual se plantea la violación del artículo 256 numeral 3 de la Carta Política, pues de su prosperidad o no prosperidad dependerá en alto grado el análisis de los restantes cargos o de algunos de ellos.

En consecuencia se procede de conformidad, en los siguientes términos:

Alcance del artículo 256 numeral 3 de la Constitución Política de acuerdo con sus antecedentes históricos.

Para la Sala no cabe duda de que el referido análisis, el cual se procederá con base en sus antecedentes, consignados en la transcripción de las sesiones de la Comisión IV y de la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente y que fueron allegadas al proceso como prueba de oficio en virtud de lo dispuesto en providencia 12 de agosto de 1994, no es posible realizarlo en forma aislada, sin tener en cuenta lo estatuido por el artículo 277 numeral 6 de la misma Carta fundamental y sus antecedentes, pues tales disposiciones constituyen una unidad temática alrededor de la cual gira la controversia, en la medida en que la primera de dichas normas atribuye competencia al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales para ejercer el poder disciplinario respecto de los funcionarios de la rama judicial mientras que el segundo de ellos atribuye al Procurador General de

la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, la función de ejercer preferencialmente dicho poder disciplinario en relación con la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas. En efecto, las citadas disposiciones señalan lo siguiente:

"Artículo 256.- Corresponde al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:

"...

"...

"3. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley".

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

"...

"...

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

Ahora bien, para el mencionado efecto se transcriben a continuación apartes de las propuestas y debates más significativos que se presentaron en el seno de la Comisión IV "Administración de Justicia y Ministerio Público" de la Asamblea Nacional Constituyente y de los proyectos allí aprobados en la relación con las citadas disposiciones constitucionales, al igual que los proyectos aprobados en primer debate, las propuestas de modificación formuladas por la comisión Codificadora y el texto final acogido en segundo debate por la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, estos últimos textos transcritos parcialmente de las Actas de la sesiones de dicha Asamblea, publicadas en las respectivas Gacetas Constitucionales. Se hace la aclaración de que los textos serán transitorios literalmente, incluídos los errores de redacción y ortografía que contienen las actas que debido al fraccionamiento de la transcripción de las sesiones de la mencionada Comisión,

en algunos casos resulta imposible identificar el nombre del o de los Constituyentes que hacen uso de la palabra:

1.- Sesión Comisión IV, Abril 18 de 1991.

"...Vamos a pasar a la segunda parte de la ponencia, que bajo el título del Consejo Superior de la Judicatura, está recomendando la opción de varios artículos. Yo le rogaría entonces al honorable Constituyente Jaime Fajardo, que proceda a iniciar la discusión en términos de las recomendaciones a nivel de textos de articulados sugeridos en dicha ponencia.

"Bueno en lo relacionado con este aspecto de la ponencia, me parece conveniente destacar los siguientes elementos que fueron acordados por el doctor Alvaro Gómez y yo, para poder traer esta ponencia acá a la comisión. Primero es el hecho de destacar en que son tres funciones básicas las que se le plantean al Consejo Superior de la Judicatura, o sea, una función administrativa, una función jurisdiccional y se le entrega también al Consejo Superior de la Judicatura la función administrativa, función jurisdiccional, y lo relacionado a (...), disciplinaria. En tanto cogemos este aspecto que es importante, y que de pronto va a ser motivo de debates acá en la comisión. Nosotros partimos de integrar lo que ha sido hasta ahora la labor del Tribunal Disciplinario en ese Consejo Superior de la Judicatura. Pensamos que con el criterio que se viene elaborando la ponencia, con lo que hemos venido desarrollando, ese elemento del rescate de la autonomía y la independencia de la rama jurisdiccional, nos permite que al crear este organismo, con las funciones que les planteamos, la función disciplinaria puede integrarse como una labor Consejo Superior de la Judicatura, y ahí están estipuladas en las diferentes funciones que le planteamos. Hay un criterio que es importante resaltar de la ponencia, y es el hecho que buscamos el máximo impedir una mayor intromisión del ejecutivo en la rama jurisdiccional o sea, la verdad es que dotamos a esta rama de un organismo con esta capacidad de decisión, de administración, con estas funciones, que de seguro van a permitir, incluso que se rescate a plenitud la importancia de la aplicación de la justicia en Colombia. Las funciones como fueron expresadas en, por el doctor Alvaro Gómez, estas tres funciones se distribuyen en varios artículos que hemos puesto a consideración en la ponencia. Un artículo que recoge aproximadamente once funciones, administrar la carrera judicial, velar porque se administre pronta y cumplida justicia lo cual examinara y sancionará la conducta de los funcionarios de la rama, conocer única estancia en las fallas disciplinarias en que incurra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y los tribunales, y en segunda instancia por apelación o consulta de aquellas en que incurran los

jueces, cuyo conocimiento en primera instancia corresponderá al tribunal respectivo, conocer en segunda instancia de las fallas disciplinarias en que incurran los abogados en el ejercicio de la profesión fijar la competencia de tribunales y juzgados, fijar los limites de las diferentes divisiones del territorio para efectos judiciales, ubicar y redistribuir los despachos judiciales,..."

(fl 66 a 67 Anexo No. 1, segunda parte).

"El Constituyente Hernando Londoño ha expresado formalmente una propuesta de modificaciones sobre el numeral tercero. Simplemente leímos el segundo, tercero y cuarto., porque se refiere a las facultades disciplinarias del Consejo Superior de tal manera que yo creo que se podría dar la discusión sobre los tres numerales.

"Es que yo tengo propuesta sustitutiva: es sobre el tercer numeral.

"- El numeral tercero debe quedar así: conocer en única instancia de las faltas disciplinarias en que incurran los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, si es aprobada. Y en segunda instancia, en aquellas en que incurran los servidores públicos que administran justicia, cuyo conocimiento en primer instancia corresponderá a la entidad o autoridad nominadora: el Presidente del Consejo Superior de la Adjudicatura, (sic) el Defensor del Pueblo y el Fiscal General de la Nación serán investigados y juzgados disciplinariamente por el Congreso de la República (...).

"Explicación numeral tercero. La norma que se propone, introduce tres modificaciones al texto presentado en la ponencia : a)Se cambia la frase, en que incurran los jueces, por una expresión más amplia: servidores públicos que administran justicia. El objetivo es el de que el Consejo Superior pueda investigar en segunda instancia a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, servidores públicos que, si bien no reciben el nombre de jueces, son funcionarios que administran justicia; tal como está redactada la ponencia del Dr. Daniel Abello, la Fiscalía General de la Nación es un órgano integrado a la rama jurisdiccional con autonomía dentro de ella. b) Se cambia la frase, cuyo conocimiento en primer instancia, corresponderá a la entidad o autoridad nominadora. El objetivo de la modificación es el de crear el principio general de que, salvo en los casos de única instancia en primera instancia deben conocer al superior jerárquico de las faltas disciplinarias en que incurra el inferior. La nueva expresión tiene la ventaja de que en ella se regula también el régimen disciplinario de la Fiscalía General de la Nación, por ejemplo, como está

redactada la ponencia del Dr. Carlos Daniel Abello, el Fiscal General conocería en primer instancia las faltas en que incurran los Fiscales delegados ante la Corte y antes los tribunales, pues son funcionarios nombrados por él. De otra parte, los Fiscales delegados ante los tribunales, conocerían en primer instancia de las faltas cometidas por los fiscales ante los juzgados, pues son servidores públicos nombrados por ellos. c) La constitución debe dejar en claro quién va a juzgar disciplinariamente al Presidente de la República, al Consejo Superior de la Adjudicatura (sic), al Defensor del Pueblo y al Fiscal General de la Nación: consideramos que debe ser el Congreso de la República, porque de acuerdo a las ponencias que se han presentado, salvo el caso del Presidente de la República, interviene la elección de estos funcionarios. En consecuencia la potestad disciplinaria debe tenerla la entidad nominadora. Si se acoge la elección popular de alguno de estos altos funcionarios el Defensor del Pueblo y el Fiscal General, también lo lógico es que la potestad disciplinaria sea ejercida por una entidad que tenga origen popular".

(fls. 72 a 73 Anexo No. 1 segunda parte).

"Tiene la palabra la constituyente María Teresa Garcés.

"-Es que, como de lo se trata es que dilucidemos el tema y que finalmente la decisión que se adopte sea la mejor. Creo que no sobra insistir en que son la función de administrar una carrera judicial pues es totalmente administrativa, y la función disciplinaria si tiene aspectos claros de función jurisdiccional en el sentido de que hay un verdadero proceso. Y si comparamos este par de funciones en la Rama jurisdiccional con lo que sucede con la Rama Ejecutiva, pues tenemos que la función disciplinaria para la Rama Ejecutiva la cumpla la Procuraduría y la carrera administrativa la administra el servicio civil, que son dos entidades realmente con especificidades muy claras. El temor nuestro es que funciones tan disímiles en su momento dado pues si le atribuyen a un solo organismo, pues lo que hoy en días funciona bien que aparentemente el tribunal disciplinario es una jurisdicción que tiene cierta experiencia y pues siempre se demora en tramitar esos cargos contra los jueces, pero cumplen más o menos con esa función.

-"No se va a acabar. No se va a acabar, sino se va a absorver.

" - Pero el problema es que realmente eso existe ..." (sic).

(Fl. 77 Anexo No. 2 segunda parte).

" - Lo que está en cuestionamiento son las facultades disciplinarias del Consejo Superior estarían consagradas en cuatro numerales: segundo, tercero, cuarto y noveno.

"- Decidamos si el Tribunal Disciplinario pasa a ser parte del Consejo Superior que se va a crear a partir de esta Asamblea Constituyente. Vamos a votar si se fusiona, o como el Dr. Salgado, si se va a suprimir.

"- Cinco votos por la afirmativa. Cuatro por la negativa. Es aprobado por mayoría.

" - Una vez aprobada en general la facultad disciplinaria, yo creo que sería bueno que ahora sí discutiéramos cada uno de los numerales: el segundo, el tercero, el cuarto y el noveno que se refiere a las facultades disciplinarias en la medida en que ya hemos aprobado el principio que si debería tener facultades disciplinarias el Consejo Superior. Entonces examinamos cada uno de los numerales; Numeral segundo: Velar porque se administre pronta y cumplida justicia para lo cual examinará la conducta de los funcionarios de la rama jurisdiccional.

(...).

" - Creo que hay que redactar de nuevo eso ...

" - Examinará la conducta y sancionará las faltas de los funcionarios . (...)

" - La opción de la terminología falsa se predicaría entonces también en los numerales tercero y cuarto que hablan de este momento en lugar de fallas hablaremos de falsa disciplinarias: (...) Luego en el numeral segundo entonces también hablaríamos de fallas: es simplemente para unificar el lenguaje (...).

" - En el numeral segundo se habla de faltas también.

" - En el numeral segundo: velar porque se administre pronta y cumplida justicia para lo cual examinará la conducta y sancionará las faltas de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional .

" - Se somete a votación. Por la afirmativa, siete votos. Dos votos por la negativa.

" - Sin pretender violentar los derechos de los doctores Salgado y la Dra. María Teresa, pues ya lo aprobamos: no sé si valdría la pena seguir adelante. Podremos llamar el inciso segundo, dentro de la ponencia habla de una opinión exclusiva del Doctor Alvaro Gómez, no sé ...

Entonces continuemos (sic) con el numeral tercero.

" - Numeral tercero: Conocer en única instancia de las faltas disciplinarias en que incurran los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de los Tribunales; y en segunda instancia por apelación o consulta

de aquellos en que incurran los jueces cuyo conocimiento en primer instancia corresponderá al tribunal respectivo.

" - Sobre esta era que tenía alguna sugerencia y es que no sé si las funciones del Tribunal Disciplinario, me parece que sí, se extiende al Procurador General de la Nación y a los Fiscales de los Tribunales. Entonces, pues si se le va a pasar esta competencia a este Consejo, sería bueno también pasarle la competencia para las faltas de competencia del Procurador y de los Fiscales. Sería sugerirles esa adición.

" - ...Por el recargo de los juces (sic) se han creado unas salas disciplinarias de los tribunales respectivos. Ah .....! no. Porque están los magistrados de la Corte.

" - No, es que hay una norma y es que los fiscales tiene la misma categoría que los magistrados ante quienes ejercen sus funciones, entonces lógicamente esos fiscales tendrían que seguir una misma línea en su juzgamiento que los magistrados.

" - En la ponencia nuestra sobre Ministerio Público, los fiscales los atribuimos todos a la Fiscalía General de la Nación (...) ".

(Anexo No. 2 fls. 85 a 86 segunda parte).

" 0 bueno , entonces votaríamos el numeral segundo ...La primera parte del numeral segundo ya está aprobada, votaríamos el parágrafo (...) si el doctor Roa sugirió que fuera un parágrafo eso, es un desarrollo de lo que está en el numeral, luego puede ser un parágrafo.

" - En desarrollo de las funciones disciplinarias conocerá: a) en única instancia de las faltas disciplinarias... en que incurren los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia del Consejo de Estado y de los tribunales, y en segunda instancia por apelación o consulta de aquellas en que incurran los jueces, cuyo conocimiento en primer instancia corresponderá al juez respectivo. En segunda instancia de las faltas disciplinarias, en que incurran los abogados en ejercicio de la profesión, cuyo conocimiento en primera instancia corresponderá al respectivo tribunal del distrito.

" - Sí responde a las expectativos (sic) de la proposición sustitutiva. doctor Abello.

" - Lo que sucede es que en el encabezamiento del numeral se habla de examinar la conducta y sancionar a los funcionarios de la rama jurisdiccional (...) y aquí en este último punto se habla de los abogados, habría que suprimir el literal e incorporar un numeral aparte e independiente.

" - Sí.

" - Otra observación, el doctor Londoño lo habla aquí de las faltas en que incurren los jueces sino los funcionarios.

" - Sí, lo que falta es aclarar un numeral distinto...

" - No emplear la denominación juez, como la hemos variado aquí en varios artículos, sino funcionarios que administren justicia, porque hay la posibilidad de unos fiscales o de otros funcionarios que no sean jueces o no es denominen así, lo hemos aceptado en otras discusiones ".

(Anexo No. 2 fls. 91 a 92 segunda parte).

2. - Sesión Comisión IV. Abril 19 de 1991.

"Continuación del acta del día 18 de abril de 1991. Se reanuda la sesión siendo las tres y treinta de la tarde y se abre el debate sobre la creación del Consejo Superior de la Judicatura, hace uso de la palabra el doctor Jaime Fajardo y se refiere a las funciones administrativas jurisdiccionales y disciplinarias. La propuesta parte de la integración de la labor y del tribunal disciplinario y la carrera administrativa, resalta la importancia de que este primer consejo debe ser elegido por la Asamblea Nacional Constituyente. Se abre la discusión sobre el texto, y el doctor Salgado propone que se divida la discusión en tres capítulos así: primero, sí debe crearse y cual sería su nombre; segundo, el origen; y tercero, sus funciones. La doctora María Teresa Garcés solicita el uso de la palabra y hace una exposición sobre las funciones que tendrá este organismo en su proyecto. El doctor Gómez hace resaltar que hay consenso en cuanto a la creación del Consejo Superior de la Judicatura y con respecto, ya que abarca tanto a jueces como a magistrados. Se somete a votación el criterio de que el Consejo Superior de la Judicatura asuma las funciones del tribunal disciplinario, dando como resultado cinco votos por la afirmativa y cuatro por la negativa; doctores Velasco Guerrero, Salgado Vásquez, Carrillo Flórez y Garcés LLoreda, deja la constancia, el doctor Salgado Vásquez, que no acepta la creación de este organismo por tratarse de una amalgama de funsiones. Se inicia el debate sobre (sic) las funciones se le da lectura al numeral segundo de la ponencia. El doctor Carlos Daniel Abello considera que se debe fusionar el numeral segundo y tercero. El texto final aprobado es el siguiente: numeral segundo, velar porque se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual examinará la conducta y sancionará las faltas de los funcionarios de la rama jurisdiccional. (...) desarrollo de las funciones disciplinarias conocerá en única instancia de las faltas en que incurran los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y los tribunales, y en segunda instancia, por apelación de aquellos en que incurran los

jueces cuyo conocimiento en primera instancia corresponderá al tribunal respectivo.

Se somete a votación dando como resultado siete votos por la afirmativa y dos por la negativa, doctores Salgado Vásquez y Garcés LLoreda. Se da lectura al numeral tercero de la ponencia y el artículo contenido en la proposición presentada por el doctor Londoño Jiménez a la secretaría.

Se prueba el siguiente texto: numeral tercero, conocer en segunda instancia de las faltas disciplinarias en que incurran los abogados en ejercicio de su profesión, su conocimiento en primera instancia corresponderá al tribunal de distrito. Se somete a votación dando como resultado seis votos por la afirmativa y dos votos por la negativa, doctores Salgado Vásquez y Velasco Guerrero, se encontraba ausente la doctora María Teresa Garcés, se da lectura al numeral noveno de la ponencia el que es aprobado en su texto original. Numeral cuarto, dirimir los conflictos de competencia que ocurren entre las distintas jurisdicciones, dando como resultado una votación de siete votos por la afirmativa y uno por la negativa, doctor Salgado Vásquez. En relación con el numeral tercero de la proposición presentada por el doctor Londoño Jiménez queda pendiente la inclusión de hacerlo extensivo al procurador, a los fiscales y los tribunales. Se levanta la sesión ....".

(Anexo No. 1. fls 102 a 103 segunda parte).

3. - Sesión comisión IV Abril 22 de 1991.

" - Muy bien a la siguiente función consagrada en la ponencia. Es la función consagrada en el numeral cuarto, que pasaría a ser el numeral quinto, que textualmente dice.

Supervigilar la conducta oficial de los servidores públicos, incluso los de elección popular y ejercer selectiva y preferencialmente el poder disciplinario, salvo lo dispuesto en otras normas constitucionales, adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley. Se abre la discusión sobre dicho numeral .

" - Bueno una pregunta a los señores redactores.

Este segundo inciso se refiere a las faltas disciplinarias? porque se refiere a las faltas disciplinarias ya esto se lo había adscrito al Consejo Superior de la Adjudicatura (sic) quedarían dos entidades para, competentes para la misma actividad.

" Con relación a la rama judicial.

" A la rama legislativa.

" ... no para los que tienen fueros, los que tienen fueros especiales.

" Mire, hay unos que tienen fueros especiales, entonces allá en la Constitución en otros artículos se dirá, entonces, digamos éstos se lo juzgará tal persona, entonces por eso aquí se está haciendo la salvedad de que de que cuando hay otra norma que lo diga.

" Entonces porque no decíamos específicamente, los servidores oficiales de la rama Ejecutiva y Legislativa, para quitar a la Judicial, entonces si se le quita esa atribución al Ministerio Público cierto?

" Yo dudaría francamente, porque hay dos entidades que conocen de faltas.

"-El Consejo Superior de la Adjudicatura (sic), únicamente tiene el poder disciplinario sobre los funcionarios del poder judicial, no, y de los abogados en ejercicio que no son funcionarios, pero sobre los funcionarios de la administración pública y los funcionarios del poder legislativo, los empleados que deben ser función de la Procuraduría o del Ministerio Público.

"-Pero sí, tiene razón el doctor Salgado, que hay que precisar aquí qué clase de funcionarios, que clase de servidores públicos.

"-Es que el doctor Carrillo, pues en la actualidad los funcionarios y empleados en la rama Jurisdiccional, tienen dos tipos de controles, uno por la Procuraduría y otro por el Tribunal Disciplinario y la sala disciplinarias de los Tribunales No? Entonces sería, si es del caso, pues dejar en una sola entidad ese control sobre los funcionarios de la rama jurisdiccional, o sea quitárselo a la Procuraduría y dejarlo únicamente para la rama Ejecutiva, yo no se si es una forma de descongestionar la Procuraduría también, porque realmente muchas veces se da duplicidad en los procesos, hay procesos internos, procesos disciplinarios y procesos de la Procuraduría No?.

"-Por eso, como eso está contenido en una norma constitucional, segundo inciso hace referencia, hace salvedad de esas otras personas que no están ahí, digamos de esos servidores que estén ahí o que tengan un fuero especial, o que tengan que juzgarlos la Corte, es decir, para no excepcionar con excepciones múltiples, se hace referencia a la Constitución si a otro parece que a los jueces los juzgan, o a los magistrados los juzga el Consejo Superior de la Magistratura, pues está entendido que no los pueden juzgar acá.

"-Yo creo que es importante la precisión de la doctora María Teresa Garcés, por una razón simple, porque al fin y al cabo, habíamos deferido además la discusión de los mecanismos disciplinarios en relación con los miembros del Consejo Superior de la Adjudicatura, (sic) a un momento posterior, por una parte, y lo otro es definir si en este caso vamos a restringir el ámbito de aplicación de las funciones disciplinarias, únicamente a los funcionarios que tra-

bajan en las dependencias de la Administración del Estado, no necesariamente en la rama jurisdiccional. Entonces el Presidente de la República y los ministros y todos los demás funcionarios, que no están bajo la competencia del Consejo Superior de la Adjudicatura (sic).

"-Sería para no repetir la vigilancia disciplinaria de los funcionarios de la rama Jurisdiccional porque recaería, simplemente se daría por el Consejo Superior de la Adjudicatura (sic) y por la Procuraduría.

"-Y la Constitución dice que el Presidente lo deben juzgar en otro tribunal o Senado o lo que sea, están metidos en la salvación que se hace ahí, en la excepción que se establece.

"-Textualmente el artículo 143 de la Constitución Nacional dice lo mismo: artículo 143, supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos. Nosotros simplemente cambiamos por servidores públicos, es una función tradicionalmente ha tenido la Procuraduría General de la Nación.

"-Aquí, servidores públicos se está entendiendo que son la Administración no del poder Judicial.

"-Exactamente nosotros ya aprobamos las facultades disciplinarias del Consejo Superior de la Administración de Justicia, (sic) cuando le adscribimos la del Tribunal Disciplinario.

"-Ahora, doctora (sic) Abello, creo que la categoría genérica, en materia de derecho laboral, aquí tocó sus predios, es la de empleados oficiales, que cubre a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, luego no sé si valdría la pena mantenerla por lo menos en el Código Penal, así está la categoría genérica es la de empleados oficiales, que cubre a los empleados oficiales que es lo que estamos pretendiendo.

"-Sí, así es.

"-Yo sugeriría que suspendiéramos.

"-Representantes y Senadores también serían.

"-No tienen calidades, tienen un poder aparte.

"-Sí, no, pero disciplinariamente (...).

"-Exactamente, es que no tienen hoy quien los fiscalice, nadie.

"-Pero sobre la Rama Jurisdiccional, volviendo al tema, hoy en día existe la Procuraduría para la vigilancia de la Rama Jurisdiccional, o sea es una de las divisiones grandes de la Procuraduría. Sería interesante de pronto, ya que está el doctor Alvaro Gómez aquí también, sí disciplinario también, o sea, controlan, pues inclusive hacen visita a los despachos judiciales de cuantos

expedientes han tramitado, todo eso, hacen un informe anual y contínuamente, o sea a cualquier funcionario de la Rama Judicial se le puede abrir una investigación ante la Procuraduría, o sea hay una dependencia de la Procuraduría realmente dedicada a toda la Rama Jurisdiccional, hay repetición de atribuciones, digamos por un lado está el Tribunal Disciplinario y por el otro lado está la Procuraduría.

"-En adelante no habrá eso.

"-Pues sería interesante discutir si vale la pena, de una vez decidir excluirlo pues no se pretende que siga existiendo ambos controles como hoy en día existen.

"-Incluso, doctora María Teresa, al hablar de empleados oficiales, incluso los de elección popular, está salvado ese inconveniente, porque necesariamente no tiene porque cobijar a los jueces o a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional.

"-Ambas cosas (...).

"Ahora, es importante insistir de pronto en que una cosa es la vigilancia disciplinaria y otra cosa es la supervigilancia en un momentò dado sí podría caber y por eso es tan útil la discusión, podría ampliar el espectro de la competencia a la Procuraduría a la supervigilancia de las actuaciones de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional.

"-Sería interesante que les dijera aquí lo que hay hoy en día, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial tendrá las siguientes funciones: conocer y resolver los asuntos disciplinarios que se promuevan contra los Magistrados del Tribunal Disciplinario y de la Corte Suprema de Justicia, Consejero de Estado, Magistrados de los Tribunales, Director y Subdirector de Instrucción Criminal, Directores Seccionales de Instrucción Criminal y Directores de la Carrera Judicial, sin perjuicio que el Procurador General los asuma directamente. b) Vigilar la conducta la conducta de los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y de la Justicia Penal Militar y promover las sanciones que se deriven del incumplimiento de sus funciones. Parágrafo: Para el cumplimiento de lo anterior, practicará visitas generales cada seis meses a los distintos juzgados, igual función cumplirán los Procuradores Departamentales y Provinciales, el visitador formulará cargos en el texto del acta de visita si a ello hubiere lugar. c) Vigilar el cumplimiento de las funciones de los defensores de oficio de los curadores de ausentes y de los auxiliares de la justicia y promover las acciones tendientes a definir su responsabilidad por incumplimiento de sus deberes. d) Conocer y resolver los impedimentos y recusaciones que se promueven contra los procuradores departamentales y provinciales

en asuntos de vigilancia judicial. e) Conocer y resolver el recurso de apelación de que, tal (sic) ejercer la vigilancia judicial del proceso donde actúe como parte una entidad de derecho público, cualquiera que sea su nivel o naturaleza jurídica, cuando por su importancia lo considere necesario y g) Ejercer las demás funciones que le atribuye la ley, y las que les delegue el Procurador.

"-Si yo creo que la discusión es muy clara, si definitivamente hay que excluir de manera explícita esa supervigilancia sobre la conducta de los funcionarios que desempeñan funciones jurisdiccionales por decirlo de alguna forma, o si ello es una competencia exclusiva del Consejo Superior de la Adjudicatura (sic). Entonces definitivamente yo sería partidario de acuerdo con lo que espuso (sic) la doctora María Teresa de excluirlo de manera explícita, porque en realidad la función de supervigilancia sí sería una función un poco distinta de la vigilancia puramente.

"-Hay varios de esos personajes, el Presidente, por ejemplo y otros, entonces ellos están ya cuando se lee un artículo entero, se dice: salvo lo dispuesto en otras ramas constitucionales se dice que los funcionarios públicos, funcionarios judiciales, serán juzgados por el Consejo Superior de la Magistratura. Entonces sería decirlo ahí. (sic).

"-Usted consideraría que es suficiente doctor Holguín con el... del inciso segundo; toda la salvedad (sic).

"-A mí me parece porque si no tendría que excluir a otras personas, por ejemplo el caso del Presidente, de los ministros, no puede juzgar, quién juzga a los Ministros, al Presidente, no puede sancionarlos y destituírlos y todas esas cosas, los Jefes del Departamento Administrativo, entonces como hay unas excepciones establecidas en la Constitución, entonces no nombrarlos a todos sino decir eso, por eso la norma dice así, estableciendo unas excepciones, entre las cuales estaría estos de los Magistrados de la Corte" (sic).

(Anexo No. 2 fls. 11 a 13 primera parte y 104 a 107 segunda parte).

"Doctor Abello, si se explicara bien en qué consiste 'preferencia', sería lógico: o sea, 'preferencialmente' sobre el control del funcionario, del superior jerárquico, pero es que tal como está, me da la impresión de que el puede preferir unas investigaciones sobre otras.

"-No porque dice es: ejercer el Poder Disciplinario 'preferencialmente'.

"-(...)

"-Es como cuando el doctor Alvaro Gómez dijo: 'prevalecen' pues es eso (...) el poder disciplinario, no 'preferencialmente' a quien le parezca más bonito o

al que tenga más simpatía por eso, no: ejerce el poder 'preferencia' sobre otros.

"-(...)

"-Entonces yo creo que reconsideramos la decisión tomada. El texto quedaría de la siguiente forma: supervigilar la conducta de los servidores públicos, incluso los de elección popular, y ejercer 'preferencialmente el Poder Disciplinario, salvo lo dispuesto en otras normas constitucionales, adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley. Por la afirmativa.

"-Uno, dos, tres, cuatro, cinco, seis, siete votos por la afirmativa.

"-Por la negativa.

"-Dos votos por la negativa: Es aprobado por la mayoría".

(Anexo No. 1 fls. 110 a 120 segunda parte).

4.- Sesión Comisión IV. Abril 23 de 1991

"... Se procede a debatir el numeral cuarto, la ponencia que pasará a ser el numeral quinto, la Presidencia ordena dar lectura al texto, la doctora María Teresa Garcés solicita se hable de funcionarios de la Rama Ejecutiva y Legislativa, se somete a votación siendo aprobado supervigilar la conducta oficial de los servidores públicos incluso los de elección popular, y ejercer colectivamente y preferencialmente el poder disciplinario, salvo lo dispuesto en otras normas constitucionales, adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley, la doctora Garcés manifiesta no haber escuchado la lectura de los adverbios selectivos y preferencialmente, y considera que de ser estos incluídos en el artículo, cambiaría totalmente el senado y podrían dar lugar a una interpretación ambigua. La Presidencia reordena abrir el debate y los ponentes en común acuerdo manifiestan el retiro de la palabra selectiva más no del adverbio, preferencialmente ya que hace referencia es en la prevalencia del Poder Disciplinario del Ministerio Público sobre cualquier otro funcionario. Se entra a votar la propuesta sustitutiva de la doctora Garcés, dando como resultado dos votos por la afirmativa; los doctores Lloreda Garcés y Salgado Vásquez, y siete por la negativa; siendo negado por mayoría. Se somete a votación la propuesta conciliadora de los ponentes, dando como resultado siete votos por la afirmativa y dos por la negativa; los doctores Salgado y Garcés, siendo aprobado por mayoría. Se da lectura al numeral quinto de la ponencia que pasará a ser del sexto. Solicita el uso de la palabra el doctor Salgado Vásquez, manifiesta su inconformi-

dad de ese numeral ya que de su lectura se desprende que sólo intervendrán cuando así lo considere necesario...".

(Anexo No. 1 fl. 44 primera parte).

5.- Sesión Comisión IV. Abril 24 de 1991

"Es decir, yo lo que quiero es una cosa más directa. A quién corresponde el cuidado de la administración pública? Ya sabemos que lo judicial se va a corresponder al Consejo Superior, pero ese cuidado le corresponde al Procurador, y esa para mi era la función principal, la principal de todas incluyendo la del defensor de los derechos, porque los derechos humanos (...) todo este aparato espera defenderlos, pero el cuidado de la administración pública es la más natural de las funciones del Procurador, y la hemos disfrazado, está como disfrazada. En fin no tengo reparo alguno, mi reparo es a indelegable, que me parece que pues era, yo creo que hay que darle capacidad de sancionar, no se podrá darle una forma como...(sic).

(Anexo No. 1 fl. 51 primera parte).

"-(...)

"-No. La Procuraduría en general tiene esa potestad. Está ya aprobado. En el numeral quinto, supervigilar la conducta oficial de los servidores públicos, incluso los de elección popular, y ejercer el poder disciplinario. Salvo lo dispuesto en otras normas constitucionales, adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley. Ahí está el poder disciplinario en general.

"-Esto tiene relación es con la autoridad. En el momento de ser ejercida sobre subalternos. Es concretamente ése el caso. Está muy bien previsto en la... y el gobierno, me parece que está..." (sic).

(Anexo No. 1 fl. 57 primera parte).

6.- Sesión Plenaria. Junio 1o. de 1991

"... La recuperación de la justicia está basada en varios intentos que no cobijan todo lo que se puede hacer o lo que se necesita hacer para recuperar la justicia, aquí hemos encontrado unos puntos, primero eso de devolverle a los colombianos a través de unas formulaciones de principios de confianza en la bondad de la justicia y en la equidad, segundo que queramos un cuerpo que se llamará, según fue aprobado en la Comisión Segunda, el Consejo Superior de la Judicatura al que deliberadamente le hemos querido dar personería, personalidad, corporeidad, facultades importantes para que las organice y las ejerza y naturalmente capacidad decisoria sobre la carrera administrativa y hemos

querido juntar eso con los sistemas disciplinarios para que todo eso forme un cuerpo...".

(Anexo No. 1 fl. 135 segunda parte).

"-Ya está ordenado pero no sé si esté en manos de los constituyentes, ya viene en camino, vamos entonces a oír la lectura del señor Secretario.

"-Consejo Superior de la Judicatura. Artículo, habrá un Consejo Superior de la Judicatura integrado por 8 o 10 miembros elegidos por la misma corporación para períodos de 8 años, de lista de no menos de 5 personas que envíen el Presidente de la República, el defensor del pueblo, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, en caso de ser creada, y el Consejo de Estado. Los miembros del Consejo Superior de la Judicatura no serán reelegibles, parágrafo transitorio, los primeros 8 o 10 miembros del Consejo Superior de la Judicatura serán nombrados a razón de 2 por la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, en caso de ser creada, y el Consejo de Estado, el defensor del pueblo y el Presidente de la República. Se conformará así: 4 o 5 de su miembros serán designados para un período de 4 años y los 4 a 5 restantes para un período de 8 años. Artículo, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura deberán reunir los mismos requisitos para ser elegidos magistrados de la Corte Suprema de Justicia y serán de dedicación exclusiva. Funciones: el Consejo Superior de la Judicatura cumplirá las siguientes funciones: primero, de acuerdo con la ley orgánica administrar la carrera judicial en armonía con las normas de la carrera judicial, enviar listas ante la entidad o autoridad nominadora para la designación de los servidores públicos que administran justicia; segundo, velar porque se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual examinará la conducta y sancionará las faltas de los funcionarios de la rama Jurisdiccional. En desarrollo de las funciones disciplinarias conocerá: a. En única instancia de las faltas disciplinarias en que incurran los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, en caso de ser creada, del Consejo de Estado y de los Tribunales, y en segunda instancia por apelación de aquellas en que incurran los jueces cuyo conocimiento en primera instancia corresponderá al respectivo tribunal del distrito. b. En primera instancia de las faltas disciplinarias en que incurran los abogados en el ejercicio de su profesión, su conocimiento en segunda instancia corresponderá al respectivo tribunal del distrito; tercero, de conformidad con los criterios y procedimientos que establezca la ley orgánica, la administración de justicia podrá: a. Fijar los límites de las diferentes divisiones del territorio para efectos judiciales, ubicar...".

(Anexo No. 1 fls. 139 a 140 segunda parte).

7.- Sesión Plenaria. Junio 3 de 1991.

La Procuraduría "Tiene una función de control administrativo cuando le corresponde supervigilar la conducta oficial de los servidores públicos inclusive los de elección popular. Nosotros pusimos servidores públicos, y de una vez admito la crítica que ha hecho el Procurador, en el sentido de ampliarlo a quienes desempeñen funciones públicas, para que quepan ahí, por ejemplo, los jurados de conciencia y los árbitros".

(Anexo No. 1 fl. 84 primera parte).

8.- Sesión Plenaria. Junio 7 de 1991.

-"Sí Señor Presidente, es que hay una pregunta del Constituyente Jaime Castro también en relación con el ejemplo de ese adverbio; en realidad, lo que se busca es consagrar un principio de prevalencia sobre el control disciplinario que ejerce el Procurador para los casos de control interno...

"...Procurador General de la Nación, quiere abocar el conocimiento de esa causa, lo hará preferentemente como lo dice dicho adverbio. Ese el sentido de la norma".

(Anexo No. 1 fl. 127 primera parte).

9.- Sesión Comisión IV. Junio 13 de 1991

"-Vuelvo y leo la totalidad del artículo: supervisar la conducta oficial de quienes ejercen funciones públicas inclusive la de los elegidos popularmente; ejercer el poder disciplinario, adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley. El ejercicio de la función disciplinaria por la Procuraduría excluye la competencia disciplinaria del respectivo superior jerárquico en el caso concreto. Nos quedó perfecto".

(Anexo No. 1 fls 150 a 151 primera parte).

"-Vamos a leer el texto. Supervigilar la conducta oficial de quienes ejercen funciones públicas inclusive los de elección popular. Ejercer el poder disciplinario, adelantar las respectivas sanciones conforme a la ley. El ejercicio del poder disciplinario por la Procuraduría excluye la función disciplinaria interna.

"-No sería la función sino la competencia.

"-La competencia disciplinaria interna.

"-Sí.

"-Sí, la competencia.

"-Porque ella mantiene la función.

"-Tiene la competencia para todo?.

"-No, de la entidad pública. Habría que decir, tal vez, excluye la competencia disciplinaria.

"-En el caso concreto".

(Anexo No. 1 fl. 145).

10.- **Sesión Plenaria. Junio 19 de 1991.**

"-El artículo cuatro, se refiere a las atribuciones del Consejo Superior de la Judicatura, aquí como ven en el texto, hay una variación en la redacción, porque debe de decir, corresponde al Consejo Superior de la Judicatura, y en su caso a los Consejos seccionales, de conformidad con lo que prescriba la ley, las siguientes atribuciones. Hacemos en la Comisión esa anotación, y en su caso, a los Consejos seccionales, porque ya en un artículo anterior, en la propuesta del doctor Jaime Arias, se aprobó (sic) en la última parte un articulado que dice en parte final, en la hoja cuatro, podrá haber consejos seccionales de la judicatura, integrados como lo señala la ley; entonces, al decir podrá, nosotros ponemos: corresponde al Consejo Superior de la Judicatura y en su caso a los Consejos Seccionales, de conformidad con lo que prescriba la ley y ahí sí, las siguientes atribuciones: en primer lugar, administar la carrera judicial. Segundo, elaborar la lista de candidatos, aquí también hay un cambio en la redacción, elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales, y enviarlas a la entidad que deba hacerlas, en lugar del término nominadora, excepto en la jurisdicción penal militar, que se regirá por normas especiales. Tercero. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional así como la de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley. Cuarto, llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales. Quinto, elaborar el proyecto de la Rama Jurisdiccional, que deberá ser remitido al Gobierno, y ejecutarlo de conformidad con la aprobación que haga el Congreso. Sexto, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones y séptimo, las demás que señale la ley, Es de advertir, Señor Presidente, que como está en el texto de este artículo, hay algunas constitutivas que están relacionadas en el mismo de los Constituyentes que ahí aparecen indicados, con una salvedad, no se qué diga el doctor Hernando Londoño en el texto, se dice doctor Hernando Londoño, aditiva, pero la Comisión considera que el ser aprobado el artículo cuarto, al decir en la instancia que señale la ley, se está estableciendo que es la ley es la que señale las instancias si es de única instancia o de dos instancias para el conocimiento de esos asuntos, en relación

con las faltas disciplinarias en que incurran los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, como lo hace él al determinar la única instancia y la segunda instancia, pero como está presentada como aditiva, no sé si el doctor Londoño tiene algún reparo de considerar de que dado el texto del artículo séptimo, tercero, perdón, sería más bien una sustitutiva" (sic).

(Texto aprobado en primer debate. Anexo No. 1 fls. 161 a 163 segunda parte).

11.- **Texto del artículo 277 (Proyecto No. 291) propuesto por la Comisión Codificadora**

"ARTICULO 291.- El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y de los agentes del Ministerio Público, tendrá las siguientes funciones:

"1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.

"2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad.

"3. Defender los intereses sociales y colectivos y el derecho al ambiente.

"4. Velar por el diligente y eficaz ejercicio de las funciones administrativas.

"5. Supervigilar la conducta oficial de los servidores públicos, incluída la de los elegidos por votación popular, ejercer el poder disciplinario, adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley. En los casos que ésta determine, el ejercicio de la función disciplinaria por la Procuraduría excluye la competencia del respectivo superior jerárquico.

"6...

"...

"... " (Gaceta Constitucional No. 113, 5 de julio de 1991 Pág. 20).

12.- **Texto del artículo 277 (Proyecto 291) aprobado en segundo debate.**

"ARTICULO 291.- El Procurador General de la Nación, por sí solo o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

"1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.

"2. Proteger los Derechos Humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del defensor del pueblo.

"3. Defender los intereses de la sociedad.

"4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.

"5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de la funciones administrativas.

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

"7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

"8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.

"9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.

"10. Las demás que determine la ley.

"Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias".

(Gaceta Constitucional No. 143, 27 de diciembre de 1991, Pág. 13).

Si bien los antecedentes de las normas constitucionales que se han reseñado no permiten de manera clara y precisa identificar el sentido del texto finalmente aprobado en los aspectos que son objeto de este debate, como son los de la "vigilancia superior" y el poder disciplinario "preferente" atribuídos al Procurador General de la Nación, la Sala acudiendo a una interpretación que combina el análisis de esos antecedentes con un criterio lógico y sistemático de las normas que se encuentran en juego, considera y concluye lo siguiente en relación con el segundo cargo planteado en la demanda:

1o.- El Constituyente de 1991 confirmó al ministerio público, en cabeza del Procurador General de la Nación, la competencia tradicional de ejercer el poder disciplinario en relación con los empleados públicos. Esta competencia se traducía en la Constitución anterior fundamentalmente en las funciones de "supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos" (art. 143) y "cuidar de que todos los funcionarios al servicio de la nación desempeñen cumplidamente sus deberes" (art. 145). La Constitución de 1991 la traduce especialmente en las funciones consagradas para el procurador en los artículos 277 numerales 5 y 6 y 278 numeral 2 que son del siguiente tenor:

"Artículo 277

"...

"5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.

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

"**Artículo 278**

"...

"2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial".

De lo anterior, la Sala llega a las siguientes conclusiones iniciales, que servirán de criterio para el análisis del caso concreto:

a) La competencia "general", "superior" y "preferente" para vigilar la conducta de quienes desempeñen funciones públicas y ejercer frente a ellas el poder disciplinario corresponde al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados o agentes. Dicha competencia es "general" en cuanto cobija, como principio, a todas las personas que desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular. Es "superior" y "preferente" en cuanto su facultad de vigilancia y su poder disciplinario están por encima del que pueda otorgarse a otras autoridades, en virtud del régimen de responsabilidad de los servidores públicos que corresponde determinar a la Ley de acuerdo con el artículo 124, en concordancia con el artículo 150-23 de la Constitución, y del control interno que corresponde a cada entidad por mandato del artículo 269 de la Carta.

b) No obstante lo anterior, la misma Constitución reconoce que existen procesos disciplinarios contra funcionarios sometidos a fuero especial, en relación con los cuales el artículo 278 de la Carta prevé que el Procurador corresponde simplemente "emitir conceptos".

2o.- Con la clara filosofía y finalidad de consolidar la autonomía e independencia de la Rama Judicial del poder público, la misma Constitución de 1991 creó el Consejo Superior de la Judicatura y Consejos Seccionales de la Judicatura divididos en dos salas, una de ellas la Jurisdiccional Disciplinaria (art. 254), entre cuyas funciones está expresamente la de "examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, ..." (art. 254-3), de lo cual se deriva

sin ninguna duda que la Carta estableció un fuero especial para los funcionarios de esa rama.

3o.- Si se tiene en cuenta que según una clasificación legal que viene desde el artículo 3o. del Decreto-Ley 250 de 1970 "se consideran funcionarios los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Tribunal Disciplinario, los tribunales superiores de distrito, de aduanas y administrativos, los jueces superiores de circuito, de menores, de instrucción criminal y municipales y los fiscales del Consejo de Estado, de los tribunales superiores de distrito, de aduanas y de los administrativos y de los juzgados, y se consideran empleados quienes desempeñen los demás cargos en las mismas corporaciones y despachos", y que de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución de 1991 administran justicia "la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces", pueden concluirse que para efectos del fuero especial consagrado en el numeral 3 del artículo 256 de la Constitución, son funcionarios de la rama judicial aquellos servidores que pertenecen a un organismo de los que actualmente hacen parte de esa rama y que, además, tienen efectivamente la función y el poder de administrar justicia, como son los magistrados, jueces y fiscales. Los demás servidores de las instituciones judiciales, es decir, aquellos que no administran justicia, son empleados sin fuero especial.

4o.- En consecuencia, al consagrar la constitución en su artículo 277 numeral 6 funciones del Procurador General de la Nación las de "ejercer vigilancia superior", y "ejercer preferentemente el poder disciplinario", debe entenderse que dichas "vigilancia superior" y "ejercicio preferente del poder disciplinario" están referidos a la vigilancia y poder disciplinario que otras autoridades, como los superiores jerárquicos, puedan ejercer "normalmente" en virtud de la ley, pero no pueden entenderse frente al poder disciplinario que la misma Constitución ha atribuido directamente a otra autoridad y que configura así un fuero especial, como es el caso del poder disciplinario atribuido al Consejo Superior de la Judicatura y frente a "los funcionarios de la rama judicial".

De otra parte, no existen antecedentes ni razón jurídica alguna que permita inferir a la Sala que al haberse radicado expresamente la competencia para el juzgamiento disciplinario de los funcionarios de la Rama Judicial en el Consejo Superior de la Judicatura y en los Consejos Seccionales, en las instancias que señale la ley, cuyas decisiones son verdaderas sentencias, como lo ha reconocido la jurisprudencia, el Constituyente hubiese previsto que en el ejercicio del poder disciplinario prevalente, la Procuraduría General de la Nación puede desplazar el mencionado Consejo o al correspondiente Consejo Seccional para avocar el conocimiento

del proceso y culminarlo con un acto de naturaleza administrativa, enjuiciable ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues ello implicaría que una jurisdicción disciplinaria, instituida como un órgano imparcial e independiente, estaría sujeta a la interferencia y a las determinaciones de otro organismo de control que aunque tiene su misma categoría constitucional, ejerce su función a través de actos de menor firmeza, en cuanto como ya se dijo, son simples actos administrativos sometidos al control de la rama judicial.

Lo expresado hasta este momento es suficiente para concluir que al haber procedido el Procurador General de la Nación mediante el acto acusado a atribuir a sus delegados y agentes funciones en materia de procesos disciplinarios en contra de los funcionarios de la Rama Judicial, entendiendo por tales aquellos que administran justicia, se incurrió en violación del artículo 256 numeral 3 de la Carta Política y, de contera, en el quebrantamiento de los artículos 121 y 277-6 del mismo ordenamiento constitucional, razón por la cual en la parte dispositiva de esta sentencia se procederá a declarar la nulidad parcial de dicho acto, en los términos que allí se consignarán, en cuanto se refiere a los citados funcionarios de la Rama Judicial, sin perjuicio de que el Procurador General de la Nación continúe con las funciones de vigilancia superior y poder disciplinario preferente en relación con los empleados de dicha rama y con las de "intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales" (art. 277-7 de la Carta), al que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial" (art. 278-2), funciones estas dos últimas que incluyen los procesos en los cuales sean investigados los funcionarios con fuero, como las de la rama judicial.

Lo anterior implica que esta Sala si bien comparte lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-417/93 de fecha 4 de octubre de 1993 (Expediente D-293, Actor: Edgar Eduardo Cortés Prieto, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo), en cuanto afirmó que la Constitución de 1991 establece una cláusula general de la competencia en la materia a cargo de la Procuraduría General de la Nación, no comparte el criterio según el cual esa cláusula general de competencia, por razón de la vigilancia superior y del poder disciplinario preferente permite a la Procuraduría desplazar al Consejo Superior de la Judicatura - Sala Disciplinaria - o al Consejo Seccional correspondiente en relación con procesos contra funcionarios judiciales, pues la misma Corte en esa Sentencia reconoce que la competencia general de la Procuraduría no se extiende "sobre aquellos (funcionarios) que gocen de fuero especial según la Constitución", como es el caso de los funcionarios de la Rama Judicial según ha quedado definido en esta sentencia.

En relación con el primer cargo, en el cual se plantea el desconocimiento de los artículos 150 numeral 23, 277-6 y 219 de la Carta Política, la Sala considera que no tiene vocación de prosperidad, pues si el concepto de su violación se hace consistir, en suma, en que solo la Constitución o la ley puede atribuir funciones o competencias en materia de procesos disciplinarios a las Procuradurías Delegadas que se indican en el acto acusado, de ello resulta que, sin perjuicio de lo expuesto en el análisis del cargo anterior, el artículo 277 *ibidem*, cuya violación se invoca, faculta al Procurador General de la Nación para cumplir con las funciones allí asignadas, "por sí o por medio de los delegados y agentes", siendo esto último, precisamente, el objeto del acto acusado.

En relación con el tercer cargo, en el cual se discute la violación del artículo 2o. literal f) de la Ley 4a de 1990, la Sala considera que tampoco tiene vocación de prosperidad, por las mismas razones expuestas en el análisis precedente.

En relación con el cuarto cargo, en el que se plantea el desconocimiento del artículo 8o. el Decreto 2652 de 1991 y de los artículos 17 a 24, 34 y 37 a 39 del Decreto 1888 de 1989, este correrá con la misma suerte de los dos anteriormente analizados, pues con la salvedad hecha en el estudio del segundo cargo respecto de los funcionarios de la Rama Judicial, el artículo 277-6 de la Constitución atribuye el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, las funciones, entre otras, de "adelantar las investigaciones correspondientes, e **imponer las respectivas sanciones conforme a la ley**" (subraya la Sala).

En relación con el quinto cargo, sobre violación de los artículos 9o. numerales 3 y 4 y 10o. del Decreto 2652 de 1991, la Sala considera que, en efecto, el acto acusado incurre en su desconocimiento por las mismas razones expuestas en el análisis del segundo cargo de la demanda y, adicionalmente, por cuanto dichas normas atribuyen competencia a las Salas Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales para conocer en única instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten en contra de los funcionarios de la Rama Judicial, es decir, de aquellos que tienen la función de administrar justicia. No obstante su prosperidad, la Sala hace notar que por referirse a la misma materia que fue objeto de estudio en el análisis del segundo cargo, las consecuencias de su violación son las mismas que allí se indican.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DECLARASE la nulidad de las expresiones que se indican a continuación, contenidas en los artículos primero a quinto de la Resolución No. R-016 de 23 de julio de 1993, expedida por la Procuraduría General de la Nación:

a) Del literal a. del artículo primero: "... Tribunal Nacional, Consejos Seccionales de la Judicatura, tribunales superiores de Distrito, tribunales administrativos.

b) Del literal b. del artículo primero: "Vicefiscal General de la Nación... directores nacional, regionales, seccionales de fiscalías, fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Nacional y los tribunales superiores del Distrito".

c) Del parágrafo del artículo primero: "... funcionarios y...".

d) Del literal a. del artículo segundo, en su integridad.

e) Del literal b. del artículo segundo: "Jueces de Familia, de Menores y fiscales delegados ante los jueces de Menores y contra...".

f) Del literal a. del artículo tercero, en su integridad.

g) Del literal b) del artículo tercero: "Jueces de primera instancia, de instrucción y...".

h) Del literal c. del artículo tercero: "...funcionarios y ...".

i) Del literal d. del artículo tercero: "...funcionarios y ...".

j) Del literal a. del artículo cuarto, en su integridad.

k) Del literal b del artículo cuarto: "Jueces de primera instancia, de instrucción y ...".

l) Del literal c. del artículo cuarto, en su integridad.

m) Del literal a. del artículo quinto, en su integridad.

n) Del literal b. del artículo quinto: "Jueces de primera instancia, de instrucción y...".

o) Del literal c. del artículo quinto, en su integridad.

Segundo.- DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

Tercero.- En firme esta providencia archívese el expediente, previstas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ABANDONO LEGAL. DEPOSITO DE ADUANA. IMPORTACION DE VEHICULO

Como quiera que transcurrido el plazo de dos (2) meses a partir de la llegada del vehículo al territorio nacional sin que su consignatorio hubiese presentado la declaratoria de despacho el bien era susceptible de ser declarado en abandono legal en favor de la Nación, en los términos de los artículos 61 y 69 del Decreto 2666 de 1984, así se pronunció la Administración mediante el primero de los actos acusados.

IMPORTACION DE VEHICULO. PERJUICIO. ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procedencia

Si el recurrente estima que las actuaciones seguidas por la Dirección General de Aduanas para asignar a su servicio el referido vehículo no se ajustaron a ningún mandato legal o la conducta de los agentes que en ellas intervinieron le generaron daños y perjuicios, de tal manera que pudiese vincular la responsabilidad del ente estatal, la acción pertinente sería contra los citados actos o la de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., ninguna de las cuales se ejerció en este proceso.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y cinco

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia Expediente No. 3053. Actor : José Iver Murillo Murillo

Procede la sección primera a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuestos por la parte actora contra la sentencia de

primera instancia, proferida por el tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección, el 17 de junio de 1994.

I. - ANTECEDENTES

a. - El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano José Iver Murillo Murillo, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo Valle del Cauca la declaratoria de nulidad de las resoluciones números 604 de 25 de septiembre de 1992 y 655 de 27 de octubre del mismo año, proferidas por el jefe Regional de la Aduana Nacional de Buenaventura, mediante las cuales, en su orden, se declaró "...en abandono a favor de la Nación, un (1) vehículo automóvil Pontiac, serie No. 162 A W 87 HOEN 216586, posición arancelaria 87.03.24.99, modelo 1984, gravamen 40% VALOR COMERCIAL $ 21.000.000.00" y se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el primero de los citados actos.

Igualmente demandó la declaratoria de nulidad de la Resolución número 186 de 3 de febrero de 1993, proferida por la Jefe de la División de Análisis, Supervisión y Control de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Aduanas, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la citada Resolución No. 604 de 25 de septiembre de 1992.

A título de restablecimiento del derecho, el demandante solicitó declarar que la Nación - Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduana Nacionales deberá reconocer y pagarle la suma de 21.000.000.00, equivalente al valor comercial del vehículo declarado en abandono " al momento de la elaboración del acto según el técnico aduanero experto en valorización de mercancías en Aduana, e igualmente que con los actos acusados se le irrogó una ilusión patrimonial que empezará a cuantificarse a partir del 25 de septiembre de 1992 tomando como base la suma de 21.000.000.00, hasta el momento de la liquidación de la condena, sumas que serán ajustadas tomando como base el índice de precios al consumidor.

b. - Los hechos de la demanda

A pesar de la deshilvanada y caótica narración de los hechos u omisiones invocados por el apoderado del actor como fundamento de las pretensiones de la demanda, de que ellos se acompañan con no pocas acusaciones en contra de los

funcionarios públicos que intervinieron durante la actuación administrativa y se matizan con imbricadas disquisiciones sobre el concepto de violación de un número no despreciable de disposiciones constitucionales y legales, la Sala, haciendo un gran esfuerzo de interpretación de la demanda considera que ellos son los que a continuación se sintetizan (fls. 52 a 64 Cdno. Ppal.):

Con manifiesto de carga de la Flota Mercante Grancolombiana No. 000 295 y conocimiento de embarque No. 11717 le fue consignado al actor un vehículo, el cual llegó al país el 9 de mayo de 1992 por el puerto de Buenaventura, procedente del puerto de New York.

El 17 de julio del mismo año el actor inició el trámite de desaduanamiento del vehículo mediante la presentación del formulario de declaración No. F00 39374, pero éste le fue devuelto por la Administración sin orientarlo sobre los requisitos para obtener su nacionalización y le hicieron creer que el bien "no era despachable".

Mediante Oficio No. 2457 de 27 de Agosto de 1992, el Jefe Regional de la Aduana de Buenaventura solicitó al Departamento de Almacenaje de la Empresa Puertos de Colombia liquidar los pagos de almacenamiento del vehículo para proceder a su retiro y zonificarlo de conformidad con el artículo 9o. transitorio del Decreto 1105 de 1992. Finalmente, el 1o. de septiembre del mismo año la Aduana retiró al vehículo de los patios de la aludida Empresa, a pesar de que el Jefe del Departamento de Almacenaje había dispuesto entregar dicho bien "...personalmente a los peticionarios si ellos figuran en los documentos de bodega como consignatarios de la carga ..."

El 18 de septiembre de 1992, fecha en la cual se empezó a diligenciar el formulario No. 0131, de mercancías declaradas en abandono legal, el vehículo ya había sido retirado por la aduana, "...es decir, empezaron a ejecutar el acto de abandono y apropiación del vehículo, sin que se hubiese dictado el acto administrativo que así lo disponía". La operación de aforo se realizó el día 22 del indicado mes año.

El 25 de septiembre de 1992 se expidió el primero de los actos acusados, "...cuando ya se había consumado EL ACTO DEL DESPOJO DE LA PROPIEDAD por los funcionarios de la aduana por una vía de HECHO ...", "...pues a esas alturas ya se le había asignado placas y se encontraba listo para ser enviado a Santa Fe de Bogotá, D.C., para ser puesto al servicio de una subdirección de la Aduana Nacional".

El recurso de reposición y subsidiario de apelación contra dicho acto se fundamentó en la temporalidad del retiro de la mercancía y en que en el formulario No. 0131 se identificó al vehículo con otro número, acompañando constancia del INCOMEX en el sentido que se estaba tramitando la licencia de importación respectiva.

Mediante el segundo de los actos acusados se negó el recurso de reposición, argumentando que el vehículo fue debidamente identificado en el primero de ellos, sin tener en cuenta que "...entre la resolución y los actos previos debe mediar una identidad absoluta, pues como están las cosas, se ordena declarar el abandono de un vehículo y se declara el abandono de otro ".

Debido a que el actor revocó el poder a su apoderado inicial ante la Administración para conferírselo a quien lo representa en este proceso, este último procedió a ampliar la sustentación del recurso de apelación ante el superior antes de que se resolviese sobre el mismo. Sin embargo, en el tercer acto acusado no se tiene en cuenta dicha ampliación con los argumentos de que el escrito que la contiene carece de nota de presentación personal y fue extemporánea su presentación"... conforme lo señalan los artículos 316 a 318 del Decreto 2666 de 1984, modificado por los artículos 53 y 55 del Decreto 755 de 1990, respectivamente". y el poder conferido adolece del mismo requisito por parte de su signatario, desconociendo "...que si mi poderante hizo la presentación del poder ante la Aduana de Buenaventura para conferírselo al suscrito, no es dable imputarle los 'errores' de la administración al administrado, si no está debidamente hecha la nota de presentación personal del poder, fue porque un funcionario de la División de la Secretaría de la Aduana de Buenaventura, no la hizo como debía hacerla y los efectos de la negligencia o ignorancia de la administración los soporta ella misma, mi cliente cumple con la presentación personal del escrito y con su cédula de ciudadanía, el funcionario público estampa el sello de presentación personal y los datos indispensables, de manera pues que el administrado ha cumplido; por lo demás, que el escrito distinguido con el No. 027101, carezca de presentación personal, ello no es necesario como muy bien lo sabe la Jurisdicción Contencioso, por cuanto la presentación debe darse con el primer escrito..."(sic).

c. - Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación

El actor considera que " con la expedición de los actos administrativos impuganados se ha violado la CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA en sus arts. 2, 29, 34, 58, 59, 83, 85, 90, 209; Código de Aduana en sus arts. 61,62,63,69 modificados por el Dec. 755 de 1990; Dec. 392 de 1990; Decreto 1105 de 1992 y el Código Contencioso Administrativo en sus arts. 36, 76, y 77". y

se expedieron "... con falsa motivación , con desvío de poder...", por las razones que, en lo posible, se sintetizan a continuación expresadas en la demanda y en alegato de conclusión (fls. 65 a 70 y 112 a 121 Cdno. Ppal.):

Se produce la violación del artículo 2o. de la Carta Política, toda vez que las autoridades aduaneras atentaron contra el bien patrimonial del actor, en la medida en que estando en curso la actuación de la administración en vía gubernativa se le despojo violentamente de su derecho de dominio o propiedad para remitirlo a Santa Fe de Bogotá y ponerlo a disposición de uno de tantos subdirectores de la Aduana Nacional.

También se quebranta el artículo 29 de la Constitución Política, pues en la actuación administrativa no se observó el debido proceso, ya que el artículo 9o. transitorio del Decreto 1105 de 1992 no era el aplicable para que la Aduana solicitará el 27 de agosto de 1992 la zonificación del vehículo por parte de la Empresa Puertos de Colombia, debido a que esa disposición inició su vigencia el 1o. de julio del mismo año y a esa fecha el bien no había superado los plazos de abandono (2 meses), Los cuales solo se cumplieron el 11 de agosto del año en cita. A pesar de lo anterior, mediante Resolución No. 2133 de 15 de septiembre de 1992, proferida por el Subdirector General de Aduana, se asignó el vehículo a la Dirección General de esa Institución, fundamentándose en que la mercancía ingresó al Fondo Rotatorio de Aduana de Buenaventura por concepto de abandono en los términos del Decreto 1105 de 1992, es decir, que ingresó"'... en calidad de mercancía aprehendida , lo que excluye la figura del abandono". Así de simple, una mercancía es aprehendida por la Aduana cuando ingresa al territorio incumpliendo normas aduaneras o de Comercio Exterior y la consecuencia propia es su decomiso administrativo y nunca el abandono. Ese error obligó a la Dirección General de Aduana a aclarar dicho acto mediante la Resolución No. 2882 de 24 de diciembre de 1993, en cuya motivación se reconoce que el vehículo asignado se declaró en abandono mediante un procedimiento erróneo, subsanando porteriormente por la Resolución No. 604 de 25 de Septiembre de 1992, y que "...además el número de serie es 162 a W 87 HOEN 216586"'.

Las citadas Resoluciones 2133 y 2882 fueron aportadas al proceso con los antecedentes administrativos de los actos acusados y por ello ni en la vía gubernativa ni en la demanda se hizo alusión a ellas, por ser totalmente desconocidas por el actor, lo cual significa que la Administración de Buenaventura empleó dos procedimientos, uno público y otro oculto; el segundo al enterarse que no le era posible sostener el abandono, contraviniendo los principios orientadores de las actuaciones administrativas, como son los de la imparcialidad, publicidad y contradicción.

Si el artículo 34 de la Carta Política prohibe la pena de confiscación y por vía de excepción consagra la extinción de dominio por sentencia judicial, "... Luego no se entiende el por qué siguen aplicando, y lo que es peor, expidiendo normas disfrazadas como el abandono, que no son otra cosa que una confiscación o extinción del dominio sin sentencia judicial pero por ministerio de la ley - estatuto aduanero inconstitucional en este punto ...(..) EN CONSECUENCIA no podrá decretarse el abandono legal por los funcionarios aduaneros, de donde se desprende la fuerza del argumento para la anulación solicitada en esta demanda". Esto mismo se argumentó en la ampliación del recurso subsidiario de apelación en contra del primero de los actos acusados, la cual fue desestimada arbitrariamente.

Ante la dificultad de desentrañar el sentido de las restantes acusaciones que formula el actor, a continuación se transcriben algunos apartes del escrito de demanda, integrados en el acápite "Hechos u omisiones fundamento de la acción" :

"Si el Decreto 2666 de 1984 en la sección primera, capitulo I, Art. 1o., define el abandonadas a favor de la Nación; las mercancías que permanezcan en el almacenamiento, bajo control de la Aduana, cuando no se presente declaración dentro de los términos correspondientes o cuando no se retire la mercancía almacenada en depósitos temporales, después de concedido el levante, dentro del término que fije el mismo decreto.

"Planteamos el acto mediante el cual, ello significa que debe ser un acto administrativo debidamente motivado con el que se individualice las mercancías, su posición arancelaria, gravamen y valor que contendrá las razones por las cuales se declara el abandono, expresadas con claridad y **el lugar donde se encuentran las mercancías,** por cuanto ese tipo de abandono solo procede cuando las mercancías permanezcan en DEPOSITOS DE ADUANA DEPOSITOS TEMPORALES DE ADUANA, mas allá del término autorizado, bien en la norma o por acto del director de General de Aduana o **cuando no se retiren de los depósitos temporales dentro del plazo estableció**. Pero que tenemos? Cabe la pregunta para el proceso y para el juzgador. Se podía dictar acto administrativo, declarando **el abandono legal de un vehículo que no estaba, ni en depósito temporal de aduana, ni en depósito de aduana?**

El simple conteo del paso del tiempo, nos resuelve el interrogante, el vehículo fue retirado el primero de septiembre de 1992 del terminal marítimo de Buenaventura, - depósito temporal de aduana - y tan solo el 25 del mismo mes y año, aparece el acto administrativo, declarado el abandono legal del mismo, configurándose la pretendida legalización del **despojo atropellado** del que fuera víctima mi poderdante por el Jefe Regional de la Aduana de Buenaventura".

"Lo que no permite duda alguna es que aún para ejercer la expropiación, para ejercer la confiscación, para ejercer el abandono legal, para ejercer el derecho de requisición militar para mantener en prisión a un ciudadano, la administración deberá observar las formas propias de cada juicio, es decir, **el debido proceso** o resumiendo, para que la administración pueda ejercer sus poderes, debe observar los procedimientos consagrados, y si ejerce poderes, como el caso *sub- examen* aún legales, fuera de todo procedimiento, o con procedimientos que no son los pertinentes, es como si obrara en absoluto sin poderes. Si, es que la administración no observó el procedimiento del abandono consagrado en los arts. 61, 62, 63, 68, y 69 del Dec. 2666 de 1984 con las modificaciones introducidas por los Dec. 392 y 755 de 1990 cuando de hecho toma el automóvil Pontiac como propio, lo retira del depósito temporal en la forma como se ha señalado, siendo las bodegas del terminal marítimo de Buenaventura un lugar habilitado por la Aduana para el almacenamiento temporal de bienes bajo su control, en espera de la presentación de la declaración. Art. 68 Dec. 2666 de 1984, dentro de los plazos establecidos de dos meses a partir de la llegada de las mercancías o un mes a partir de la llegada de las mercancías o un mes después de efectuado el pago de los impuestos, debiendo el consignatario proceder a despachar o retirar según el caso, so pena de que las mercancías pasen a propiedad de la Nación - Fondo Rotatorio de Aduana, mediante la declaración de abandono que hará la administración de la Aduana mediante acto administrativo motivado. Pero aquí la administración por conducto del Jefe Regional de Aduana de Buenaventura hace exactamente lo contrario, primero se apropia del automóvil PONTIAC y posteriormente lo declara en abandono - ver actuación en el tiempo -.

"24. Ahora, que no se pretenda por la administración, entronizar el argumento de que las resoluciones cuya nulidad se solicita, han sido expedidas con una motivación basada en normatividad diferente, pues, la revisión de cada una de ellas nos remite a las facultades de los Decretos 2666 de 1984, 755 de 1990, 1622 de 1990 y 1644 de 1991 y las circunstancias de hecho plasmadas en la Resolución 0604 del 25 de septiembre de 1992; Dec. 2666 de 1984 y 1644 de 1991 y las circunstancias fácticas plasmadas en la Resolución 655 de Octubre 27 de 1992, que se basa en el evento del rescate del art. 63 Dec. 2666 de 1984 Art. 22 del Dec. 755 de 1990 y el Art. 9 del Dec. 1622 de 1990; luego jamás podrá argüirse, y aquí está el evento de transgresión de la ley superior, que el art. 9 transitorio del Dec. 1105 de 1192, establecía una forma distinta de rescate, - diferente a la mencionada del art. 63 del Dec. 2666 de 1984 - Esa norma bien pudo aplicarse, siempre y cuando no se hubiera aplicado las señaladas en el párrafo anterior para el abandono, o dicho en otros términos siempre y cuando no se hubiere dictado los actos administrativos cuya nulidad se

demanda en este libelo, por cuanto el precepto legal del 1105 del 92, citado, no permitía la producción de los mismos, al señalar que en este evento las mercancías pasarán a ser propiedad del Fondo Rotatorio de Aduana, sin que se requiera ningún acto que así lo declare.

"Muy bien, es evidente que en este caso si no se hubiera proferido las resoluciones atacadas con esta demanda, el ente estatal pararía a ser propietario del vehículo multicitado por ministerio de la ley: pero aquí, unos funcionarios envilecidos por el néctar del poder, para fortuna de mi representado, dictan el acto administrativo, de abandono, basados en las normas generales ya enunciadas, y - léase bien - sin tener en cuenta la norma transitoria, por lo cual no tendría cabida el argumento de que se trata de darle aplicación al Dec. 1105 de 1992, como en forma ramplona, se lo expusieron a la Empresa Puertos de Colombia los funcionarios de la Aduana de Buenaventura.

" 25 En la Resolución 186 de 1993, la División de Análisis Supervisión y Control de la Subdirección Jurídica expresa que el señor José Iver Murillo Murillo revoca el poder conferido al Dr. Manuel Dávalos de la Cruz (folio 05) 'Este despacho observa que el memorial poder obrante a folio 4 del expediente no se encuentra debidamente conferido por el señor JOSE IVER MURILLO M. dado que no se hace la nota de presentación personal del mismo con la exhibición del documento de identidad del poderdante, como lo exigen las normas legales para el debido ejercicio del derecho de postulación (art. 276 C.C.A. art., 65 y 84 Código de procedimiento civil)'.

"Me pregunto hasta donde pueden llegar los despropósitos de una administración que pretende **hacer recaer la responsabilidad de su propia culpa por ignorancia crasa,** en cabeza del administrado, cuando quien tiene el sello para las presentaciones personales de los escritos es el Sr. Jefe de la División de Secretaría y es el mencionado funcionario quien finalmente toma los datos del otorgante del poder y los plasma en el escrito presentado y firma, luego si en el poder aparece un sello que expresa que el presente escrito fue presentado por NESTOR VENTEZ PLAYONERO con No. de C.C. y T.P que le inicien un proceso administrativo disciplinario y penal por presunta falsedad a quien elaboró y firmó para hacer la diligencia de presentación personal pues, yo, NESTOR VENTEZ PLAYONERO no me he presentado con poder, esa diligencia le corresponde, como en efecto ocurrió a mi cliente; otra cosa es que un funcionario incompetente por carencia de instrucción haya dicho que fue el abogado quien concurrió a hacerle presentación personal al poder que le confirieron. Nótese la fuerza probatoria del acerto cuando se analice el escrito que revoca el poder a MANUEL DAVALOS DE LA CRUZ y el que se lo

confiere al suscrito, los dos presentados el 3 de Noviembre de 1992 por el Sr. JOSE IVER MURILLO M.

" 26. Es evidente que existe igualmente una falsa motivación cuando la división de análisis , supervisión y control de la Subdirección Jurídica - por ignorancia - afirme en la Resolución 186 del 3 de Febrero de 1993, que el poder no se encuentra debidamente conferido por mi representado, porque no cumple con un supuesto del art. 276 del Código Contencioso Administrativo, cuando el mencionado cuerpo normativo solo tiene 268 artículos, luego le corresponde a la administración explicar qué quiere decir cuando expresa el incumplimiento del art. 276" (sic... sic.).

d. - Las razones de la defensa

En el escrito de contestación de demanda, la parte demandada expresa, en síntesis, los siguiente argumentos (fls 92 a 97 Cdno. Ppal.):

Los actos acusados se fundamentaron en la violación o incumplimiento por parte del actor de las normas que se indican a continuación:

Artículo 69 del Decreto 2666 de 1984, modificado por el artículo 15 del Decreto 755 de 1990, por cuanto al haber llegado la mercancía al puerto de Buenaventura el 9 de mayo de 1992, el actor tenía plazo hasta el 9 de julio del mismo año para presentar su declaración de despacho y como quiera que así no ocurrió, como está demostrado en autos, se procedió a declarar su abandono legal mediante el primero de los actos acusados, con estricto cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 61 del citado Decreto 2666 de 1984.

El actor tampoco cumplió con los requisitos consagrados en el artículo 63 del decreto 2666 de 1984 para el rescate de la mercancía abandonada, pues si esta norma señala que ella "...sólo podrá ser rescatada por el interesado antes de la ejecutoria de la providencia respectiva y la declaración debe ir acompañada del comprobante del depósito de los derechos, multas, recargos, bodegaje, las constancias del pago de los fletes y demás gastos a que hubiere lugar", ello se traduce en que el rescate requiere como elemento esencial el trámite de la declaración respectiva con el pago de todos los conceptos a que haya lugar, "...presupuesto legal que para este caso no se cumple por cuanto no se tiene Licencia de Importación como lo exige el artículo 22 del Decreto 755/90 en concordancia con el artículo 9o. del Decreto 1622/90 para que la Jefatura Regional autorice el rescate del vehículo declarado en abandono. Está plenamente demostrado que la parte actora apenas aportó una certificación del Comité de Importaciones del Incomex, señalando que hay radica-

da una licencia a nombre de José Iver Murillo Murillo, y que se encuentra para estudio y decisión del Comité de Importaciones.

Esta constancia tiene fecha de radicación octubre 9 de 1992".

e. - La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 7 de mayo de 1993 se admitió la demanda y se dispuso el trámite de rigor (fls. 75 a 76 Cdno. Ppal.).

Mediante providencia de 24 de septiembre de 1193 se decretaron las pruebas solicitadas por la partes (f). 99 ib.).

Dentro del término para alegar de conclusión, hicieron uso de este derecho la parte actora y el Agente del Ministerio Público ante el tribunal a - quo (fls. 103 a 111 y 112 a 121 ib.).

II. - LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el tribunal de primera instancia denegó las súplicas de la demanda con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 126 a 133):

Si conforme al artículo 15 del Decreto 755 de 1990, el propietario tiene un plazo de dos meses contados a partir de la llegada de la mercancía al territorio aduanero nacional, o un mes de efectuado el pago de los derechos de importación para proceder a su retiro, de ello resulta que al haber llegado el vehículo al Puerto de Buenaventura el 9 de mayo de 1992, el actor tenía plazo para ello hasta el 9 de julio de ese año, previo cumplimiento de lo requisitos exigidos por la citada disposición. En cambio, si hubiera cumplido con el pago de los derechos de importación, el retiro podría haberse efectuado desde junio, pero en el curso del proceso no se demostró que se hubiera cumplido con alguna de dichas posibilidades, lo cual originó la expedición del primero de los actos acusados, con fundamento en el artículo 61 del Decreto 2666 de 1984.

De otra parte, el actor no ejerció el derecho consagrado en el artículo 9o transitorio del Decreto 1105 de 1992 para el rescate de la mercancía, puesto que

esta norma otorga un plazo de un mes para ello a partir de la vigencia del decreto, cuando no se ha expedido la resolución que declara el abandono.

La Resolución No. 0655 de 27 de octubre de 1992, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el primero de los actos acusados "... no viola ninguna norma, en contra de lo que afirman el apoderado del demandante, porque el acto administrativo no se había ejecutoriado y ya el vehículo tenía destino en la Dirección General de Aduana, ya que en esa decisión la Administración no podía cambiar lo que se había decidido en la Resolución 0604, en la medida en que ésta ordenaba el traslado de la mercancía al Fondo Rotatorio de la Aduana, una vez ejecutoriado el proveído, lo cual está ordenado por la ley, ya que en la declaración de abandono debe determinarse el destino que debe tener la mercancía objeto de tal declaración".

En cuanto a la acusación que se formula contra la Resolución No. 186 de 3 de febrero de 1993, porque, según el actor, ella se sustenta en la carencia de nota de presentación personal del poder y porque la adición del recurso de apelación se considera extemporánea, el Tribunal observa que "...es verdad que la Administración aduce esta irregularidad respecto de la presentación del poder, no obstante lo cual, la decisión en la parte motiva entra a examinar los motivos por los cuales se confirma la Resolución 0604 del 25 de septiembre".

Por lo que concierne "...a la afirmación de que en la citada resolución se mencionó el artículo 276 del C.C.A., cuando en realidad el Código sólo tiene 268 artículos no tiene mucha importancia en cuanto no es la única norma citada, por una parte, y por la otra porque se trata de un evidente error de transcripción. No es posible retrotraer el derecho a las épocas de la dictadura de la exégesis, cuando el predominio de los argumentos formales se prefería a la aplicación de la justicia. Lo mismo puede anotarse respecto a la falta de identificación precisa del vehículo, porque en el formato donde se identifica por parte del funcionario de aforo de la Aduana, se establece la numeración real en la parte que corresponde a las OBSERVACIONES".

En consecuencia, no se desvirtuó la presunción de validez de los actos demandados.

III.- LOS AUMENTOS DEL RECURSO

Ellos son, en síntesis, los siguientes (fls. 135 a 143 Cdno. Ppal.):

En el proceso se demostraron plenamente los hechos que se relacionan a continuación:

a) Con oficio No. 2457 de 27 de agosto de 1992 el Jefe Regional de Aduana de Buenaventura solicitó a Puertos de Colombia que con el fin de proceder al retiro del vehículo se dispusiera la liquidación de los pagos de almacenamiento.

b) Mediante Oficio No. 2458 de la misma fecha, el mencionado funcionario solicitó a Puertos de Colombia zonificar el vehículo de acuerdo con el artículo 9o. transitorio del Decreto 1105 de 1o. de julio de 1992 y en él aparece que la Jefe del Departamento de Almacenaje dispuso que "Vista la autorización de la Administración de la Aduana en el auto que antecede, pase el memorial al Jefe del Patio No. 3 para que una vez cumplidos en su totalidad los trámites dispuestos por Aduana, proceda a entregar personalmente a los interesados si ellos figuran en los documentos de bodega como consignatorios de la carga, previo pago de alquiler de Espacios y Manejo. "...El Jefe Regional de la Aduana solo podía haber suscrito dicha petición, si en ese momento el vehículo hubiera pasado a ser propiedad de la Nación a través del Fondo Rotatorio de Aduanas, mediante auto administrativo para ello".

c) El 1o. de septiembre de 1992 los funcionarios de la Aduana Nacional en Buenaventura ubicados en el Terminal Marítimo, autorizan el cargue de la mercancía.

d) Con posterioridad a todo ello y al darse cuenta que no era aplicable el Decreto 1105 de 1992, la Administración expide el primero de los actos acusados, mediante el cual declara el abandono del vehículo.

e) "...por División de la Secretaría de la Aduana se tramita un expediente a la luz de las normas de abandono consagradas en los artículos 61, 62, modificado por el artículo 2o del Decreto 392 de 1990, 63 68 y 69 modificado por el artículo 15 del Decreto 755 de 1990, del Decreto 2666 de 1984 y en Puertos de Colombia se solicita un trámite totalmente diferente en aplicación del Decreto 1105 del 1o. de julio de 1992 con rescate y términos diferentes.

f) En el registro de entrada y salida de mercancías de importación No. 015068 "...ya se había colocado agente propietario Fondo Rotatorio Aduanal, cuando todavía, léase bien, no se había dictado resolución de abandono legal, y no se menciona para nada a Iver Murillo M.".

g) En la orden de cargue y salida de mercancía No. 676882 de 10 de septiembre de 1992 se lee: consignatorio o propietario Fondo Rotatorio de Aduana Nacional, oficio 2458 de agosto de 1992.

Cómo pretende el tribunal que los actos acusados están ajustados al ordenamiento jurídico si mediante Resolución No. 2133 de 15 de septiembre de 1992 se asignó el vehículo con carácter definitivo para el servicio de la Dirección General de Aduanas y Resolución No. 2882 de 24 de diciembre de 1993, aclaratoria de la anterior, sostiene que dicho bien ingresó por la Aduana de Buenaventura con documento único de aprehensión de fecha 1o. de agosto de 1992 por concepto de abandono en los términos del Decreto 1105 del mismo año, y seguidamente reza que con la Resolución 604 de 25 de septiembre se declaró en abandono a favor de la Nación y que mediante el oficio "399 del 17 de septiembre de 1993 el Subdirector General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales solicita a la Subsecretaría de Comercialización proyectar el acto administrativo que corresponda con el objetivo de declarar la Resolución 2133 del 15 de septiembre de 1992, puesto que el vehículo asignado mediante la misma se declaró en abandono mediante un procedimiento erróneo, subsanando posteriormente mediante la Resolución No. 604 de 25 de septiembre de 1992, expedida por el Administrador de Buenaventura, y además, el número de serie es I G 2 AW 87 HOEN 216586".

De lo anterior surge como conclusión que si el vehículo ingresó con documento único de aprehensión, para mercancías aprehendidas su acto consecuencial no es abandono sino el decomiso, puesto que se presupone la transgresión de una norma aduanera y no el simple paso del tiempo. Además, si el acto de abandono legal fuera procedente, solo podía dictarse con el vehículo en el sitio de almacenamiento en que se encontraba.

Los funcionarios de Aduana retiraron de Puertos de Colombia un vehículo de propiedad de un particular bajo la errada creencia de que éste quedaba abandonado en la aplicación del artículo 9o. transitorio del Decreto 1105 de 1992.

IV.- LA IMPUGNACION DEL RECURSO

En su alegato de conclusión la parte demandada, luego de aludir a los artículos 61, 63 68 y 69 del Decreto 2666 de 1984, este último modificado por el artículo 15 del Decreto 755 de 1990, y de señalar que los argumentos formulados por el recurrente con base en las Resoluciones 2133 de 1992 y 2882 de 1993 y las conclusiones que consigna en la última parte de su escrito no pueden ser tenidos en cuenta en esta instancia, "...toda vez que no fueron consignados ni discutidos por la Administración en vía gubernativa", manifiesta, en síntesis, lo siguiente (fls. 17 a 23 Cdno. No. 2):

El vehículo involucrado en la litis ingresó al país el 9 de mayo de 1992, fue consignado a nombre del actor y quedó en el depósito temporal de Puertos de Colombia.

Como quiera que el Arancel de Aduanas señala que las mercancías de la posición arancelaria 87.03.24.0099 importadas al país son de régimen de licencia previa requieren para su nacionalización la licencia previa expedida por el INCOMEX, tal documento debió ser presentado por el actor antes del vencimiento del plazo establecido en el Régimen de Aduanas para que fuera posible su nacionalización.

Los trámites para el mencionado efecto solo los inició el actor ante el INCOMEX el 9 de octubre de 1992, fecha en la cual radicó la licencia de importación para el estudio y decisión del Comité de Importaciones, es decir, cinco meses después de la llegada del vehículo al territorio nacional, cuando ya habían transcurrido más de los dos meses que consagra el Régimen de Aduanas para presentar la declaración de despacho y proceder a su retiro y sin que en dicho lapso hubiera procedido al pago de los derechos de importación. Por esta razón, de conformidad con los artículos 61, 68 y 69 del Decreto 2666 de 1984 procedía la declaratoria de abandono legal, como efectivamente se pronunció la Administración a través del primero de los actos acusados.

Contrario a lo que afirma el apelante, el Decreto 1105 de 1o. de julio de 1992, artículo 9o. transitorio, le daba también la oportunidad al importador de rescatar su mercancía,"...inclusive le aplicaba el término en el sentido de que este se empezaba a contar desde la vigencia del decreto, es decir , el mes como único plazo para su rescate comenzaba a 1o. de julio y vencía el 1o. de agosto, lapso dentro del actual el demandante tampoco realizó diligencia alguna ante la administración tendiente al retiro de mercancía, como se comprueba en el transcurso del proceso". Además, no se puede confundir el proceso administrativo del decomiso con el de abandono legal de las mercancías a favor de la Nación, pues el primero se da con posterioridad a la aprehensión de las mercancías por infringir las normas aduaneras y el segundo es una sanción a la negligencia del importador.

V.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación no rindió concepto.

VI.- CONSIDERACION DE LA SALA

En el primer término la Sala hace notar al recurrente que los actos cuya declaratoria de nulidad solicitó en su demanda son aquellos mediante los cuales se declaró en abandono a favor de la Nación el vehículo de su propiedad y se resolvieron los recursos de reposición y subsidiario de apelación interpuesto contra dicha decisión y de ninguna manera las Resoluciones números 2133 de 15 de septiembre

de 1992 y 2882 de 24 de diciembre de 1993 proferidas, en su orden, por el Subdirector General de Aduanas y por el Secretario General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, cuya legalidad pretendió discutir en el alegato de conclusión de la primera instancia y sobre lo cual insiste en la sustentación del recurso que se desata mediante esta providencia. La anterior precisión tiene por finalidad puntualizar al apelante que si bien todos los actos a que se ha aludido tienen como elemento común el de referirse al mismo bien involucrado en la litis, dichas resoluciones no decidieron sobre fondo del asunto, pues en ningún momento declararon el abandono del vehículo sino, simplemente, lo asignaron para el servicio de la Dirección General de Aduanas conforme a la normatividad que en ellos se indica.

En consecuencia, si el recurrente estima que las actuaciones seguridad por la Dirección General de Aduanas para asignar a su servicio el referido vehículo no se ajustaron a ningún mandato legal o la conducta de los agentes que en ellas intervinieron la generaron daños y perjuicios, de tal manera que pudiese vincular la responsabilidad del ente estatal, la acción pertinente sería contra los citados actos a la de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., ninguna de las cuales se ejerció en este proceso.

Ello impone, la Sala avocará el estudio de la legalidad de los actos acusados a la luz de la disposiciones legales que se invocan como fundamento de los mismos, de aquellas concordantes y con base en las pruebas que obran en el proceso.

Como marco de referencia para dicho efecto, se transcriben a continuación los artículos 61, 63,69 del Decreto 2666 de 1984, este último en la forma como fue modificado por el artículo 15 del Decreto 755 de 1990, y el artículo 9o. transitorio del Decreto 1105 de 1992:

1o.- Decreto 2666 de 1984:

"Artículo 61.- Abandono legal. Cuando la mercancía permanezca en depósito de Aduana o en depósitos temporales de Aduana por tiempo superior al señalado en este decreto o por el Director General de Aduanas, sin que se haya presentado la declaración de un régimen aduanero, o si no se retira la mercancía de los depósitos temporales dentro del plazo establecido, considerará abandonada a favor de la Nación. En la resolución respectiva el administrador de aduana relacionará detalladamente las mercancías y dejará constancia de su posición arancelaria, gravamen y valor.

"Parágrafo.- El abandono legal no procede respecto de los contenedores y otra unidades de carga, los cuales podrán ser reclamados por los transportadores o por quienes acrediten derechos sobre ellos vencido el plazo de almacenamiento".

"Artículo 63.- Rescate de la mercancía. La mercancía abandonada sólo podrá ser rescatada por el interesado antes de la ejecutoria de la providencia respectiva y la declaración debe ir acompañada del comprobante del depósito de los derechos, multas, recargos, bodegajes, la constancia del pago de los fletes y demás gastos a que hubiere lugar".

"Artículo 69.- Plazo para la presentación de la declaración y de abandono en los depósitos temporales. Cuando la mercancía se importe a través de un depósito temporal transcurridos dos (2) meses contados a partir de la fecha de llegada de la mercancía al territorio aduanero nacional sin que se presente la declaración de despacho, o un (1) mes de efectuado el pago de los derechos de importación si no han sido retiradas, se declarará su abandono legal.

"Parágrafo.- Por razones de fuerza mayor o caso fortuito y a solicitud del declarante, el administrador de aduana podrá prorrogar por una vez, y hasta por un (1) mes los plazos señalados. Siempre y cuando el pedimento haya sido formulado antes de su vencimiento.

"Parágrafo transitorio. -El plazo de que se dispone la Dirección General de Aduanas para declarar el abandono es improrrogable cuando se trate de mercancías cuya licencia de importación se haya derivado de procedimiento de encuestas arancelarias".

2o.- Decreto 1105 de 1992:

"Artículo 9o. transitorio. Rescate de mercancías abandonadas. Las mercancías sobre las cuales a la fecha de vigencia del presente Decreto hayan transcurrido los términos para ser consideradas en abandono legal sin que se hubiese proferido la respectiva resolución de abandono, tendrán un término de un mes único plazo para su rescate, el cual se contará desde la vigencia del presente decreto. Vencido este término las mercancías pasarán a ser propiedad del Fondo Rotatorio de Aduanas sin que se requiera de ningún acto que así lo declare".

Ahora bien, de la aplicación de las normas referenciadas a asunto materia de examen y de las pruebas que obran en el proceso, la Sala observa y considera lo siguiente:

1o.- El vehículo automotor marca Pontiac, modelo 1984, color café, número de serie 162 AW87 HOEN 216586, usado, dos puertas, automático, posición arancelaria 87.03.24.00.99, gravamen 40%, valor comercial $21.000.000.00 llegó al país el día 9 de mayo de 1992, figurando como consignatorio del mismo el señor José Iver Murillo.

2o.- Como quiera que transcurrido el plazo de dos (2) meses a partir de la llegada del vehículo a territorio nacional sin que su consignatorio hubiese presentado la declaración de despacho el bien será susceptible de ser declarado en abandono legal en favor de la Nación, en los términos de los artículos 61 y 69 del Decreto 2666 de 1984, así se pronunció la Administración mediante el primero de los actos acusados, es decir, la resolución No. 604 de 25 de septiembre de 1992, confirmado por los demás actos cuya nulidad se solicita.

3o.- Además, a pesar de que en aplicación del artículo 63 del Decreto 2666 de 1984 el actor tuvo la oportunidad de rescatar el vehículo antes de la ejecutoria de la providencia que declaró su abandono, en el proceso no aparece acreditado que hubiese hecho uso de tal derecho.

4o.- Por lo que respecta a las actuaciones adelantadas por la Administración de la Aduana Nacional Regional Buenaventura con la finalidad de proceder al retiro del vehículo de las bodegas administradas por la Empresa Puertos de Colombia antes de la expedición del acto de declaratoria de su abandono legal, sobre las cuales se centra en gran parte la sustentación del recurso, la Sala considera que si bien ellas no podían fundamentarse válidamente en el artículo 9o. transitorio del Decreto 1105 de 1992, invocado para dicho fin, puesto que sus mandatos regulan una materia distinta y para otros efectos, las mismas en nada afectan la validez de los actos enjuiciados, en la medida en que su sustento jurídico está dado por las normas que se transcribieron al inicio de este acápite, de imperativa aplicación en los casos de inercia, inactividad, descuido o negligencia de quienes importen bienes al país como efectivamente acaeció en el asunto sub júdice, y sobre lo cual el actor ha guardado absoluto silencio durante el trámite del proceso con la presumible intención de sacar provecho de tales conductas omisivas, solo atribuibles a sí mismo y en ningún momento a la Administración.

En las anotadas circunstancias ha de concluirse que el actor no desvirtuó la presunción de legalidad que ampara a los administrativos, como los demandados, por lo cual debe procederse a la confirmación de la sentencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, el Concejo 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.- CONFIRMARSE la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Segunda, de fecha 17 de junio de 1994.

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.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ILEGALIDAD SOBREVINIENTE - Derogación Tácita. **FALLO INHIBITORIO**

Como lo advirtió la Sala al resolver la solicitud de suspensión provisional, y ahora lo reitera, esta jurisdicción no está instituida ni autorizada para declarar la nulidad de un acto administrativo cuando en virtud de normas posteriores a su expedición se hace una regulación diferente a la contenida en él, que conduce a su derogatoria. En diversos pronunciamientos ha precisado la Sala que no puede entrar a analizar el fenómeno de la ilegalidad sobreviniente, que genera la derogatoria del acto mas no su nulidad, ya que ésta sólo puede descansar, para el caso, según lo prescribe el artículo 84 del C.C.A., en las normas legales en que deberían fundarse, vale decir, vigentes al momento de su expedición.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia Expediente No. 2856 Acción: Nulidad. Actora: ASOCIACION DE TECNICOS ELECTRICISTAS DE SANTANDER "ATES" Y OTROS.

LA ASOCIACION DE TECNICOS ELECTRICISTAS DE SANTANDER "ATES" y los ciudadanos JESUS ANTONIO CACUA PORTILLA Y JAVIER ALEJANDRO ACEVEDO GUERRERO, en ejercicio de la acción, pública consagra en el artículo 84 del C.C.A., han presentado demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 1186 de 6 de Agosto de 1970 "Por la cual se adopta la Clasificación Nacional de Ocupaciones", expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; y de la Clasifica-

ción Nacional de Ocupaciones, elaborada conjuntamente por la División de Empleo y Recursos Humanos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Nacional de Aprendizaje (SENA), adoptada por la Resolución anterior.

I-. CAUSA PETENDI

I.1-. Como normas violadas se invocan en la demanda los artículos 1o. de la Ley 19 de 1990 y 1o. a 3o. del Decreto Reglamentario No. 991 de 1991.

En el acápite denominado "NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION" la actora expone, principalmente, la siguiente censura:

Los actos acusados han de ser anulados por ilegales en cuento a su objeto, por cuanto el contenido mismo es contrario a una norma jurídica superior, es decir, a la Ley 19 de 1990 y su, Decreto Reglamentario. Y a pesar de que la Clasificación Nacional de Ocupaciones desapareció de la vida jurídica por mandato del artículo 13 de la citada Ley 19 de 1990, se exige la decisión jurisdiccional para tener la certeza jurídica sobre la legislación aplicable a los profesionales Técnicos Electricistas.

La Ley 19 de 1990 en su artículo 1o. define quién es Técnico Electricista y sus funciones, pero esta definición no concuerda con la Clasificación Nacional de Ocupaciones 034 y 034.05 adoptada mediante la Resolución acusada.

De un simple y elemental análisis comparativo de los artículos 1o. de la Ley 19 de 1990 y 1o. y 2o. del Decreto Reglamentario No. 991 de 1991, se concluye que la clasificación que acoge la Resolución acusada es restringida, encuadrando la actividad del Técnico Electricista como un simple auxiliar del Ingeniero Eléctrico, cuándo conforme a las normas enunciadas ello sólo es una de las varias clases de Técnicos Electricistas.

La Ley y su Decreto Reglamentario dignificaron una profesión, ampliaron la actividad del Técnico Electricista, organizaron el gremio y derogaron las disposiciones que le fueran contrarias. Sin embargo, el Ministerio de Minas y Energía y las Electrificadoras del país aplican la clasificación desueta de 1970.

I.2-. Dentro de la oportunidad prevista en el artículo 208 del C.C.A., la demandante corrigió la demanda y además de reiterarse lo expuesto en la demanda inicial adujo que los actos acusados han perdido su fuerza ejecutoria, si alguna vez la tuvieron, pues ellos no constituyen reglamento de la profesión y, en los términos de los artículos 66 y 67 del C.C.A., debieron suspender o derogarse por la

autoridad que los produjo, pero como ello no sucedió corresponde al Consejo de Estado declarar su nulidad.

II-. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

No obstante haberse notificado a la demandada: la Nación-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-, ésta no contestó la demanda.

En la etapa de alegaciones sólo hizo uso de este derecho la actora para reiterar los planteamientos expuestos en la demanda y corrección de la misma.

La demandada ni la Agencia del Ministerio Público alegaron de conclusión.

III-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como lo advirtió la Sala al resolver la solicitud de suspensión provisional, y ahora lo reitera, esta Jurisdicción no está instituida ni autorizada para declarar la nulidad de un acto administrativo cuando en virtud de normas posteriores a su expedición se hace una regulación diferente a la contenida en él, que conduce a su derogatoria.

En diversos pronunciamientos ha precisado la Sala que no puede entrar a analizar el fenómeno de la ilegalidad sobreviniente, que genera la derogatoria del acto más no su nulidad, ya que ésta sólo puede descansar, para el caso, según lo prescribe el artículo 84 del C.C.A., en las normas legales en que deberán fundarse, vale decir, vigentes al momento de su expedición.

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a un pronunciamiento inhibitorio, 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:

INHIBESE de proferir pronunciamiento de fondo con base en lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Devuélvase a la actora la suma de dinero depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada

Cópiese, notifiquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 23 de Febrero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: La sentencia anterior fue impugnada mediante el recurso extraordinario de súplica radicado en el número S-475, Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

MEDIO AMBIENTE. VERTIMIENTO - Desechos Industriales. **INDERENA** - Facultades. **TASA RETRIBUTIVA** - Cobro

En síntesis, se tiene que el INDERENA, como EMAR, y con base en lo dispuesto en los artículos 142 y 147 del Decreto 1594 de 1984, tiene como función ejercer el control de las consecuencias de las actividades de las empresas, a raíz del vertimiento de sustancias nocivas en el recurso agua. Dicha función corresponde a la prestación de un servicio público, razón por la cual la entidad demandada estaba en su derecho de cobrar la tasa retributiva como contraprestación del referido servicio de control.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de Febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia Expediente No. 3082. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Actor : Pigmentos y Productos Químicos S.A.

Se dice el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia de 30 de Junio de 1994, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia, que denegó las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1-. La sociedad PIGMENTOS Y PRODUCTOS QUIMICOS S.A., a través de apoderado y en ejercicio de la sección consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1a): Son nulas las Resoluciones Nos. 0129 del 20 de Marzo de 1990 y 0298 del 20 de Junio del mismo año, expedidas por el Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, INDERENA - Regional Antioquia, a través de las cuales, se dispuso: por medio de la primera, se ordenó a la demandante cancelar la suma de $16.035.474.oo por concepto de la tasa y retribuida correspondiente al primer semestre de 1990; y, por la segunda, se resolvió el recurso de reposición "interpuesto contra la primera de las citadas, rebajando la contribución inicial a la suma de $8.130.125.oo

2a): A título de restablecimiento del derecho se disponga que la demandante no está obligada a pagar la tasa retributiva de que tratan dichas providencias.

I.2-. En apoyo de sus pretensiones, la demandante adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1o): Se violó el artículo 142 del Decreto 1594 de 1984 por cuanto establece que la utilización directa o indirecta de los ríos, se sujetará al pago de tasas retributivas del servicio de eliminación o control de las consecuencias de las actividades nocivas. El vocablo "tasa", ha de entenderse como una relación de cambio en virtud de la cual se pagaría una suma de dinero contra la prestación de un determinado servicio público.

2o): El artículo 147 *ibídem* en sus literales a) y b) señala, respectivamente, que 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; y que cuando se adelante 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.

Del literal a) se infiere que mientras no se lleve a cabo el servicio de eliminación o control señalados, no existe causa legal que obligue al pago de la tasa retributiva, cuestión que no ha tenido cumplimiento por parte de quien pretende recaudar o de cualquiera otra entidad perteneciente a las EMAR.

De otra parte, lo consignado en el literal b) hace suponer que cuando el control o el servicio de eliminación lo presten varias entidades, debe existir entre ellas un acuerdo respecto de la participación que corresponde a cada interviniente.

En el presente caso, ningún servicio de eliminación o control ha prestado el INDERENA, a menos que por tal se entienda la fijación de la tasa retributiva

consignada en la Resolución impugnada, cuyo monto ingresará exclusivamente a sus arcas, no por un servicio sino por un acto originado en un exceso de poder, que además deja por fuera al Ministerio de Salud y demás entidades que pudieran concurrir con ella en dicho control y servicio.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para negar las pretensiones del libelo demandatario, consideró el *a quo*, en esencia, lo siguiente:

Es importante precisar que con base en el Decreto No. 1594 de 1984, en el caso *sub-júdice* el sentido y alcance del término "tasa" no es el de contraprestación o precio que el usuario debe pagar por la prestación de un servicio a cargo del INDERERNA, sino que consiste en una retribución que debe hacer quien produce vertimientos al recurso, por permitírsele que use en beneficio particular, un bien cuyo uso se concede por la ley a todos los habitantes, dentro de los límites del interés común.

De los artículos 142, 145, 147 y 148 del mencionado Decreto, se deduce para el *sub lite* que el INDERENA no está prestando un servicio público, sino que simplemente el legislador le ha asignado, en su calidad de EMAR, la competencia para particularizar una tasa señalada de manera general en el referido estatuto.

No hay relación conmutativa ante el usuario del recurso, o sea, la sociedad demandante y el INDERENA, ya que no hay prestaciones completamente equivalentes. El artículo 142 establece que por el solo hecho de verter desechos o desperdicios líquidos industriales en bienes que por disposición de la ley son de uso público, se debe pagar una tasa retributiva, sin que el usuario espere contraprestación alguna. Lo anterior es reiterado por los artículos 145 y 148, al disponer que la tasa retributiva no exonera a los usuarios del cumplimiento de las obligaciones relativas a las normas de vertimiento, ni de la aplicación de las medidas preventivas o de seguridad. Así mismo establece que a los usuarios que cumplan con dichas normas se les señalará la tasa retributiva ordinaria diaria.

Al tenor del artículo 147 del Decreto No. 1594 de 1984, concordante con el artículo 162 *ibídem*, las EMAR recaudará el producto de la tasa retributiva cuando lleven a cabo el servicio de eliminación de los desechos o realicen el control de las consecuencias de tales actividades nocivas.

Las pruebas allegadas al proceso, en especial el expediente No. OA-121 que lleva el INDERENA a la sociedad demandante, permite confirmar que el citado

Instituto, en su calidad de EMAR, ha ejercido una vigilancia y control general sobre la actora, para dar cumplimiento a las disposiciones del Decreto no 1594 en referencia. Las actividades realizadas implican un costo administrativo y si bien no son un servicio público, la ley faculta al INDERENA para fijar la tasa retributiva de acuerdo con los parámetros previamente establecidos en las normas pertinentes.

Por lo anterior, la tasa retributiva que el INDERENA cobró a la Sociedad PIGMENTOS Y PRODUCTOS QUIMICOS S.A. por el primer semestre de 1990, no contraría el Decreto No. 1594 de 1984 y, en consecuencia, las Resoluciones impugnadas se ajustan a derecho.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El motivo de discrepancia del recurrente con la sentencia apelada lo hizo descansar, al interponer el recurso, en el hecho de que las pruebas allegadas al proceso por la entidad demandada, no constituyen suficientes elementos de juicio para considerar que ellas implican el cumplimiento de los dispuesto en los artículos 142 y 143 del Decreto No. 1594 de 1984, en lo que a tasa retributiva se refiere.

La mayoría de los autores, entre ellos Tamagno, han considerado la tasa como una relación de cambio en virtud de la cual se pagará una suma de dinero en contraprestación de un determinado servicio público. El concepto anterior toma mayor fuerza, cuando al vocablo "tasa" se le adiciona con el calificativo de "retributivo", tal y como aparece en el Decreto No. 1594 de 1984.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado considera que la tasa ocupa un lugar definido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que la distingue de los impuestos y de las contribuciones.

Se han entendido las tasas como la recuperación de los costos de los servicios que se les presten a los contribuyentes (energía, aseo, acueducto, etc.). Su pago es opcional y discrecional, en el sentido de que su cobro depende de la utilización del servicio público.

Es cuestionable lo sostenido por el Tribunal en el sentido de que no pueden haber prestaciones equivalentes entre las partes y que si bien el control que ejerce el Instituto sobre la empresa demandante no es un servicio público, "la ley autori-

za al INDERENA para fijar una tasa retributiva de acuerdo con los parámetros previamente establecidos en las normas pertinentes".

Lo anterior, por cuanto el Tribunal desnaturaliza el concepto jurídico de "tasa retributiva" que contiene el Decreto No. 1594 de 1984. Siendo la noción de "tasa retributiva" uno de aquellos conceptos que el artículo 29 del Código Civil denominaría técnicos, para interpretarlo se debe tomar "en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte". No hay duda de que el Tribunal al estimar los artículos 142 y 147 del Decreto No. 1594 de 1984 no exigen una contraprestación sino tan solo "una retribución que debe pagar quien produce vertimientos al recurso", interpreta erradamente la norma que habla de "tasa retributiva". El Tribunal ha debido diferenciar tal concepto del de "tasa de uso de aguas", a que se refiere el Decreto No. 1511 de 1978, reglamentado por los artículos 42 y 43 de la Ley 99 de 1993.

Debe por tanto establecerse si la labor realizada por el INDERENA que aparece probada en el proceso, es en efecto de aquellas que los artículos supuestamente violados exigen para el cobro de la tasa.

En efecto, de los anteriores artículos se deduce que dos son los servicios que podría prestar el INDERENA para el cobro de la tasa: "Servicios de eliminación o control de las consecuencias de las actividades nocivas", a que se refiere el artículo 142 del Decreto No. 1594 de 1984.

El INDERENA no ha realizado gestión alguna de eliminación de las consecuencias de los vertimientos, lo que está probado en el expediente y además es reconocido por el propio INDERENA. En lo que existe desacuerdo es si se presentó o no el control de las consecuencias nocivas.

Dentro del proceso se probó que el INDERENA en ejercicio de tal función, ha realizado visitas técnicas para identificar los problemas ambientales producto de los vertimientos; ha realizado análisis de los estudios presentados por la demandante; ha procurado el cumplimiento de la ley ambiental y para este efecto ha expedido autos y actos administrativos, de todo lo cual se encuentra prueba en el expediente que adelantó el INDERENA a la actora.

El INDERENA no ha utilizado el dinero recogido con el producto del cobro de las tasas retributivas para contribuir a solucionar el problema ambiental concreto que genera la industria que las ha pagado, sino que los invierte en "diferentes proyectos" para la recuperación de los recursos naturales en diferentes partes del país.

Este dinero se ha destinado también a sufragar los gastos que generaron las actuaciones administrativas descritas, lo cual es también válido dentro de la aplicación del concepto de tasa retributiva.

En consecuencia, las Resoluciones impugnadas se ajustan al Decreto No. 1594 de 1984, específicamente a sus artículos 142 y 147, razón por la cual la sentencia apelada debe ser confirmada.

Sin embargo, se considera que si bien el cobro de la tasa retributiva en cuestión tiene su causa en las labores de control de que trata el artículo 147, la labor del INDERENA ha sido deficiente, puesto que nunca ha desarrollado la tarea más importante, cual es, "eliminar las consecuencias de las actividades nocivas" de que trata el mismo artículo.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los artículos 142 y 147 del Decreto No. 1594 de 1984, que la sociedad demandante considera violados, son del siguiente tenor:

"Artículo 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 servicios 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".

"Artículo 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 adelanten por parte del Ministerio de Salud o sus entidades delegadas, con su participación, así como por cualquiera otras entidades, deberá previamente convenirse entre ellas el porcentaje de participación que a cada una corresponde".

El recurrente considera que las pruebas obrantes en el proceso no permiten concluir que el INDERENA cumplió con lo dispuesto en los artículos 142 y 143 en lo que a tasa retributiva se refiere.

Del artículo 142 se infiere claramente que el cobro de la tasa retributiva tiene su origen o bien en el servicio de eliminación de las actividades nocivas o bien en el servicio de control sobre las consecuencias de las mismas.

Pues bien, a folios 62 y siguientes del cuaderno principal, obra el testimonio rendido por el señor William de Jesús Ramírez Vásquez, empleado de la Sección Ambiental del INDERENA, quien a la pregunta de si ha realizado dicho Instituto algún tipo de control sobre los vertimientos de la empresa demandante, contestó que la tasa retributiva cobrada y la exigencia de un estudio de tratabilidad, tuvieron como origen el proceso de control que a su vez se inicia con la presentación de la caracterización. A la pregunta de con base en qué se fijó el valor de la tasa retributiva a la sociedad en cuestión, contestó que se liquidó con base en los parámetros y ecuaciones del artículo 143 del Decreto No. 1594 de 1984. A la pregunta de en qué ha consistido el control del INDERENA sobre los vertimientos de Pigmentos S.A., respondió que ha consistido en los requerimientos que se han hecho a la empresa, los cuales, como lo estipula el artículo 173 del mismo Decreto, pueden consistir solamente en la solicitud de una caracterización.

De otra parte, el gerente de la sociedad demandante también rindió testimonio, que obra a folios 69 y 70 del cuaderno principal, y quien a la pregunta de si es cierto o no que el INDERENA les pidió que presentaran una caracterización de los residuos líquidos y que si con base en la misma se liquidó la tasa retributiva, contestó afirmativamente, aclarando que dicha tasa fue mal liquidada.

En efecto, a folio 51 del anexo No. 3082, aparece la comunicación de 13 de Diciembre de 1988 dirigida por la empresa demandante al INDERENA, donde se dice que "...les enviamos el informe sobre la actualización de la caracterización de nuestra descarga de agua, según lo solicitado en sus comunicaciones de Octubre y Noviembre de 1988...".

Así mismo a folio 96 *ibidem* figura la respuesta dada por la sociedad actora al INDERENA, con ocasión de la comunicación de 31 de Octubre de 1990, donde se le solicita la presentación del estudio de tratabilidad de que habla la Resolución No. 129 del 20 de Marzo de 1990.

De igual manera, a folios 57 a 61 del cuaderno principal, se encuentran las respuestas a los exhortos librados por el Tribunal de primera instancia, en las cuales el INDERENA informa el control que realiza sobre la sociedad PIGMENTOS Y PRODUCTOS QUIMICOS S.A., en cumplimiento del Decreto No. 1594 de 1984 y con ocasión del vertimiento de residuos líquidos en el Río Medellín, así:

"...- Visitas Técnicas

Exigencias Técnicas.

Análisis de los estudios presentados por el tratamiento de vertimientos.

Vigilancia del cumplimiento de la Ley en materia ambiental

Expedición de Autos y Actos Administrativos para requerir el cumplimiento de la Ley...".

Las anteriores pruebas, que no fueron controvertidas, ponen de presente que en efecto el INDERENA ejerció antes de la expedición de los actos acusados, su función de control, al exigir a Pigmentos y Productos Químicos S.A., la actualización de la caracterización de sus descargas. Además, se evidencia que con posterioridad a la expedición de las Resoluciones impugnadas, continuó dicho control, al solicitar la presentación del estudio de tratabilidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 173 del Decreto No. 1594 de 1984, que reza:

"Para comprobar que el usuario cumple con las normas de vertimiento, se deberán realizar por parte de la EMAR, controles que incluyen, por lo menos, los siguientes aspectos:

a) Caracterización de los vertimientos;

b) Comprobación de construcción de obras de acuerdo a los diseños aprobados;

c) Comprobación de que las firmas involucradas en el diseño, construcción y montaje de las obras, se ajusten a los requerimientos previstos;

d) Comprobación de las especificaciones y operación de los equipos y sistemas instalados".

En síntesis, se tiene que el INDERENA, como EMAR, y con base en lo dispuesto en los artículos 142 y 147 del Decreto No. 1594 de 1984, tiene como función ejercer el control de las consecuencias de las actividades de las empresas, a raíz del vertimiento de sustancias nocivas en el recurso agua. Dicha función corresponde a la prestación de un servicio público, razón por la cual la entidad demandada estaba en su derecho de cobrar la tasa retributiva, como contraprestación del referido servicio de control.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 23 de Febrero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ISS - Funciones. **EMPRESA. CLASIFICACION DE RIESGOS** - Graduación. **ACTIVIDAD DE CONSULTORIA. ACTIVIDAD DE INTERVENTORIA**

Es un hecho indiscutible que el grado de riesgo para efectos de la clasificación de las empresas ante el Instituto de Seguros Sociales, que determina el valor de la cotización que corresponde sufragar al patrono para amparar accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se establece teniendo en cuenta la actividad principal o predominante que desarrollan aquéllas. Esta actividad predominante, que necesariamente está enmarcada dentro del objeto social, no es sinónimo de todas las actividades que puede realizar una empresa en desarrollo del mismo. En efecto, bien puede suceder que el objeto social sea amplio pero que en la práctica la actividad predominante se circunscriba a una o varias de las actividades previstas y no a todas. Resulta claro para la Sala que la actividad de consultoría no entraña en sí misma un riesgo, pues generalmente se desarrolla a nivel técnico. En cuanto a la actividad de interventoría, si bien es cierto que está íntimamente ligada a la de la construcción, como quiera que tiene por objeto supervisar o vigilar que la obra se construya de conformidad con lo estipulado en el contrato, no lo es menos que el interventor no es quien ejecuta la obra y ello de suyo descarta la existencia de un mismo riesgo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia Expediente No. 3142. Consulta de la Sentencia de 16 de junio de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actora: Sociedad Estudios Técnicos S.A.

Se decide el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de 16 de junio de 1994, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual se declaró la nulidad de las Resoluciones números 204 de 31 de Diciembre de 1987, 295 de 8 de Julio de 1988 y 00002832 de 13 de julio de 1989, proferidas, las dos primeras, por la Sub-Comisión de Clasificación de Empresas de la Seccional Cundinamarca del Instituto de Seguros Sociales, y, la última, por el Director general del Instituto de Seguros Sociales, por medio de las cuales se aprobó para la Empresa Estudios Técnicos S.A., la clasificación en el grupo económico 400, clase V, grado 80, No. de orden 140; y, a título de restablecimiento del derecho, declaró que la sociedad Estudios Técnicos S.A., inscrita bajo el No. Patronal 01-00-82-05381, continúa ubicada en la Clase de Riesgo I, Grado de Riesgo 06, Actividad Económica 826, como oficina de arquitectos e ingenieros, sin intervención directa en construcciones y que el Instituto de Seguros Sociales deberá devolver a la demandante las sumas de dinero percibidas en exceso como consecuencia del pago de los aportes equivalentes a la clasificación dispuesta mediante los actos que se anulan, en lugar de los correspondientes a la clasificación que tenía dicha Sociedad antes de la expedición de los mismos.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. la Sociedad ESTUDIOS TECNICOS S.A., a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en al artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

a): La nulidad de la Resolución No. 204 de 31 de Diciembre de 1987 "Por la cual se Modifica la Clasificación de una Empresa inscrita al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca y D.E", expedida por la Sub-Comisión de Clasificación de Empresas del Instituto de Seguros Sociales, Sección Cundinamarca y D.E.

b: La nulidad de la Resolución No. 295 de 8 de Julio de 1988" por la cual se ratifica una empresa inscrita en el Seguro Social obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la Sección Cundinamarca y D.E., expedida por la misma Sub-Comisión.

c): La nulidad de la Resolución No. 00002832 de 13 de julio de 1989 "Por la cual se resuelve un recurso de Apelación", expedida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales.

d): Se restablezca en el derecho a la sociedad actora en el sentido de:

a): Ordenar al Instituto de Seguros Sociales que la empresa ESTUDIOS TECNICOS S.A., inscrita inicialmente bajo el No. patronal 01-008205381, continúe ubicada en la clase de riesgo I, grado de riesgo 6, grupo económico 826, como oficina de arquitectos e ingenieros, para sus trabajadores administrativos o de oficina(sin intervención directa en la construcción) y no en la nueva clasificación, en el grupo económico 400, clase V, grado 80, No. de orden 140, como lo dispusieron los anteriores actos administrativos.

b): Condenar al Instituto de Seguros Sociales a reintegrar o devolver a ESTUDIOS TECNICOS S.A., las sumas de dinero que como consecuencia de la reclasificación pague o entregue ésta a aquél.

I.2-. En apoyo de las prestaciones se citan en la demanda como violados los artículos 2o, 16, 20 y 24 de la Constitución Nacional de 1886; 56 de la Ley 90 de 1946; 19 y 24 a 27 del Acuerdo No. 169, emanado del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el Decreto No. 3169 de 1964; y 47, 50, 51, 53 y 58 del Acuerdo No. 155 de 1963, emanado del mismo Consejo, aprobado por el Decreto No. 3170 de 1964.

I.3-. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron la etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

La primera instancia culminó con la sentencia de 18 de junio de 1994, la cual, al no haber sido apelada, debe ser consultada.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA CONSULTADA

Para decidir en la forma anterior señalada, consideró el a quo, en esencia, lo siguiente:

1o): La Ley 90 de 1964, por la cual se estableció el seguro social obligatorio y se creó el Instituto Colombiano de Seguro Sociales, dispuso en su artículo 56 que las cotizaciones del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderán exclusivamente al patrono. Igualmente, estableció que para fijar el monto de la cuota que se le asigne a cada categoría de empresas, los reglamentos generales determinarán las clases de riesgos, los grados de riesgos que implique cada clase y la distribución de las empresas entre las distintas clases de riesgo de acuerdo con unas reglas que también señala, dentro de las cuales se destacan las siguientes: a): La asignación de un grado de riesgo a las empresas se hace según el peligro relativo que presenten, debiéndose asignar el grado de riesgo

más elevado a la empresa más peligrosa, de modo que las categorías de empresas se dividirán en clases de riesgo y cada una de éstas se subdividirán en varios grados de riesgo; b): La distribución de las categorías de empresas en las clases de riesgo y la fijación de los grados de riesgo de cada clase se establecerán según los resultados de las estadísticas de riesgos profesionales.

De acuerdo con lo expuesto, el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales expidió los Acuerdos Nos. 155 de 1963 "Por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales", y, 169 de 1964 "Por el cual se dicta el Reglamento de Inscripciones, Clasificación de Empresas y Aportes para el Seguro Social Obligatorio de Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales", Acuerdos estos que fueron aprobados por los Decretos Nos. 3170 y 3169 de 1964 respectivamente.

2o): Los artículos 19 del Acuerdo No. 169 de 1964 y 47 del Acuerdo No. 155 de 1963 desarrollan el artículo 56 de la Ley 90 de 1946 y clasifican las empresas según el peligro que presenten, en cinco clases de riesgo. La clase I: riesgo ordinario de vida; clase II: riesgo bajo; clase III: riesgo medio; clase IV: riesgo alto; clase V: riesgo máximo. Igualmente establecieron que las anteriores clases de riesgo comprenden a su vez una escala de grados de riesgos del 1 al 100, en la cual se señalan los puntos inferior, medio y máximo, como se indica en la tabla que elaboró.

El artículo 24 del Acuerdo No. 169 de 1964 dispone que le corresponde a la Comisión de Clasificación de Empresas del Instituto de Seguros Sociales y a las Subcomisiones de las Cajas Seccionales y oficinas locales, en su jurisdicción, la clasificación de cada empresa o establecimiento en una determinada clase de riesgo y el señalamiento del grado de riesgo que le corresponda dentro de la respectiva clase, de acuerdo con las siguientes reglas:

a): La inclusión de una determinada empresa en una clase de riesgo será hecha teniendo en cuenta la principal actividad que desarrolla, sin que puedan hacerse discriminaciones de personal dentro del mismo establecimiento para dicha clasificación. Pero, si una misma empresa tuviere más de un establecimiento o centro de trabajo, se podrá clasificar a cada uno por separado, siempre que la actividad predominante en cada uno de ellos fuere distinta.

b): Cuando una empresa tenga varios centros de trabajo con actividades similares o diferentes en diversas localidades por lo cual reciba número patronal distinto, según la localidad en que se encuentren, cada unidad será clasificada independientemente de las otras de acuerdo con el grado de peligrosidad que presenten.

c): El señalamiento de grado de riesgo a las empresas, dentro de la clase que le corresponda, se hará según el peligro relativo que presenten, teniendo en cuenta para ello las estadísticas sobre frecuencia y severidad de los riesgos ocurridos y las condiciones de seguridad e higiene del trabajo. Para el efecto el Instituto practicará inspecciones a los establecimientos y lugares de trabajo a fin de establecer las mencionadas condiciones de seguridad e higiene y las medidas tomadas por las empresas tendientes a la prevención de los riesgos.

3o): La empresa Estudio Técnicos S.A., fue inscrita inicialmente en la Clase I, Grado de riesgo 06, dado que se consideró que la actividad que desarrollaba era la correspondiente a la de ingenieros arquitectos sin intervención directa en construcción. Y a través de los actos acusados el Instituto de Seguros Sociales cambió la clasificación y en lugar de ubicarla en la Clase I la incluyó en la Clase V, o sea, en el riesgo máximo, al considerar que la actividad económica principal que desarrolla la empresa es la explotación de la industria de la construcción en todas sus fases y ramas y la presentación de servicio de interventoría.

4o): Para dilucidar la controversia, se tiene que de conformidad con el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá acompañado con la demanda, el objeto social de la sociedad demandante es el de "Resolver consultas de toda índole relacionadas con la ingeniería, la administración, las finanzas, la economía y la arquitectura en el sentido más alto, explotar la industria de la construcción en todas sus fases y ramas, prestar asesoría técnica en todo lo relacionado directa o indirectamente con la ingeniería, la administración, las finanzas, la economía, la construcción y la arquitectura, prestar los servicios de interventoría". Es decir, que de acuerdo con ese objeto social la empresa actora sí puede explorar la industria de la construcción en todas las fases y formas. Pero la circunstancia de que dentro de un objeto social tan amplio, la demandante tenga la posibilidad de desarrollar la actividad económica de la construcción, no significa que, en realidad, forzosamente se tenga que entender que desarrolla dicha actividad, puesto que, con base en ese objeto social puede desarrollar actividades dicha, como son las de resolver consultas en relación con la arquitectura, la ingeniería y aún de otras profesiones- la administración, las finanzas y la economía- y la de prestar los servicios de interventoría.

Según el artículo 26 del Acuerdo No. 169 de 1964 la actividad económica de la construcción que da lugar a la ubicación de una empresa en la Clase V es la construcción de casas, edificios, caminos, ferrocarriles, presas, calles, oleoductos y la construcción de torres de petróleo, tanques elevados, funiculares, cables aéreos. Por su parte, el artículo 309 del Código Sustantivo del Trabajo entiende por obras o actividades de construcción las que tienen por objeto construir cualquier clase de casas o edificios y las inherentes a esta construcción.

5o): Según los conceptos anteriores, observa la Sala que la sociedad actora no desarrolla actividades que se puedan encuadrar como de construcción para los efectos de la clasificación de la clase y grado de riesgo por parte del Instituto de Seguros Sociales y con el objeto de señalar la cuantía de la cotizaciones del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Se llega a esa conclusión por lo siguiente:

a): En la diligencia de inspección judicial practicada en las instalaciones de la sociedad demandante con base en los archivos y documentos se verificó que ella desarrolló como actividades principales las de consultoría en los campos de los diferentes contratos celebrados- los ya ejecutados- y los que se encuentran en ejecución (folios 161 a 164 cuaderno 1' y cuaderno 3); b): De acuerdo con los antecedentes administrativos que condujeron a expedir los actos acusados, la decisión del cambio de la clasificación de la Empresa actora no obedeció a la realización de una visita que efectivamente desarrollaba aquélla, sino a la ocurrencia de un accidente de trabajo de un trabajador -inspector de obra- que el Instituto de Seguros Sociales consideró desarrollaba una actividad económica diferente a la inicialmente señalada. Es decir, que los motivos invocados por la Administración para el cambio de la clasificación no fueron suficientemente demostrados y, por tanto, no se establecieron unos elementos nuevos a los que existían para el momento en que la sociedad demandante se encontraba clasificada en la Clase I, puesto que la circunstancia de que un trabajador desarrollara funciones de inspector de obra, no implicaba necesariamente que la actividad económica principal de la actora fuese la de la construcción; c): De acuerdo con el artículo 115 del Decreto Ley 222 de 1983, qué regía para la época de la expedición de los actos acusados, la actividad de la consultoría consiste en la realización de los estudios requeridos previamente para la realización de un proyecto de inversión, los estudios de diagnóstico, prefactibilidad para programas o proyectos especificados, así como las asesorías técnicas y de coordinación. Y la interventoría, según el artículo 120 del mismo Decreto Ley 222, es la actividad mediante la cual se verifica la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas de obras. De lo dicho se deduce que las actividades de consultoría y de interventoría no implican la ejecución de obras y, por tanto, la peligrosidad de las mismas es menor que la relacionada con la actividad de construcción de obras, razón por la cual las empresas que desarrollan las primeras no deben quedar clasificadas en la misma Clase V, para efectos de las cotizaciones de los seguros por enfermedad profesional y accidentes de trabajo, ya que los riesgos son menores.

En consecuencia, se tiene que el Instituto de Seguros Sociales al expedir los actos acusados infringió los artículos 24 del Acuerdo No. 169 de 1964 y 51 del Acuerdo No. 155 de 1963, aprobados por los Decretos Nos. 3169 y 3170 de 1964

respectivamente, al reclasificar a la sociedad actora en una clase de riesgo, sin tener en cuenta la principal actividad económica que ésta desarrolla - consultoría e interventoría-.

III-. ALEGATOS

Durante el trámite de la consulta, solo hizo uso del derecho de alegar el apoderado de la entidad demandada, quien solicita la revocatoria de la sentencia, porque la actuación de ésta se ciñó a la más estricta legalidad. En efecto, se comprobó en una visita practicada a la sociedad actora que las personas accidentadas (un conductor y un inspector de obra), estaban inscritas en una clase y grado de riesgo correspondiente a personal administrativo o de la oficina, hecho que condujo al Instituto de Seguros Sociales a reclasificarla, como en efecto lo hizo, basado en el artículo 24 del Acuerdo No. 169 de 1964, aprobado por el Decreto No. 3169 del mismo año; y, además, teniendo en cuenta que una de las actividades principales de esa empresa es la interventoría, la cual por su misma naturaleza implica la supervisión directa de la obra contratada, supervisión que entraña un riesgo igual al que corren los trabajadores que ejecutan la obra (folios 5 a 7 cuaderno 2).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Es un hecho indiscutible que el grado de riesgo para efectos de la clasificación de las empresas ante el Instituto de Seguro Sociales, que determina el valor de la cotización que corresponde sufragar al patrono para amparar accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se establece teniendo en cuenta la actividad principal o predominante que desarrollan aquéllas.

Esta actividad predominante, que necesariamente está enmarcada dentro del objeto social, no es sinónimo de todas las actividades que puede realizar una empresa en desarrollo del mismo. En efecto, bien puede suceder que el objeto social sea amplio pero que en la práctica la actividad predominante se circunscriba a una o varias de las actividades previstas y nó a todas.

En el caso *sub exámine*, de las pruebas recaudadas en el proceso se infiere que la actividad principal de la demandante no es la de la construcción, actividad esta que implica un alto riesgo, sino la de consultoría e inteventoría.

Resulta claro para la Sala que la actividad de consultoría no entraña en sí misma un riesgo, pues generalmente se desarrolla a nivel teórico. Así se desprende del contenido del objeto de los contratos cuyas fotocopias se obtuvieron en la diligencia de inspección judicial practicada por el a quo, obrante en el cuaderno No. 3.

En cuanto a la actividad de interventoría, si bien es cierto que ella está íntimamente ligada a la de la construcción, como quiera que tiene por objeto supervisar o vigilar que la obra se construya de conformidad con lo estipulado en el contrato, no lo es menos que el interventor no es quien ejecuta la obra y ello de suyo descarta la existencia de un mismo riesgo.

Estando demostrado que la actividad principal de la demandante no es la de la construcción y que la consultoría e interventoría no implican el mismo riesgo de aquélla, forzoso es concluir que los actos acusados infringieron los artículos 24 del Acuerdo No. 169 de 1964 y 51 del Acuerdo No. 155 de 1963, al reclasificar a la actora en una clase de riesgo, sin tener en cuenta su actividad principal o predominante.

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a confirmar la sentencia consultada.

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 consultada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 23 de Febrero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

NOTA DE RELATORIA: La Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 7 de septiembre de 1994, Exp. 4019, Ponente: Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA, Actor: SERVICIOS DON VAPOR LTDA., rectificó la jurisprudencia de dicha Sección, para señalar que los actos del ISS, referentes a la clasificación de riesgos de los trabajadores de las empresas, que aportan al ISS, son competencia de la jurisdicción del trabajo, de conformidad con los artículos 2o. del C.P.L.; 68 de la Ley 90 de 1946 y 52 del Decreto 721 de 1949.

FEDERACION NACIONAL DE CULTIVADORES DE PALMA AFRICANA. GARANTIA DE ENTIDADES PUBLICAS - Compromisos. **DOCUMENTO PRIVADO. MINISTROS** - Obligaciones. **ACTOS ADMINISTRATIVOS** - Inexistencia. **JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO** - Objeto

El demandante, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagra en el artículo 84 del C.C.A. solicita que se declare la nulidad, previa suspensión provisional, "del acto administrativo mediante el cual los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, Agricultura y Desarrollo Rural, Desarrollo Económico y Comercio Exterior, sirvieron como garantes de los compromisos que adquirieron la Federación Nacional de Cultivadores de Palma Africana y un grupo de industriales privados procesadores de ese producto". Las declaraciones de los señores Ministros que presuntamente conforman el acto demandado, están contenidas al final del documento denominado "Convenio marco para la absorción y el suministro de la producción nacional de aceite de palma africana". El presunto acto demandado está dado por una serie de "obligaciones" que adquieren los ministros que firman como "garantes" de una serie de "compromisos" que, a su vez, adquieren entre sí un grupo de entidades privadas. Es decir, que se trata de una "garantía" por parte de unas autoridades públicas, respecto de un documento privado. Sin embargo, al analizar con detalle las "obligaciones" adquiridas por los ministros firmantes, el Despacho encuentra que se trata de compromisos para realizar una serie de actividades o expedir actos administrativos futuros. Para el Despacho es evidente que dentro de contexto de las declaraciones de los ministros, estas presuntas "decisiones" son también expresiones de lo que ellos se comprometen a hacer, entre lo cual, como ya quedó registrado, se encuentra el compromiso de expedir la reglamentación "para la debida ejecución del presente Convenio Marco". Es decir, que las expresiones de los nu-

merales 1 y 2 no pueden tampoco entenderse como decisiones en sí mismas, sino como compromisos de adoptarlas a través de los instrumentos jurídicos que sean del caso. En las anteriores circunstancias, para el Despacho las declaraciones de los señores Ministros contenidas en el documento que firmaron como garantes y que es objeto de la presente demanda, no constituyen un acto administrativo susceptible de acción jurisdiccional. A lo anterior debe agregarse que, obviamente, no se está tampoco en presencia de un hecho, una omisión, una operación o un contrato, como tampoco lo pretende el demandante.

Consejo de Estado - Sala de lo Contenciosos Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de Febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 3195. Actor : Fernando Londoño Hoyos

El ciudadano Fernando Londoño Hoyos, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. solicita que se declare la nulidad, previa suspensión provisional, "del acto administrativo mediante el cual lo señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, Agricultura y Desarrollo Rural, Desarrollo Económico y Comercio Exterior, sirvieron como garantes de los compromisos que adquirieron la Federación Nacional de Cultivadores de Palma Africana y un grupo de industriales privados procesadores de ese producto.

Para resolver lo pertinente sobre la admisión de la demanda, se CONSIDERA:

1.- Las declaraciones de los señores Ministros que presuntamente conforman el acto administrativo demandado, están contenidas al final del documento denominado "Convenio Marco para la absorción y el suministro de la producción nacional de aceite de palma africana", firmado entre el Presidente de la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite -FEDEPALMA, de una parte, y los representantes de las siguientes entidades: Federación Colombiana de Fabricantes de Grasas y Aceites Comestibles -FECOLGRASAS, Asociación Nacional de Jaboneros y Productores de Detergentes -ANALJA-, GRASCO S.A., GRACETALES S.A., PROGRAL S.A., DETERGENTES S.A., JOBONERIA CENTRAL S.A., Fábricas Unidas de Aceites y Grasas Vegetales FAGRAVE S.A., Aceites y Grasas Vegetales S.A. -ACEGRASAS S.A.-, Sociedad Industrial de Grasas Vegetales SIGRA S.A. y DEL LLANO S.A., por otra parte.

Además, firman el convenio como "adherentes", de acuerdo con lo previsto en la Cláusula Décima Primera del mismo, los representantes de las siguientes entidades: Grasas y Derivados S.A. GRADESA, Duquesa S.A., Fábrica Nacional de Grasas Ltda. -FANAGRA-, Procesadores de Grasas y Aceites Vegetales Ltda. -PROGRAVE-, Grasas Vegetales S.A. -GRAVETAL-, Fábrica de Aceites y Margarinas del Magdalena S.A., -FAMAR-, Santandereana de Vegetales Comestibles -DISTRIACEITES LTDA.-

2.- Por su parte, el presunto acto administrativo demandado, conforme por las declaraciones de los citados ministros, que obran al final del convenio, son del siguiente tenor (fls 7 y 8 del Cdno No. 1):

"Como garantes de los compromisos que adquieren las partes que intervienen en el presente Convenio Marco, lo suscriben los doctores Guillermo Perry Rubio, en su condición del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Antonio Hernández Gamarra, en su condición de Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, Rodrigo Marín Bernal, en su condición de Ministro de Desarrollo Económico y Daniel Mazuera Gómez, en su condición de Ministro de Comercio Exterior quienes se obligan a:

"1. Las importaciones del complejo de semillas oleaginosas, grasas y aceites animales y vegetales, estarán sujetas a visto bueno del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. para quienes se acojan a los términos de este Convenio, la importación de aceites y grasas se mantendrá en régimen de libertad, salvo lo estipulado en el numeral 3 de la Cláusula Segunda y en el numeral 2 de la Cláusula Quinta.

"2. El visto bueno a las importaciones de la INDUSTRIA será automático e inmediato para quienes suscriban el presente Convenio Marco.

"3. Para contribuir al normal desarrollo de la producción y comercialización de la palma en Colombia y su inserción en los mercados internacionales, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural buscará con el Ministerio de Agricultura y Ganadería del Ecuador la adopción de un convenio similar al que aquí se plantea, dada la similitud de la problemática de la palma en ese país.

"4. El Gobierno Nacional se compromete a propiciar la creación de un Fondo para impulsar y promover las exportaciones de aceite de palma, sus fracciones y derivados y, en sus productos terminados, el equivalente en aceite crudo de plama, del cual harán parte FEDEPALMA, la INDUSTRIA y el GOBIERNO. Una vez creado este Fondo; el GOBIERNO estudiará las formas de sus aportes al mismo.

"5. En la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para la debida ejecución del presente Convenio Marco, éste garantizará que no se vulnerarán los actuales niveles de competitividad de toda la cadena de aceites y grasas.

"6. Habida cuenta de la estrecha interacción existente entre el aceite de palma, los demás aceites y grasas y las demás semillas oleaginosas, el Gobierno Nacional se compromete a que, en el caso de abrir negociaciones sobre convenios de absorción de cualquiera de los productos aquí enunciados, se invitará a participar en dichas negociaciones a los firmantes de este Convenio y las decisiones finales que en ellas se adopten no vulnerarán los niveles de competitividad de toda la cadena de aceites y grasas.

"7. El Gobierno Nacional se compromete a reglamentar los resultados de los Acuerdos Periódicos de Regulación del Mercado Nacional del Aceite de Palma y sus Fracciones, a que se lleguen en el seno del Comité de Concertación de que trata la Cláusula Octava del presente Convenio Marco.

"8. Estas obligaciones que el Gobierno Nacional adquiere en su calidad de garante del presente Convenio Marco, se cumplirán siempre que a su juicio, las Partes estén cumpliendo lo pactado en el Convenio Marco".

3.- De lo anterior se concluye fácilmente que el presunto acto demandado está dado por una serie de "obligaciones" que adquieren los ministros que firman como "garantes" de una serie de "compromisos" que, a su vez, adquieren entre sí un grupo de entidades privadas. Es decir, que se trata de una "garantía" por parte de unas autoridades públicas, respecto de un documento privado.

Sin embargo, al analizar con detalle las "obligaciones" adquiridas por los ministros firmantes, el Despacho encuentra que ellas se refieren a "buscar con el Ministerio de Agricultura y Ganadería del Ecuador la adopción de un convenio similar "(numeral 3); a "propiciar la creación de un Fondo..." (numeral 4), a "garantizar que en la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para la debida ejecución de presente Convenio Marco, no se vulnerarán los actuales niveles de competitividad..." (numeral 5); a "que, en el caso de abrir negociaciones sobre convenios de absorción de cualquiera de los productos aquí enunciados, se invitará a participar a los firmantes de este Convenio" (numeral 6); y a "reglamentar los resultados de los Acuerdos Periódicos de Regulación del Mercado Nacional de Aceites de Palma y sus Fracciones..." (numeral 7), de todo lo cual resulta que se trata de compromiso para realizar una serie de actividades o expedir actos administrativos futuros.

Las únicas "obligaciones" que podrían considerarse como verdaderas decisiones en el acto mismo de garantía, de atenerse simplemente a su tenor literal,

serían las de los literales 1. y 2., consistentes en que "las importaciones del complejo de semillas oleaginosas, grasas y aceites animales y vegetales, estarán sujetas a visto bueno del Ministerio de Agricultura", y que "Para quienes se acojan a los términos de este convenio, la importación de aceites y grasas se mantendrá en régimen de libertad..." y que "el visto bueno a las importaciones de la INDUSTRIA será automático e inmediato...". No obstante lo anterior, para el Despacho es evidente que dentro del contexto de las declaraciones de los ministros, estas presuntas "decisiones" son también expresiones de lo que ellos se comprometen a hacer, entre lo cual, como ya quedó registrado, se encuentra el compromiso de expedir la reglamentación "para la debida ejecución del presente Convenio Marco". Es decir, que las expresiones de los numerales 1 y 2 no pueden tampoco entenderse como decisiones en sí mismas, sino como compromisos de adoptarlas a través de los instrumentos jurídicos que sean del caso.

4.- En las anteriores circunstancias, para el Despacho las declaraciones de los señores Ministros contenidas en el documento que firmaron como garantes y que son objeto de la presente demanda, no constituye un acto administrativo susceptible de acción jurisdiccional.

Y ello es así por cuanto esas declaraciones realmente no producen por sí mismas ningún efecto jurídico respecto de los gobernados, pues no contienen propiamente decisiones que modifiquen el ordenamiento jurídico sino que implican apenas el compromiso de realizar algunas actividades o dictar actos que contendrán, ellos sí, las decisiones jurídicas correspondientes y que podrán ser objeto de las acciones jurisdiccionales pertinentes.

Es por ello que el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo expresa que "la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos... de las entidades pública y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto".

Y como es evidente que según el concepto doctrinal y jurisprudencia tradicionalmente reconocido, se entiende por acto administrativo la expresión de voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones administrativas, que **modifique el ordenamiento jurídico**, es decir, que por sí misma cree, extinga o modifique una situación jurídica, al no tener esta característica las declaraciones de los ministros que son objeto de la demanda, ella no podrá ser admitida por falta de jurisdicción.

A lo anterior debe agregarse que, obviamente, no se está tampoco en presencia de un hecho, una omisión, una operación o un contrato, como tampoco lo pretende el demandante.

En mérito de lo expuesto, el Despacho, con fundamento en el inciso tercero del artículo 143 del C.C.A.,

RESUELVE:

1o. INADMITESE la demanda presentada por el ciudadano Fernando Londoño Hoyos.

2o. En firme esta providencia, devuélvanse los anexos, sin necesidad de desglose.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado

FONDO NACIONAL DEL GANADO. POTESTAD REGLAMENTARIA. CONTRIBUCION PARAFISCAL - Recaudo. **FOMENTO GANADERO Y LECHERO** - Cuota. **CONTRIBUCION PARAFISCAL** - Persona Obligada. **SACRIFICIO BOVINO**

Haciendo un simple cotejo del parágrafo examinado del Decreto Reglamentario con la Ley reglamentada, esto es, la Ley 89 de 1993, se hace notoria la contradicción de aquél con la norma superior a la que debe supeditar sus reglamentos. Cuando la disposición impugnada estipula que el valor de la cuota de Fomento Ganadero y Lechero por concepto de carne, la debe descontar el productor de ganado al momento de realizar la transacción de venta de sus animales, está determinado un momento de pagar la cuota diferente al establecido en la ley que no es otro que mataderos públicos y privados, o el momento de expedir la guía o permiso para el sacrificio no permite la contingencia de dejar al arbitrio de las transacciones o negociantes de ganado la fijación de la cuota la cual según el acto acusado resultaría improcedente en caso de que el sacrificio no se realizare, o por lo menos incierta frente a la época en que éste se realice. La Ley 89 no habla ciertamente de la producción ni de los productores. Podría coincidir en la práctica que quien levanta el ganado sea el mismo que lo lleva al matadero. Pero podría también darse el caso, como en efecto se dá, de quien compra el ganado con el único fin de sacrificarlo. Es a éste a quien se refiere la ley reglamentada. Es éste quien debe pagar la contribución parafiscal. Que se le quiera llamar productor o no, es asunto de interpretación semántica pero en lo que no hay duda es en que es el sujeto pasivo, trátese de una persona natural, o jurídica, o una sociedad de hecho como o quiere explicar el mismo Decreto 1841 al modificar el Decreto Reglamentario 696 de 1994.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro de Febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente, *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia Expediente No. 3054. Decretos del Gobierno. Actor: Fernando Peláez Arango

Entra la Sala a decidir la acción pública de nulidad formulada contra el artículo 2° del Decreto No. 1841 del 3 de Agosto de 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se modifica el Decreto No. 696 de 1994.

LA DEMANDA

El actor de la referencia, en memorial presentado el primero de septiembre de 1994, solicita que esta Corporación decrete la nulidad del artículo segundo del Decreto 1841 del 3 de Agosto de 1994, por medio del cual se adiciona el artículo 5° del Decreto No. 696 de 1994. Concretamente, el acto demandado reza:

"ARTICULO SEGUNDO. - Adiciónase el artículo 5o. del Decreto No. 696 de 1994, con el siguiente parágrafo:

"PARAGRAFO. - El productor de ganado al momento de realizar la transacción de venta de sus animales descontará del valor por recibir la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero por concepto de carne, la cual será consignada en el matadero o, en su defecto, en la Tesorería Municipal por quien lleve el ganado al sacrificio".

NORMAS VIOLADAS

CONCEPTO DE LA VIOLACION

Afirma el actor que el artículo 2o. del Decreto 1841 es ilegal por cuanto contraría los artículos 2° y 6° de la Ley 89 de 1993, preceptos que reglamenta. Sustenta su afirmación, entre otros, en los siguientes argumentos:

"El artículo 2 del Decreto 1841 de 1994, establece que la contribución parafiscal que se creó en la Ley 89 de 1993, se realizara (sic) al momento de realizar la transacción de venta de sus animales, descontando del valor por recibir la cuota de Fomento Ganadero y Lechero por concepto de carne, la cual será consignada en el matadero o en su defecto, en la Tesorería Municipal por quien lleve el ganado al sacrificio.

"Se da a entender en el presente decreto que en toda enajenación o transacción del ganado, se debe descontar la contribución parafiscal, y además que esta (sic) se establece a la carne. De lo anterior se infiere que se crea como una especie de contribución a la venta de ganado o al consumo de la carne. Concepto que riñe en forma directa con la Ley 89 de 1993 en sus artículos 2 y 5, en los cuales establece que dicha contribución parafiscal se aplicará al momento del sacrificio de la res, en un monto de 50% de un salario mínimo legal vigente por cabeza de ganado.

"Es bueno precisar que el Decreto Reglamentario 1841 de 1994 modifica la Ley 89 de 1993 y no la reglamenta, con consecuencias diferentes, que podríamos enunciar de la siguiente forma:

"1) Establece el decreto impugnado como objeto de la contribución la producción de carne, lo cual es contrario a la ley (sic) artículo 2, por cuanto ella hace relación al ganado sacrificado.

"La producción de carne comprende un amplio campo de actividades que va desde la producción del ganado hasta después de que está sacrificada, comprendería entonces otros gremios y actividades, que la ley no consideró objeto de la contribución parafiscal consagrada en la Ley 89 de 1993.

"Torna en este aspecto la contribución parafiscal en una contribución fiscal, que se traduce en un impuesto al consumo de la carne.

"2. El Decreto 1841 de 1994, establece en el artículo segundo como momento de su causación, aquel en que se realiza la transacción de venta de sus animales como productor de ganado. La Ley 89 de 1993 establece que en el momento del sacrificio es en el que se causa la contribución parafiscal. Significa lo anterior que se consagran dos momentos diferentes para la causación de la contribución parafiscal. La Ley 89 en su artículo segundo lo restringe al momento del sacrificio, cobijando solo aquellas reses que se cobertura a otras esferas, porque establece el momento de la realización de la transacción de venta de sus animales, lo que significa, que no sólo los animales, que se comercializan para su sacrificio son objeto de la contribución, sino también todos aquellos animales que se comercializan en las distintas etapas de la ganadería, como lo constituye la cría y el levante de ganado, actividades no comprendidas en la ley. Esta ampliación del campo de cobertura de la contribución parafiscal (sic), demuestra a las claras que el Gobierno no reglamentó la ley sino que expidió su potestad reglamentaria, por que (sic) con ello lo que hizo fue legislar en forma abierta.

"De otra parte, la consagración de los dos momentos, los cuales son excluyentes el uno del otro, nos establece la contradicción que existe entre la forma impugnada y la norma legal que reglamenta.

"3. Al establecer el Decreto 1841 de 1994, en su artículo 2 el momento de la venta, como momento para el descuento de la contribución parafiscal, destinada al Fondo Nacional del ganado, estableció un sin número de recaudadores de la contribución no autorizados por la Ley 89 de 1993, debido a que ella en su artículo 6, establece como recaudadores de la contribución los mataderos públicos y privados, donde éstos no existen las tesorerías municipales. Como se puede apreciar el Decreto pretende que cada comprador de ganado se convierta en su recaudador de la contribución parafiscal, lo cual fuera de ser inconveniente, y atentar contra la Ley 89 de 1993, atenta contra las normas fiscales, que restringen el papel recaudador.

"De otro lado daría lugar a la mayor evasión de la misma contribución".

CONTESTACION A LA DEMANDA

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por medio de su apoderada judicial, contestó la demanda, refutó algunos de sus hechos y, al oponerse a sus pretensiones, toma como fundamento el concepto del actor, según el cual, "el artículo 2o. del Decreto 1841, contraviene los artículos 2o. y 6o. de la Ley 89 de 1993, por cuanto cambia el objeto de la contribución que establece esta ley, gravando la producción de carne, lo que traduce en un impuesto a este producto, amén de modificar el momento de su causación y los agentes recaudadores".

Afirmando que estas apreciaciones no son correctas, la señora apoderada del Ministerio de Agricultura comienza citando una sentencia de la Corte Constitucional (040 del 11 de febrero de 1994) según la cual uno de los principios de la hermenéutica jurídica es el de "...interpretar sistemáticamente un conjunto normativo de manera que sus disposiciones adquieran un sentido dentro del contexto y puedan ser aplicadas ...".

Dice la profesional que "De acuerdo con este principio, lo dispuesto por el artículo segundo del Decreto 1841 de 1994, debe entenderse dentro del conjunto normativo que gobierna la cuota de Fomento Ganadero y Lechero, vale decir, la Constitución Política, la Ley 89 de 1993 y su Decreto Reglamentario 696 de 1994, para así proceder a su aplicación".

Pasa luego a definir la estructura de la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero, únicamente por concepto de producción de ganado y no de leche, por ser aquélla el objeto de la controversia, en la siguiente forma:

"1.- El objeto del gravamen es la producción de ganado de las especies bovina o bufalina. (Art. 2o. Ley 89 de 1993 y Art. 1o Decreto 696 de 1994).

"2.- El sujeto pasivo es la persona natural o jurídica que produzca carne de ganado bovino o bufalino. (Art. 2o. Ley 89 de 1993 y Art. 4o. Dto. 606 de 1994).

"3.- La tarifa y base grabable es el equivalente al 50% de un salario diario mínimo legal por cabeza de ganado. (Art. 22o. Decreto 696 de 1994, Art. 2o. Decreto 696 de 1994).

"4.- El momento en que se causa la contribución es el del sacrificio del ganado o cuando se expida la guía o permiso para el sacrificio. Dependiendo de la persona que efectúa el recaudo. (Arts. 2o y 6o de la Ley 89 de 1993 y Art. 2o. y 5o. del Decreto 696 de 1994)."

5 .- Las personas obligadas al recaudo son los matadores públicos o privados y en su defecto las tesorerías municipales. (Art, 6o. Ley 89 de 1993 y Art. 5to (sic) Decreto 696 de 1994)".

Sostiene la respondiente que, en este orden de ideas, basta apreciar la norma impugnada dentro del contexto de la contribución así estructura para establecer que:

El objeto del gravamen no se modifica, continúa siendo la producción de ganado bovino y bufalino. El artículo segundo del Decreto 1841 de 1994 no deroga el artículo quinto del Decreto 696 de 1994, sino que forma parte integrante del mismo; de suerte que, al leer el primer inciso del artículo quinto sabemos que la contribución a la cual se aplican sus disposiciones reglamentarias es la consagrada por la Ley 89 de 1993.

La contribución parafiscal ganadera no se convierte en un impuesto al consumo de carne. La sentencia ya citada de la Corte Constitucional, establece la clara diferencia entre "contribución parafiscal "e "impuesto", así":

"...De las anteriores exposiciones quedan varias cosas claras. En primer lugar que el término "contribución parafiscal" hace relación a un gravamen especial, distinto a los impuestos y tasas. En segundo lugar, que dicho gravamen es fruto de la soberanía fiscal del Estado, que cobra de manera obligatoria a un grupo, gremio o colectividad, cuyos intereses o necesidades se satisfacen con los recursos recaudados. Un tercer lugar, que se puede imponer a favor de entes públicos, semipúblicos o privados, que ejerzan actividades de interés general. En cuarto lugar, que los recursos parafiscales no entran a en-

grosar las arcas del presupuesto nacional. Y por último, que los recursos recaudados pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado".

Hace notar la apoderada que la norma acusada no modifica ninguno de estos elementos integrantes de la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero establecida por la Ley 89 de 1993, sino que más bien la desarrolla, con miras a lograr un estricto cumplimiento de sus preceptos.

Argumenta que tampoco se modifica el momento de la causación, que es el del sacrificio del ganado o cuando se expide la guía o permiso para el sacrificio, dependiendo si el recaudo lo realiza el matadero o la tesorería municipal, respectivamente. Así también, las personas obligadas al recaudo siguen siendo las mismas puesto que el artículo segundo del Decreto 1841 no derogó el artículo quinto del Decreto 696 de 1994 sino que lo adicionó con un parágrafo y los agentes recaudadores son los señalados en esta norma, que armoniza con lo dispuesto por la Ley 89 de 1993, en su artículo sexto.

Concluye entonces la señora apoderada del Ministerio de Agricultura:

"El hecho de que el productor de ganado descuente del precio de venta de sus animales el valor de la contribución, por quien lleva el ganado al sacrificio, no está cambiando las reglas establecidas para esta cuota de fomento, porque la paga el sujeto pasivo, si se quiere por interpuesta persona: la recauda el agente obligado a ello según la ley, en el momento del sacrificio.

Lo que sí consagra esta norma, se repite, es un mecanismo para lograr el debido recaudo de la contribución ".

IMPUGNACION DE LA DEMANDA

En el proceso se hizo igualmente presente el ciudadano José Raimundo Sojo Zambrano como impugnante de la demanda contra el Decreto 1841 de 1994.

Analiza y refuta el impugnante cada uno de los cargos hechos por el accionante en la interposición de su acción; confronta el acto demandado con el Decreto Reglamentario No. 696 de 1994 y con la Ley 89 de 1993, aclara los conceptos y las contradicciones que alega el demandante, invoca la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional llamada en su apoyo por la señora apoderada del Ministerio de Agricultura y concluye solicitando a la Corporación que se declara la legalidad del Decreto 1841 de 1994.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, se corrió traslado a las partes y al señor Procurador Delegado ante esta Corporación, a fin de que presentaran sus intervenciones de conclusión.

El traslado fue descorrido por la señora apoderada del Ministerio de Agricultura y por el accionante. El señor Procurador Delegado no se hizo presente.

El representante del Ministerio reitera los análisis y argumentos expuestos en la contestación de la demanda para concluir, como lo hiciera en aquella oportunidad, que "lo que consagra el artículo segundo del Decreto 1841 de 1994, se repite, es un mecanismo para lograr el debido recaudo de la contribución".

Por su parte, el actor también dice ratificarse en lo que ha afirmado en las consideraciones de la demanda y precisa las violaciones que ha señalado. Manifiesta que "en el proceso productivo colombiano, los productores de carne son los, que sacrifican el ganado, denominados carniceros y los productores de ganado son los ganaderos, actividades bien diferenciadas en Colombia" y que, por lo que ha expuesto, se demuestra que la norma impugna sobrepasa los límites de la norma que reglamenta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En ejercicio de la facultad reglamentaria que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional, el Presidente de la República expidió el Decreto número 696 del 30 de marzo de 1994, "Por el cual se reglamenta la Ley 89 del 10 de diciembre de 1993".

Por medio de la Ley 89 del 10 de diciembre de 1993 se establece la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero y se crea el Fondo Nacional del Ganado.

Ahora bien, el artículo quinto del Decreto Reglamentario, es decir, el 696 de 1994, establece cuales son las personas obligadas al recaudo establecido en la Ley 89. Reza así su texto":

"ARTICULO QUINTO.- PERSONAS OBLIGADAS AL RECAUDO. Efectuarán recaudo de la contribución a que se refiere la Ley 89 del 10 de diciembre de 1993, las siguientes personas naturales y jurídicas:

"1. Los mataderos públicos o privados que cuenten con una infraestructura técnica, administrativa y contable adecuada. Los requerimientos mínimos de

esa infraestructura serán señalados por el Ministerio de Agricultura, previa concertación con la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ganado.

"En los municipios y poblaciones donde no existe matadero con la infraestructura adecuada, los recaudos, serán efectuados por las tesorerías municipales, al momento de expedir la guía o permiso para el sacrificio.

"2. - La persona natural o jurídica que compre leche cruda al productor, o aquella que siendo productor la procese y/o comercialice directamente en el país.

"3. Las cooperativas lecheras recaudarán la Cuota de Fomento ganadero y lechero por concepto de compras de leche realizadas a los productores no cooperados y a las cooperados cuando su Consejo de Administración decida participar en el Fondo Nacional del Ganado".

Se expidió luego el Decreto 1841 de 1994, por el cual modificó el anterior en el artículo cuatro; y adicionó el artículo quinto con el parágrafo siguiente:

"El productor de ganado al momento de realizar la transacción de venta de sus animales descontará del valor por recibir la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero por concepto de carne, la cual será consignada en el matadero y, en su defecto, en la Tesorería Municipal por quien lleve el ganado al sacrificio".

Haciendo un simple cotejo del parágrafo examinando del Decreto Reglamentario con la Ley reglamentada, esto es, la Ley 89 de 1993, se hace notoria la contradicción de aquel con la norma, superior a la que debe supeditar sus reglamentos. Se explica:

El artículo segundo de la Ley 89 de 1993, ordena que la Cuota de Fomento Ganadero, qué es la cuestionada en este proceso, como contribución de carácter parafiscal, establece como la equivalente "al 50% de un salario mínimo legal vigente por cabeza de ganado al momento del sacrificio" (se subraya).

Dos circunstancias se contemplan en el mandato:

a) El momento de efectuar el pago de la cuota es el **del sacrificio.**

b) El valor que se debe pagar, es el equivalente al 50% de un salario **mínimo legal vigente** por cabeza de ganado **al momento del sacrificio.**

Esta voluntad de la Ley 89 de 1993, manifestada en el artículo segundo, es ratificada en el artículo sexto, con una nitidez que no da lugar a dobles interpretaciones:

"ARTICULO 6o. Recaudo . - El recaudo de la Cuota de Fomento señalada en el artículo 2o. , será efectuando por las siguientes entidades o empresas:

"a. La cuota correspondiente por cabeza de ganado **al momento del sacrificio,** será recaudada por los mataderos públicos o privados, y donde éstos no existen, por la Tesorería Municipales en **el momento de expedir la guía o permiso para el sacrificio**"(se subraya).

Cuando la disposición impugnada estipula que el valor de la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero por concepto de carne, la debe descontar "el productor de ganado al momento de realizar la transacción de venta de sus animales, está determinado un momento de pagar la cuota diferente al establecido en la ley que no es otro que el momento del sacrificio cuando es recaudada por los mataderos públicos y privados, o el momento de expedir la guía o permiso para el sacrificio cuando el recaudo lo hacen las tesorerías municipales.

De lo anterior se colige que el Decreto acusado, so pretexto de reglamentar la ley se aparta de los parámetros en ella señalados para hacer el recaudo de la Cuota de Fomento establecido en su artículo 2o.

La ley, al determinar el recaudo solo al momento del sacrificio no permite la contingencia de dejar al arbitrio de los transaccionistas o negociantes de ganado la fijación de la cuota la cual según el acto acusado resultaría improcedente en caso de que el sacrificio no se realizare, o por lo menos incierta frente a la época en que éste se realice.

Ahora, el lapso transcurrido entre la transacción que realiza el productor y el momento del sacrificio, implicaría, de un lado, la fijación de la cuota por anticipado, y de otro, la retención de ella por parte del comprador por un tiempo indeterminado. La ley reglamentada no contempla interpuestas personas, ni depositarios transitorios para la recepción de la cuota sino que, simplemente, ordena pagarla al matadero o a la tesorería al momento del sacrificio, según el salario mínimo vigente en ese momento.

Así pues, aunque por las precisiones que ya se hicieron se demostró que el pago de la cuota sólo puede hacerse el día del sacrificio, no es ello óbice para hacer un asomo a la hipótesis planteada en el parágrafo acusado y defendida por los impugnadores de la demanda para concluir que su aplicación sería además de caótica, arbitraria no sólo por la falta de un patrón monetario fijo al no saberse cuál será el valor del salario mínimo el día incierto en que el ejemplar vaya a ser sacrificado, si es que no muere antes por un accidente diferente, sino también por los diversos receptores que esa cuota pueda tener en el transcurso de las distintas

transacciones, receptores no autorizados por la ley y en cuyas manos no están garantizados ni su entrega definitiva a los antes encargados por la ley, ni el pago de intereses causado, ni el de la corrección monetaria que, al hacer parte de un engranaje económico, debe producir el dinero objeto de tales captaciones.

En definitiva, estos posibles intermediarios de la Cuota de Fomento llamados "recaudadores de la contribución" por el accionante, "interpuestas personas" por la señora apoderada del Ministerio de Agricultura "y "depositarios transitorios de la cuota parafiscal" por el impugnante de la demanda, no están autorizados por la ley. Esto vendría a constituir, de no existir ya razones más poderosas, otro motivo de nulidad del artículo segundo del Decreto 1841 de 1994.

Ni del texto ni del contexto de la Ley 89 de 1993 se puede sacar tal deducción. A la ley no hay que hacerle decir lo que no dijo y no pueden el ejecutivo a través de un Decreto Reglamentario ni los defensores de la extensión de la imposición, mediante sus memoriales, tratar de corregirle la plana al legislador.

En resumen, se tiene:

1.- El artículo primero de la Ley 89 de 1993, estipula que "La contribución parafiscal para el fomento del sector ganadero y lechero **se ceñirá a las condiciones estipuladas en la presente ley, en los términos del numeral 12 del art. 150 de la Constitución Nacional".** (Negrillas).

2.- El numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Nacional dice que es función del Congreso: "establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la Ley".

3.- Aplicando la norma constitucional a la Ley 89 de 1993, se observa que ésta establece, como cuota de fomento ganadero, una contribución parafiscal originada en el sacrificio de ganado señalado, como momento para su cobro, el mismo momento del sacrificio. Y fija el valor de esa cuota partiendo del monto que, al momento del sacrificio, tenga el salario diario mínimo legal vigente, por cabeza de ganado.

4.- La incuestionable y definida voluntad de la ley reglamentada en cuanto a ese valor y al momento de calcularlo, está reiteradamente manifestada en su texto, a saber:

a.- El artículo 2o. establece la cuota de fomento ganadero como contribución de carácter parafiscal, la cual será equivalente al 50% de un salario mínimo legal vigente por cabeza de ganado al momento de sacrificio.

b.-. En el parágrafo 2o. del mismo artículo se autoriza al ministerio de agricultura para que reglamente el mecanismo o procedimiento viable, para evitar la evasión de la cuota **"en el caso de que el recaudo que deba originarse en el sacrificio de ganado, ofrezca dificultades"**. (Negrillas).

c.- En el segundo inciso del artículo 8o., se estipula que "Los recursos del Fondo Nacional del Ganado se destinarán a desarrollar programas y proyectos en ganadería de carne y de leche en proporción a los recursos correspondientes, a **las cuotas por ganado al momento del sacrificio,** y por litro de leche, respectivamente". (Negrillas).

d) Al señalar en el artículo sexto las entidades encargadas de hacer el recaudo, expresa: "La cuota correspondiente por cabeza de ganado, **al momento del sacrificio,** será recaudada por los mataderos...". (Negrillas).

Demostrada pues en la síntesis que se acaba de hacer la manifiesta intención de la Ley 89 de 1993, de imponer la contribución parafiscal para el fondo del sector ganadero, exclusivamente al sacrificio de ganado, queda patente la intensión del decreto acusado, de agregarle disposiciones nuevas con el fin, según la defensa que de él hacen sus exégetas de interpretar, sus fines. Así lo manifiesta la señora apoderada del Ministerio de Agricultura, cuando estima que "el objeto del gravamen es la producción del ganado" (folio 59); y el impugnante al manifestar que "en el caso de la Ley 89 de 1993, lo que su Decreto Reglamentario 1841 de 1994 pretende es precisamente ajustarse a las características de la contribución parafiscal, esto es, **limitar el pago de esa cuota al productor de carne,** ..." (folio 456, subraya la sala). La Ley 89 no habla ciertamente de la producción ni de productores. Podría coincidir en la practica que quien levanta el ganado sea el mismo que lo lleva al matadero. Pero podría también darse el caso, como en efecto se da de quien compra el ganado con el único fin de sacrificarlo. Es a esta a quien se refiere la Ley reglamentada. Es este quien debe pagar la contribución parafiscal.

Que se le quiera llamar productor o no es asunto de interpretación semántica pero en lo que no hay duda es que él quien debe cargar con el pago del gravamen es él el sujeto pasivo, trátese de una persona natural o jurídica o una sociedad de hecho como lo quiere explicar el mismo Decreto 1841 al modificar el Decreto Reglamentario 696 de 1994.

Es de hacerse notar, que el impuesto también entiende esta situación cuando, en una afirmación que contradice sus pretensiones, dice que, "si el comprador del ganado no lo lleva al matadero, no tiene que pagar la cuota". (folio 46).

Reiterada ha sido la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a la función del Decreto Reglamentario y sus limitaciones frente a la Ley reglamentada. Así en sentencia del 23 de noviembre de 1994, manifestó:

> "...Obviamente que el Gobierno, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria mal puede aplicar o restringir el sentido mismo de la ley que reglamenta dictando disposiciones nuevas, o suprimiendo las contenidas en la misma puesto que ellos ya no seria reglamentar sino legislar, como también lo ha sostenido en innumerables ocasiones esta corporación. "..." Lógicamente que teniendo siempre en cuenta la provisión de no rebasar ni intriseca, ni los mismos fines de ella". (Sala de lo Contencioso Administrativo). Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Expediente (4429).

En el caso *sub iuris*, quedó ampliamente aclarado cómo el Decreto acusado, al modificar la ley reglamentada, señala otro momento para el recaudo de la contribución parafiscal que en ella se establece y que es plenamente válido el argumento del nulidiscente cuando en su alegato conclusivo manifiesta "que los momentos no son iguales ni coincidentes. Ampliando el ámbito de cobertura de la contribución parafiscal, a toda la actividad ganadera, decir o determinar cuál ganado va para el sacrificio al momento de la venta no es fácil determinación por cuanto en Colombia (sic); una gran cadena de intermediarios que no permitan saber a dónde se dirige el ganado, en las diferentes regiones del país se sacrifica ganado de diferentes promedios de kilos". (Folio 64). Y que, por lo anterior se demuestra que la norma impugnada sobrepasa los límites de la norma reglamentada.

Estima la Sala que, por el examen que ha hecho del acto acusado, frente a la ley reglamentada, se deduce que no solamente resulta trasgredida ésta, sino el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución en el cual se confiere al Presidente de la República la potestad reglamentaria "mediante la expedición de los decretos, de resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes" y, en este caso, la ejecución de la Ley 169 ordenada por el Decreto Reglamentario en la parte demandada, va más allá de lo ordenado por la misma ley.

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

FALLA:

DECRETASE LA NULIDAD del artículo segundo del Decreto No. 1841 de 1994, por el cual se modifica el Decreto 696 de 1994, expedido por el Presidente de la República.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 23 de febrero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reitera la sentencia de 23 de noviembre de 1994, sobre potestad reglamentaria.

COSA JUZGADA - Requisitos. **IDENTIDAD DE OBJETO. IDENTIDAD DE CAUSA. CAUSA PETENDI JUZGADA. SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS**

En cuanto al primero de los requisitos mencionados, es decir, la identidad del objeto, resulta evidente que tanto en el proceso radicado bajo el No. 1911, como en el que ahora es objeto de decisión, cabe predicar que las peticiones de la demanda son las mismas, pues en ambos se pretende la declaratoria de nulidad del Decreto 1842 de 22 de julio de 1991, expedido por el Gobierno Nacional, "por el cual se expide el Estatuto Nacional de usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios". Por lo que concierne al requisito de la entidad de causa, "causa petendi juzgada", como lo denomina el art. 175 del C.C.A., la cual consiste en que los motivos de nulidad alegados en ambos procesos sean los mismos, la Sala constata que las razones que sirvieron de fundamento para solicitar la nulidad del decreto acusado en el primer proceso bajo los cargos de violación de los arts. 189-11. 367 y 369 de la Carta Política, coinciden en esencia con los expuestos en el asunto *sub-exámine*, pues ellos consisten en que correspondía a la ley y no al ejecutivo fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de servicios públicos domiciliarios, cobertura, calidad, régimen tarifario, deberes y derechos de los usuarios, régimen de protección, etc., y en que el Presidente de la República no podía ejercer la potestad reglamentaria sobre leyes inexistentes o disposiciones irreglamentables. En lo referente a la presencia del tercer requisito, identidad jurídica de las partes, éste no tiene aplicación en los procesos contencioso administrativos de nulidad, pues las sentencias que sobre ellos recaigan tienen un valor *erga omnes*, como lo predica en el citado art. 175 del C.C.A. lo cual implica que son oponibles a cualquier demandante que pretenda, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial, y toda vez que en éstos la parte actora no promueve la acción de interés particular sino, por el contrario el interés del orden jurídico. Las consideraciones

que anteceden son sufucientes para que la Sala, en ejercicio del poder que le reconocer el art. 164 inciso segundo del C.C.A., estime que frente a las acusaciones de violación de los arts. 189-11, 367 y 369 de la Carta Política se configura plenamente el fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. ESTATUTO - Impugnación

Al no haberse formulado en la demanda ninguna acusación de ilegalidad del Decreto 1842 de 1991, frente a las Leyes 126 de 1938 y 155 de 1959, en las cuales expresa fundamentarse, así como tampoco planteado que algunas disposiciones sean incompatibles con la nueva Constitución, de tal manera que respecto de las mismas pudiese plantearse una de inconstitucionalidad sobreviniente, ello inhibe a la Sala para avocar su estudio comparativo con las diferentes normas que integran dicho acto, y que sería el único mecánico que permitiría concluir sobre su conformidad o inconformidad con la Constitución o con la ley.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia. Expediente No. 2837. Actor: Luis Eduardo Botero Hernández.

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 y abogado Luis Eduardo Botero Hernández en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 1842 de 22 de julio de 1991, "Por el cual se expide el Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios", expedido por el Gobierno Nacional.

I. - ANTECEDENTES

a. - Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que, expresadas en su demanda, se sintetizan a continuación (fls. 21 a 24):

Primer cargo. - Violación del artículo 334 de la Carta Política, pues mientras éste señala que la intervención del Estado en los servicios Públicos sólo puede ejercerse por mandato de la ley, el acto acusado se expidió sin que existiese una ley que facultara al Presidente de la República para tal efecto. Por la misma razón se estima quebrantado el artículo 150-21 de la Constitución, según el cual corresponde al Congreso expedir las leyes de intervención económica de que trata el artículo 334.

Segundo Cargo. - Violación del artículo 150 numeral 23 de la Carta Política, pues mediante el acto acusado el Ejecutivo usurpó la función atribuida al Congreso de expedir las leyes de intervención económica prevista en el artículo 334 *ibidem* y aquellas que regirán la prestación de los servicios públicos.

Tercer Cargo.- Violación del artículo 189-11 de la Carta Política, el cual se invoca como fundamento del decreto acusado, pues con este acto "... no estaba ejerciendo ninguna potestad reglamentaria, habida consideración de que faltaba, como ya se señaló, la expedición de una ley por parte del Congreso, quien para el caso de los servicios públicos era el que tenía la competencia según el mandato constitucional".

Cuarto Cargo.- Violación de los artículos 365, 367 y 369 de la Carta Política, por cuanto de acuerdo con estas normas, "...correspondía al Congreso, mediante una ley, asumir la función que se atribuyó - *motu proprio* - el ejecutivo".

Quinto Cargo.- Violación del artículo 370 de la Carta Política, toda vez que el ejercicio de la facultad del Presidente de la República para fijar los criterios generales que regirán la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así como la protección, deberes y derechos de los usuarios, estaba condicionada a que se hubiesen dado los presupuestos señalados en el artículo transitorio 48 del ordenamiento constitucional.

Sexto Cargo. - Violación del artículo 121 de la Carta Política, pues con la expedición del acto acusado el ejecutivo ejerció funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y las leyes.

b. - Las razones de la defensa

En los escritos de contestación de demanda (fls. 43 a 45 y 54 a 58) y en el alegato de conclusión (fls. 108 a 111), la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos:

El acto acusado no incurre en las violaciones normativas que le atribuye el demandante, pues si bien es cierto que el artículo 334 de la Carta Política supedita la intervención del Estado en ciertas materias, entre las cuales se encuentran los servicios públicos, a la preexistencia de una ley, no lo es menos que la expedición de dicho acto estuvo precedida por las Leyes 126 de 1938 y 155 de 1959, que aun siendo anteriores a la entrada en vigencia de la nueva Constitución, son perfectamente aplicables siempre y cuando no contraríen los preceptos constitucionales que contienen los principios básicos reguladores de los servicios públicos. Además, debe tenerse en cuenta que las citadas leyes, cuyos mandatos autorizan la intervención del Estado en los servicios públicos y fijan sus alcances, pueden ser reglamentadas en cualquier momento por el ejecutivo, conforme lo dispone el artículo 189- 11 de la Carta.

La Ley 126 de 1938, "sobre suministro de la luz y fuerza eléctrica a los municipios, adquisición de empresas de energía eléctrica, de teléfonos y de acueducto e intervención del Estado en la prestación de los servicios de las mismas empresas", en su artículo 2o. autorizó al Gobierno para crear el departamento de empresas de servicios públicos que se deberá adscribir al Ministerio que tenga mayores afinidades, actualmente el de Desarrollo, el cual ejercería el control y vigilancia de las empresas que presten servicios públicos domiciliarios. Como quiera que el parágrafo del artículo 24 de la misma ley declara que las empresas a que se refiere la norma quedan sometidas al control del Gobierno Nacional, el cual ejercerá las funciones de control y fiscalización e inspección técnica y económica que considere necesarias para garantizar una correcta prestación de los servicios, debe entenderse que dicha ley "... justifica la intervención del Estado en la actividad de los servicios públicos, en especial en lo que tiene que ver con el régimen de los usuarios, y legitima la expedición del Decreto 1842 de 1991, que es el resultado de las funciones de inspección de las empresas que prestan los servicios públicos domiciliarios".

De otra parte, la Ley 155 de 1959, "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas", es un estatuto de carácter general que busca garantizar los derechos de los consumidores, para lo cual se faculta al Gobierno con el fin de intervenir en la fijación de precios, investigar las empresas que realicen prácticas comerciales restrictivas o que incurran en actos de competencia desleal. El decreto acusado reglamenta, entre otras materias, todo lo relacionado con las cuentas de cobro de los servicios, la determinación del consumo y la forma de facturación.

Para el caso concreto del decreto acusado, "... siguen vigentes los presupuestos de hecho y de derecho que dieron lugar a su expedición. Las Leyes 126 de

1938 y 155 de 1959, no contradicen los postulados esenciales consignados en el texto constitucional sobre funciones legislativas y de intervención en la actividad de prestación de los servicios públicos: a) La ley que autorice la intervención debe hacerlo sobre una actividad especificada en la Constitución, en este caso la de servicios públicos b) La ley de autorización debe determinar los alcances de la misma de conformidad con la Constitución, en este caso el régimen del usuario de servicios públicos (artículo 365 a 370 de la C.P.). En consecuencia, por ser vigentes estas dos leyes, ellas pueden ser objeto de reglamentación por parte del Ejecutivo".

Por último, "Lo dispuesto por el artículo 48 de la C.P. no tiene ninguna cabida en el sentido de que para la expedición del Decreto 1842 de 1991 se hizo uso de la potestad reglamentaria".

e. - Los argumentos del coadyuvante

Al proceso compareció el ciudadano y abogado Hernán Virgilio Grimaldo Sánchez como coadyuvante de la demanda, quien, en el escrito que obra a folios 64 a 66 argumenta, en síntesis, lo siguiente:

El decreto acusado "... viola directa y ostensiblemente los artículos 334, 150 ordinal 23. 189 ordinal 11 y 48 transitorio de la Constitución Política de Colombia, planteamiento jurídico que comparto y coadyuvo en este escrito". Igualmente desconocen los artículos 367 y 369 *ibidem*, que defieren a la ley todo aquello que "... desarrolló el Gobierno Nacional en el decreto enjuiciado, sin tener competencia *ratione materiae* para expedir dicho "ESTATUTO",...(pues)...los servicios públicos domiciliarios son una especie de servicios públicos domiciliarios son una especie de servicios públicos en general y son aquellos que se prestan mediante el sistema de redes con terminales en inmuebles destinados para vivienda o trabajo".

De otra parte, el acto enjuiciado no reglamenta las leyes 126 de 1938 y 155 de 1959, citadas en su epígrafe, pues mediante él se expide el Estatuto de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios, y dichas leyes no tienen relación o ilación alguna con el concepto de Servicios Públicos Domiciliarios, figura que vino a consagrarse en la Constitución de 1991 ...".

d. - La actuación surtida.

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., al proceso se dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 15 de abril de 1994 se admitió la demanda, se ordenó el trámite correspondiente y se denegó la solicitud de suspensión provicional del acto acusado (fls. 30 a 34).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión, sólo hizo uso de este derecho la parte demandada (fls. 108 a 111). Dentro de dicho término, el agente del Ministerio Público ante esta Corporación emitió el concepto que obra a folios 112 a 122.

II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el concepto a que se aludió en el literal d. del acápite precedente, el señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación estima que deben denegarse las súplicas de la demanda, declara la excepción de cosa juzgada frente a los artículos 189 numeral 11, 367 y 369 de la Carta Política, y la improcedencia de los demás cargos, con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación:

La procedibilidad de declarar la excepción de cosa juzgada respecto de las citadas normas constitucionales se deriva del hecho que ellas, entre otras, se invocaron como quebrantadas en otra demanda que se intentó por parte del ciudadano Humberto Rivera Ariza contra el mismo acto que originó este proceso, la cual se decidió mediante sentencia de 30 de octubre de 1992, en el sentido de denegar las pretensiones formuladas.

Con apoyo de jurisprudencia de esta Corporación sobre el fenómeno de la cosa juzgada, el Agente del Ministerio Público analiza comparativamente el concepto de violación de las citadas disposiciones constitucionales expresado por los demandantes tanto en el proceso ya fallado como en el presente y concluye que " ...existe también identidad de causa porque las razones que sirvieron de fundamento para solicitar la nulidad del decreto en el primer proceso, coinciden con las expuestas en el caso que nos ocupa" .

En cuanto a los cargos de violación de los artículos 121, 150 numerales 21 y 23, 334, 370 y 48 transitorio de la Carta Política se advierte que los motivos por los cuales se consideran infringidos son básicamente los mismos aducidos para las demás normas, es decir, la inexistencia de una ley que autoriza al Presidente para intervenir y regular lo concerniente a los servicios públicos domiciliarios.

Como quiera que la parte actora no tuvo en cuenta que el decreto acusado se expidió con fundamento en las leyes 126 de 1938 y 155 de 1959, las cuales autorizan en su orden, la intervención del Estado en materia de prestación de servicios

de energía eléctrica, de teléfonos y de acueducto, y de fijación de precios y de normas sobre pesas, medidas, calidad y empaque de productos y servicios y como consecuencia de ello no señala los motivos por los cuales considera que estas leyes no podían ser las que facultaban al Estado para intervenir en los servicios públicos, no procede el estudio de tal aspecto.

Si bien en el momento de expedición de las mencionadas leyes no existía la figura de los servicios públicos domiciliarios, pues este concepto se introdujo en la Constitución de 1991, es evidente que ellos, entendidos bajo la definición que expresa el coadyuvante, se prestaban con anterioridad a la vigencia de dicho ordenamiento, y son los mismos a que se refiere la ley 126 de 1938.

El hecho de que el inciso segundo del artículo 365 de la Carta establezca que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley no significa que sólo a ella corresponda su regulación, pues del contexto de la norma y de los artículos 334 y 370 *ibidem* se desprende la obligación del Ejecutivo de reglamentar los servicios públicos.

Sobre el alegado desconocimiento del artículo transitorio 48 de la Carta Política, "...le asiste la razón a los apoderados de las entidades demandadas cuando afirman que éste nada tiene que ver con el decreto acusado", pues el mismo "... se expidió con base en la potestad reglamentaria que tiene el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, no como un decreto con fuerza de ley, caso en el cual sí se habrían quebrantado los presupuestos exigidos por el artículo en cuestión, que solo autorizaba su expedición si los proyectos de la ley que presentara el Gobierno no eran aprobados en las dos siguientes legislaturas".

Frente a los cargos de violación de los artículos 121 y 150 - 23 de la Carta, se "... insiste en que las leyes que expide el Congreso con relación a los servicios públicos pueden y deben ser reglamentadas por el Ejecutivo. No puede pretender que el Congreso regule íntegramente la materia a través de leyes que se caracterizan por ser generales y abstractas..."

III. - CONSIDERACIONES DE LA SALA

El señor Agente del Ministerio Público considera que debe declararse de oficio la excepción de cosa juzgada frente a los artículos 189 - 11, 367 y 369 de la Carta Política, que el actor invoca como infringidos, por cuanto mediante sentencia de 30 de octubre de 1992 esta Corporación resolvió adversamente a las pretensiones formuladas, una demanda instaurada contra el mismo acto cuya declaratoria de nulidad e impetra en el asunto *sub júdice*, en la cual se planteó el desco-

nocimiento de dichas normas, entre otras, por el mismo concepto de violación que explica el accionante en este proceso. Por consiguiente, corresponda definir inicialmente este aspecto.

La Sala observa que mediante sentencia de 30 de octubre de 1992, de la cual fue ponente el Consejo de Estado Libardo Rodríguez Rodríguez, esta Sección denegó las pretensiones de la demanda instaurada, en ejercicio de la acción de nulidad, por el ciudadano Humberto Rivera Ariza contra el Decreto 1842 de 22 de julio de 1991, expedido por el Gobierno Nacional (Exp No. 1911).

En cuanto se refiere al fenómeno jurídico de la cosa juzgada, el artículo 175 inciso segundo del C.C.A. señala:

"La (sentencia) que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *erga omnes* pero solo en relación con la *causa petendi* juzgada".

Ahora bien, para determinar si en este asunto se presenta la cosa juzgada, la Sala considera que ella debe evaluarse de acuerdo con los requisitos que para tal efecto consagre el artículo 332 del C. de P.C. , cuales son:

a) Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto.

b) Que se funde en la misma causa anterior .

c) Que en los procesos haya identidad jurídica de parte.

Por tanto, a continuación se examinarán los dos procesos a la luz de lo dispuesto en el citado artículo 332 del C. de P.C., teniendo presente que ellos han tenido origen en la acción de nulidad, consagrada en el art 84 del C.C.A.

a) En cuanto al primero de los requisitos mencionados, es decir, la identidad de objeto, resulta evidente que tanto en el proceso radicado bajo el No. 1911, como en el que ahora es objeto de decisión, cabe predicar que las peticiones de la demanda son las mismas, pues en ambos se pretende la declaratoria de nulidad del Decreto 1842 de 22 de julio de 1991, expedido por el Gobierno Nacional.

b) Por lo que concierne al requisito de la identidad de causa, "*causa petendi* juzgada". como lo denomina el artículo 175 del C.C.A., la cual consiste en que los motivos de nulidad alegados en ambos procesos sean los mismos, la Sala constata que las razones que sirvieron de fundamento para solicitar la nulidad del decreto acusado en el primer proceso bajo los cargos de violación de los artículos 189-11, 367 y 369 de la Carta Política, coinciden en esencia con los expuestos en

el asunto *sub exámine,* pues ellos consisten en que correspondía a la ley y no al Ejecutivo fijar las competencias y responsabilidad relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, cobertura, calidad, régimen tarifario, deberes y derechos de los usuarios, régimen de protección, etc., y en que el Presidente de la República no podía ejercer la potestad reglamentaria sobre leyes inexistentes o disposiciones irreglamentables.

c) En lo referente a la presencia del tercer requisito, identidad jurídica de las partes, ésta no tiene aplicación en los procesos contencioso administrativos de nulidad, pues las sentencias que sobre ellos recaigan tienen un valor *erga ommes*, como lo predica el citado artículo 175 del C.C.A. lo cual implica que son oponibles a cualquier demandante que pretenda, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial, y toda vez que en éstos la parte actora no promueve la acción en interés particular sino, por el contrario, en interés del orden jurídico.

Las consideraciones que anteceden son suficientes para que la Sala, en ejercicio del poder que le reconoce el artículo 164 inciso segundo del C.C.A., estime que frente a las acusaciones de violación de los artículos 189 - 11, 367 y 369 de la Carta Política se configura plenamente el fenómeno jurídico de la cosa juzgada y, en consecuencia, se declare probada tal excepción en la parte dispositiva de esta sentencia.

De consiguiente, se procede al análisis de las restantes acusaciones formuladas en la demanda.

En relación con el primer cargo.- En él se plantea la violación de los artículos 334 y 150 - 23 de la Carta Política, con el argumento de que el acto acusado se expidió sin que existiese una ley que faculte al Presidente de la República para intervenir en los servicios públicos.

En primer término, la Sala hace notar que conforme a su epígrafe el Decreto 1842 de 1991 se expidió por el Ejecutivo en ejercicio de las facultades "... que le confieren las leyes 126 de 1938 y 155 de 1959 y los artículos 334 y 189 ordinal 11 de la Constitución Política".

La citada ley 126 de 1938, " sobre suministro de luz y fuerza eléctrica a los municipios, adquisición de empresas de energía eléctrica, de teléfonos y de acueductos e intervención del Estado en la prestación de los servicios de las mismas empresas", regula, en términos generales, materias sobre construcción, ensanche y mantenimiento de plantas de energía eléctrica, de suministro de luz y fuerza eléctrica, a los municipios, adquisición de empresas de energía eléctrica, de teléfonos y

de acueductos e intervención del Estado en la prestación de dichos servicios, como se consigna específicamente sobre la organización del servicio a través de una dependencia del Gobierno para ejercer la inspección, vigilancia y control de las empresas que lo prestan (art. 2o.). y la que declara de utilidad pública la adquisición por la Nación, los departamento y los municipios, de las empresas de producción y distribución de energía eléctrica, las de teléfono y las de acueducto destinadas a prestar servicio público, empresas que quedan sometidas al control del Gobierno Nacional el cual ejercerá las funciones de fiscalización e inspección técnica y económica que considere necesarias para garantizar una correcta prestación de los servicios (art. 24).

Por su parte, la Ley 155 de 1959, "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas" faculta al Gobierno para ejercer la vigilancia de las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado (art. 2o.), e intervenir en la fijación de precios y normas sobre pesas, medidas, calidad y empaque de los productos o servicios, con miras a defender los intereses de los consumidores (arts. 3 y 17).

Con base en los anteriores ordenamientos legales, la Sala considera que la existencia de ellos desvirtúa por sí misma los cargos de violación que le atribuye el demandante, toda vez que ellos, a pesar de haberse expedido bajo el régimen constitucional anterior continúan vigentes bajo el imperio de la nueva Carta Política, en la medida en que autorizan la intervención del Estado en los servicios públicos, y hasta la expedición de la nueva normatividad sobre la materia.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con los cargos segundo, cuarto, quinto y sexto.- La Sala considera que ninguno de ellos tiene vocación de prosperidad, toda vez que ellos se fundamentan básicamente en la misma razón aducida en el cargo anterior, el cual no prosperó, vale decir, la inexistencia de una ley que autorizara al Gobierno Nacional para intervenir en la regulación y prestación de los servicios públicos.

Por lo tanto, estos cargos tampoco prosperan.

Sin perjuicio de lo expuesto, se hace notar que al no haberse formulado en la demanda ninguna acusación de legalidad del acto acusado frente a las Leyes 126 de 1938 y 155 de 1959, en las cuales expresa fundamentarse, así como tampoco planteado que algunas de sus disposiciones sean incompatibles con la nueva Constitución, de tal manera que respecto de las mismas pudiese plantearse una de

inconstitucionalidad sobreviniente, ello inhibe a la Sala para avocar su estudio comparativo con las diferentes normas que integran dicho acto, y que sería el único mecanismo que permitiría concluir sobre su conformidad o inconformidad con la Constitución o con la ley.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Primero .- DECLARASE probada la excepción de cosa juzgada en relación con la sentencia proferida por esa Sección el 30 de octubre de 1992, respecto de la solicitud de nulidad planteada contra el Decreto 1842 de 22 de julio de 1991, bajo los cargos de violación de los artículos 189- 11, 367 y 369 de la Constitución Política.

Segundo. - Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Tercero.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cuarto. - En firme esta providencia, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, y cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintitrés de Febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

RECURSO DE REPOSICION - Técnica. **AUTO ADMISORIO. AUTO DE TRAMITE.**

La Sala considera, que la interpretación lógica y sistemática de los artículos 154, 180 y 207 del C.C.A. no cabe duda alguna sobre la procedencia del recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar -COLSUBSIDIO- contra el auto admisorio de la demanda, no sólo por cuanto su naturaleza de auto de trámite lo hace posible del medio de impugnación utilizado en la medida en que el recurso de reposición procede contra todo auto de esa naturaleza, salvo que la ley prohíba expresamente, sino además, debido a que no existe razón jurídica ni lógica con fundamento en la cual pueda sostenerse válidamente que tal medio de defensa sólo opera respecto del auto admisorio de la demanda dictado por el ponente y no contra la misma decisión cuando quiera que por virtud del mandato del artículo 154 del C.C.A. ella se adopte por la Sala o Sección del Consejo de Estado a quien corresponda el conocimiento del asunto para efecto de resolver sobre la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

ACCION DE NULIDAD ESPECIAL. REGISTRO DE MARCA. GACETA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL. PUBLICACION. ACTOS ADMINISTRATIVOS. ACCION MARCARIA. CADUCIDAD

En primer término cabe señalar que si bien la indicada norma consagra la procedencia de la acción de nulidad contra "el certificado de una marca", la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Suprema de Justicia ha establecido de tiempo atrás que dicha acción debe entenderse referida al actos administrativos que dispone su registro y, como consecuencia de ello, ordena expedir el certificado que acredite los derechos que la ley

otorga a su titular. La Gaceta de Propiedad Industrial es el medio oficialmente destinado por la Superintendencia de Industria y Comercio para publicar, entre otros, los actos administrativos que tengan alcance o interés general, como aquellos que conceden el registro de marcas, respecto de los cuales procede la acción pública consagrada en el citado artículo 596 del C de Co., en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 71 de la decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, vigente al momento de expedición del acto cuya declaratoria de nulidad se impetra. Como quiera que el objeto fundamental de la publicación de los actos administrativos que conceden el registro de marcas es el de garantizar "la efectividad de los derechos intereses de los administrados, reconocidos por la ley" (art 2o. C.C.A.) y es la concreción de dos de los principios orientadores de las actuaciones administrativas, como son los de publicidad y contradicción en virtud de los cuales, en su orden, se establece el deber de las autoridades de dar "a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenen este Código y la Ley", y que los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir esas decisiones por los medios legales, de ello cabe concluir sin lugar a dudas, que el término de caducidad para el ejercicio de la acción consagrada en el artículo 596 del Código de Comercio debe contarse a partir de la fecha de publicación del acto que concede el registro de la marca de que se trate y, en ningún momento desde la fecha de su expedición, más aún si tiene en cuenta que de conformidad con lo previsto por los artículos 2o. literal e) y 8o. de la Ley 57 de 1985, los actos de las Superintendencias que tengan alcance o interés generales, "...sólo regirán después de la fecha de su publicación".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia Expediente No. 3007. Actor: Carlos Adolfo Chaves Febre

Procede la Sección Primera a resolver el recurso de reposición interpuesto por la Caja Colombiana de Subsidio Familiar - COLSUBSIDIO -, tercero interesado en las resultas del proceso, en contra del auto admisorio de la demanda proferido el 9 de noviembre de 1994 (fls. 37 a 41), con la finalidad de obtener su revocatoria.

LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Previa invocación del artículo 154 del C.C.A. como fundamento del recurso, el apoderado judicial de la Caja Colombiana de Subsidio familiar - COLSUBSIDIO - expresa los argumentos que se sintetizan a continuación en sustento de su solicitud de revocatoria (fls. 73 a 81):

La expresión "COLSUBSIDIO" fue inicialmente usada en el año de 1963 y el conocimiento que tiene de ella el público en general es aún anterior a su propio registro, cuya solicitud se publicó en la Gaceta Industrial el 9 de diciembre de 1982.

Mediante la Resolución No. 012818 de 12 de diciembre de 1985, respecto de la cual se solicita su declaratoria de nulidad, se concedió el registro de la marca consistente en la expresión "COLSUBSIDIO" para amparar servicios varios de los prestados por hoteles, restaurantes, cafeterías, clínicas, hospitales, etc. comprendidos en la clase 42 del Decreto 755 de 1972 (Certificado de Registro No. 111.412) y el 30 de noviembre de 1990 se peticionó su renovación, la que se concedió por Resolución No. 30906 de 14 de diciembre de 1993 para el período comprendido entre el 2 de diciembre de 1990 y el 2 de diciembre del año 2000.

Como quiera que el Consejo de Estado interpretó la demanda en el sentido que la acción se ejercita con fundamento en el artículo 596 del C. de C y sostiene que el término de caducidad de ella debe contarse a partir de la publicación del acto que otorgó la marca en la Gaceta de Propiedad Industrial, no se comparte este último planteamiento, toda vez que la norma es expresa en señalar que dicha acción deberá intentarse dentro de los cinco años siguientes a la fecha de su registro, so pena de producirse su caducidad.

Dada la claridad del tenor literal de la indicada norma, y en virtud del mandato imperativo del artículo 27 del Código Civil, al Consejo de Estado no le es permitido interpretarla. Cualquier interpretación que se haga en ella no está amparada legalmente. "En consecuencia, el término de caducidad del artículo 596 del Código de Comercio debe entenderse a partir de la fecha de su resolución que concede registro y no a partir de la publicación del mismo en la Gaceta de Propiedad Industrial...(...) pues no sería lógico ni jurídico que el término de caducidad de la acción fuera superior al de la propia vigencia del registro". Es decir, los efectos de la Resolución acusada terminaron en el momento en que surgió a la vida jurídica el acto administrativo de renovación de la marca "COLSUBSIDIO", con los siguientes efectos retroactivos de dicho acto.

La recurrente manifiesta que su argumentación se respalda en las sentencias proferidas por esta Sección en fecha 12 de febrero de 1993, Expediente No. 57, Actor: Etablissement Marquint, Grandes Marques Internationales, Consejero Ponente Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz y 21 de mayo de 1992, Expediente No. 1072, Actor: Sociedad Nike Internacional Ltda., Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez, las cuales "... ponen de presente que el término de caducidad de la acción de nulidad del artículo 596 del Código de Comercio se cuenta desde la fecha de registro de la marca, y no desde la publicación del mismo, conclusión que compartimos toda vez que no resultaría lógico que una marca cuyo certificado de registro no ha sido publicado, pero el cual ya ha sido objeto de renovación puede ser susceptible de la presente acción de nulidad".

Si se tiene en cuenta que la Resolución demandada se expidió el 12 de diciembre de 1985, debe concluirse, expresa el recurrente, que el término de caducidad de la acción ejercida venció el 12 de diciembre de 1990 y no el 7 de junio de 1995, cinco años después de la publicación del certificado de registro de la marca "COLSUBSIDIO", como lo ha interpretado el Consejo de Estado.

Toda vez que la demanda que dio origen al proceso fue presentada el 27 de julio de 1994, a esa fecha la acción ejercida había caducado.

LA IMPUGNACION DEL RECURSO

En escrito que obra a folios 83 a 85 el actor solicita no reponer el auto recurrido, con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación:

El artículo 154 del C.C.A. es claro en señalar que el recurso de reposición en los negocios que se ventilen ante el Consejo de Estado sólo procede contra el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional, la cual se resuelve por la Sala o Sección en el auto admisorio de la demanda. Ello significa que la decisión de admitir la demanda no es susceptible del recurso de reposición, pero sí lo es en lo concerniente a la que resuelve el actor sobre la solicitud de suspensión provisional. Debe tenerse en cuenta que el artículo 207 *ibídem* ordena que la demanda debe admitirse si reúne los requisitos legales.

Los únicos recursos que proceden contra el auto admisorio o inadmisorio de la demanda dictado por el ponente en Sala Unitaria es el de súplica para ante los demás magistrados que integran la Sala (art. 183 ib), y el de apelación contra el auto que admite la demanda, pero cuando este se dicta en primera instancia.

En consecuencia, "cuando el artículo 180 del C.C.A. indica que el Recurso de Reposición procede contra los autos interlocutorios dictados por las Salas del Consejo de Estado, es obvio que se está refiriendo también a los autos en los cuales se admite la demanda y se resuelve al mismo tiempo la solicitud de suspensión provisional, pero como ya se explicó, solamente en lo que respecta a este último.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En lo que se relaciona con los argumentos de la parte actora, la Sala considera, que la interpretación lógica y sistemática de los artículos 154, 180 y 207 del C.C.A. no cabe duda alguna sobre la procedencia del recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar -COLSUBSIDIO- contra el auto admisorio de la demanda, no sólo por cuanto su naturaleza de auto de trámite lo hace posible del medio de impugnación utilizado en la medida en que el recurso de reposición procede contra todo auto de esa naturaleza, salvo que la ley lo prohíba expresamente, sino además, debido a que no existe razón jurídica ni lógica con fundamento en la cual pueda sostenerse válidamente que tal medio de defensa sólo opera respecto del auto admisorio de la demanda dictado por el ponente y no contra la misma decisión cuando quiera que por virtud del mandato del artículo 154 del C.C.A. ella se adopte por la Sala o Sección del Consejo de Estado a quien corresponda el conocimiento del asunto para efecto de resolver sobre la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

Como consecuencia de lo expresado, y teniendo en cuenta que el auto admisorio de la demanda proferido por esta Sección el 9 de noviembre de 1994 es susceptible de ser impugnado mediante recurso de reposición y que el mismo se interpuso dentro de los tres días siguientes a su notificación, se procede a estudiar sus fundamentos, los cuales, en esencia, consisten en que el término de caducidad de cinco años consagrado en el artículo 596 del Código de Comercio para el ejercicio de la acción de nulidad debe contarse a partir de la fecha de expedición del acto acusado y no desde la fecha de su publicación en la Gaceta de Propiedad Industrial.

Dispone el artículo 596 del C. de C.:

"El certificado de una marca podrá anularse a petición de cualquier persona si al expedirse se infringieron las disposiciones de los artículos 585 a 586; pero en este último caso la solicitud deberá impetrarse dentro de los cinco años, contados a partir de la fecha de registro de la marca cuya cancelación se solicita...".

En primer término cabe señalar que si bien la indicada norma consagra la procedencia de la acción de nulidad contra "el certificado de una marca", la Jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Suprema de Justicia ha establecido de tiempo atrás que dicha acción debe entenderse referida al acto administrativos que dispone su registro y, como consecuencia de ello, ordena expedir el certificado que acredite los derechos que la ley otorga a su titular (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de diciembre de 1980, Consejero ponente doctor Jacobo Pérez Escobar, Actos: Procesadora Avícola del Valle S. A., Expediente No. 2014, Anales Segundo Semestre 1980, págs. 241 - 248, y Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de 30 de marzo de 1981, Magistrado Ponente doctor Ricardo Uribe Holguín, Actor: Grandes Marques Internationales'.

Ahora bien, precisado lo anterior y luego de analizar los fundamentos del recurso, la Sala considera que no es procedente la solicitud de revocatoria del auto impugnado, por las razones que se expresan a continuación:

a) Señala el artículo 2o. de la resolución acusada: "previa cancelación de los derechos que esta actuación causa, entréguese al titular el certificado de Registro, háganse las anotaciones en los libros correspondientes y publíquese en la Gaceta de Propiedad Industrial...".

b) La Gaceta de Propiedad Industrial es el medio oficialmente destinado por la Superintendencia de Industria y Comercio para publicar, entre otros, los actos administrativos que tengan alcance o interés general, como aquellos que conceden el registro de marcas, respecto de los cuales procede la acción pública consagrada en el citado artículo 596 del C de Co., en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 71 de la decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, vigente al momento de expedición del acto cuya declaratoria de nulidad se impetra.

c) Como quiera que el objetivo fundamental de la publicación de los actos administrativos que conceden el registro de marcas es el de garantizar "la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley" (art. 2o. C.C.A.) y es la concreción de dos de los principios orientadores de las actuaciones administrativas, como son los de publicidad y contradicción en virtud de los cuales, en su orden, se establece el deber de las autoridades de dar a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este Código y la ley, "y que los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir esas decisiones por los medios legales", de ello cabe concluir sin lugar a dudas, que el término de caducidad para el ejercicio de la acción consagrada en el artículo 596 del Código de Comercio debe contarse a partir de la fecha de publi-

cación del acto que concede el registro de la marca de que se trate y, en ningún momento desde la fecha de su expedición, más aún si se tiene en cuenta que de conformidad con lo previsto por los artículos 2o. literal e) y 8o. de la Ley 57 de 1985, los actos de las Superintendencias que tengan alcance o interés generales, "..:sólo regirán después de la fecha de su publicación".

d) Para la Sala no es válido fundamentar el recurso en lo expresado por esta Sección en las sentencias que se citan y transcriben parcialmente en su sustentación, pues, de una parte en ellas simplemente se aludió al tenor literal del artículo 596 del Código de Comercio a efecto de puntualizar quiénes son los titulares de la acción en él consagrada y, de otra, en dichas providencias no se analizó ni definió la materia a que se contrae en asunto *sub exámine,* como se evidencia de su lectura.

Finalmente la Sala hace notar al recurrente que la labor del Juez no se reduce a la facilista tarea de aplicar ciegamente la legislación, pues como toda producción de la mente humana es susceptible de interpretación, que armonice con el contexto de las demás normas que se relacionan con la materia de que se trate y con las demás que forman parte integrante del ordenamiento jurídico del país.

En virtud de las consideraciones precedentes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE

1o. CONFIRMASE el auto admisorio de la demanda de fecha 9 de noviembre de 1994.

2o. Reconócese personería al doctor Daniel Peña Valenzuela, como apoderado judicial sustituto de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar -COLSUBSIDIO-, en los términos y para los efectos del memorial y anexos que obran a folios 67 a 72.

3o. Reconócese personería al Doctor Ramón Francisco Cárdenas Ramírez, como apoderado Judicial de la Nación - Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos y para los efectos del poder que obra a folio 89.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Mediante auto del 24 de marzo de 1995, se denegó solicitud de aclaración del auto de la referencia.

DOCUMENTOS PUBLICOS. COPIAS AL CARBON. Valor probatorio. **DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES. PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL. ACCION DE NULIDAD. PRUEBAS**

Para la Sala la citada copia es suficiente prueba de la existencia y representación legal de la entidad demandante, no sólo por cuanto la Jurisprudencia ha aceptado la validez de las copias al carbón de los documentos públicos, sino porque de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, sobre descongestión judicial, los documentos aducidos al proceso se presumen válidos sin necesidad de autenticación, y ante todo, porque del principio de la prevalencia del derecho sustancial, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política, debe presumirse la validez de un documento como el descrito, sin perjuicio de que cualquier interesado pueda tacharlo de falso y desvirtuar esa presunción. En cuanto a los hechos u omisiones y la petición de pruebas, a que se refieren los ordinales 3o. y 5o. del artículo 137 del C.C.A., basta reiterar que de acuerdo con jurisprudencia de la Corporación, estos requisitos no son necesarios cuando se trata de una controversia de simple derecho, como la planteada en la demanda que ha dado lugar al presente proceso, pues ellos no son esenciales para la decisión que deba tomarse.

SUSPENSION PROVISIONAL. Solicitud. **COSA JUZGADA.** Improcedencia

La simple circunstancia de que se haya tomado una decisión sobre denegatoria de suspensión provisional en otro expediente, no impide que el asunto sea nuevamente estudiado frente a una nueva solicitud.
Precisamente la Sala hace notar que lo sucedido frente a la norma demandada consistió en que dentro de la motivación de la suspensión provisional no decretada en la demanda que dio lugar al expediente No. 3058

del cual fue ponente el Consejero Miguel González Rodríguez, no se citaron el numeral 2 del artículo 5o. ni los artículos 40, 41 y 42 del Decreto Ley 663 de 1993, y que constituyeron fundamento esencial de la nueva decisión, por lo cual no es cierto que existiera coincidencia de las normas aducidas en las dos oportunidades y, por lo mismo, no puede hablarse de contradicción de la Sala ni mucho menos de cosa juzgada, con mayor razón entratándose de un auto contentivo de medida provisional, el cual no puede dar lugar a este último fenómeno.

REVOCO el numeral 2o. del auto citado, mediante el cual se DECRETO LA SUSPENSION PROVI-SIONAL del art. 5o. del Decreto 2423 de 7 de diciembre de 1993, y en su lugar DENIEGA LA SUSPENSION PROVISIONAL.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 3110 Actor: Federación Nacional de Productores de Seguros "FENALPROSE".

Procede la Sala a resolver los recursos de reposición interpuestos por los apoderados judiciales de la Asociación Bancaria de Colombia, la Unión de Aseguradores Colombianos - FASECOLDA -, la Sociedad TECSEFIN S. A., y la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, contra el auto proferido por esta misma sección el 9 de noviembre de 1994, mediante el cual se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional del artículo 5o. del Decreto 2423 del 7 de diciembre de 1993.

I. EL AUTO RECURRIDO

Mediante el auto recurrido, la Sala adoptó la decisión de suspensión provisional con fundamento en los siguientes argumentos (fls. 28 a 30 de Cdno. No. 1):

"La Sala observa que de conformidad con el artículo 5o. numeral 2, del Decreto 663 de 1993, citado por el actor en la sustentación de la solicitud de suspensión provisional, son intermediarios de seguros los corredores, las agencias y los agentes, cuya función consiste en la realización de las actividades contempladas en el presente Estatuto".

"A su vez, los artículos 40 y 41 del mismo estatuto precisan que son corredores de seguros las empresas constituidas o que se constituyen como socieda-

des comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada, cuyo objeto social sea exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador, y que son agentes colocadores de pólizas de seguros y de títulos de capitalización las personas naturales que promuevan la celebración de contratos de seguro y de capitalización y la renovación de los mismos en relación con una o varias compañías de seguros o sociedades de capitalización". Igualmente, el artículo 42 indica que entre las facultades de las agencias de seguros "está la de promover la celebración de contratos de seguro...".

"Del análisis comparativo de las normas citadas, la Sala concluye que efectivamente asiste razón al solicitante al considerar que la norma reglamentaria demandada (artículo 5o. del Decreto 2423 de 1993) contraría de manera manifiesta el Parágrafo 1o. del artículo 3o. de la Ley 35 del 1993 y el artículo 48, numeral 1, literal a) del Decreto Ley 663 de 1993, en cuanto aquella norma autoriza a los establecimientos de crédito (bancos, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda y compañías de financiamiento comercial - artículo 2, numeral 1 del Decreto 663 de 1993) para colocar seguros actividad que hace parte del objeto principal de los corredores, agentes y agencias de seguros, mientras que las normas legales citadas prohiben al gobierno que en ejercicio de la facultad de autorizar las operaciones que pueden realizar las entidades financieras y aseguradoras, autorice a unas entidades diferentes operaciones que corresponden al objeto principal de entidades especializadas".

II. LOS RECURSOS INTERPUESTOS

A.- Recurso de la Asociación Bancaria de Colombia

En este recurso se solicita revocar la suspensión provisional decretada "y aun el propio auto admisorio de la misma (sic) y se de continuación a la radicada en el expediente 3058", con fundamento en los siguientes hechos y razones de inconformidad (fls. 38 a 46):

Como hechos se refiere fundamentalmente a que la Federación Nacional de Productores de Seguros "FENALPROSE" presentó una demanda anterior contra la misma norma aquí demandada y con fundamento en las mismas razones, la cual fue radicada bajo el No 3058 y fue objeto de negativa de la suspensión provisional mediante auto del 23 de septiembre de 1994, con ponencia del Consejero Miguel González Rodríguez, en la cual se expresó que era necesario acudir a la interpretación de otras normas, mientras que en el auto aquí recurrido se consideró que la

norma demandada contraría de manera manifiesta algunas de las normas citadas en la solicitud.

No obstante lo anterior, con posterioridad la demandante solicitó el retiro de la demanda, que le fue aceptada el 11 de octubre de 1994, para después, el 24 de octubre del mismo año, presentar una nueva demanda que ha dado lugar al auto recurrido.

Como razones de inconformidad expresa las siguientes:

1.- La naturaleza jurídica de la acción de simple nulidad impide tanto al Juez como a las partes que puedan decidir, por sí y ante sí, el retiro de la demanda conforme a las reglas del procedimiento civil, o aun su desistimiento, dado que el fin perseguido con su ejercicio está en franca y abierta oposición a todo interés particular, subjetivo y concreto.

2.- De acuerdo con la Jurisprudencia del Consejo de estado no es admisible el desistimiento de la demanda cuando se trata de acción de simple nulidad, por estar de por medio el interés público, por lo cual tampoco debe entenderse procedente el retiro de la demanda.

3.- No se entiende el cambio de Jurisprudencia del Consejo de Estado respecto del asunto *sub júdice*, "pues en muy breve lapso sostuvo frente al mismo acto acusado respecto de las mismas normas presuntamente señaladas como infringidas y dados los mismos argumentos esgrimidos, dos tesis totalmente contrapuestas".

4.- Los intermediarios de seguros no son instituciones financieras, pues en el artículo 90 de la Ley 45 de 1990 estos don considerados una excepción, no obstante que el artículo 1o. del Decreto 663 de 1993 establezca que hacen parte del sistema financiero. Además, en el sistema normativo contenido en el estatuto orgánico del Sistema Financiero se respeta el mandato consagrado en la mencionada ley.

5.- Los intermediarios de seguros no pertenecen al sector asegurador, porque cada vez que la ley se refiere a "entidades aseguradoras", se está frente a instituciones financieras con exclusión de los intermediarios de seguros por disposición expresa del artículo 5o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

6.- La actividad de "intermediación de seguros" no es financiera ni aseguradora, sino comercial, ya que supone necesariamente la existencia de dos contratos causales, la agencia comercial o el corretaje mercantil. En este orden de ideas, este tipo de contratos no requiere autorización estatal para su realización, otra

cosa es que la intermediación de seguros se halle sujeta a determinadas reglas, como es el caso de las instituciones financieras a las cuales es permitido celebrar acuerdos para comercializar masivamente, a través de una red de oficinas, pólizas estandarizadas de seguros.

B.- Recurso de la Unión de Aseguradores Colombianos FASECOLDA

En él se solicita revocar en todas sus partes el numeral segundo de la providencia del 9 de noviembre de 1994, "y en tal virtud se proceda a denegar la medida de suspensión provisional solicitada por la entidad demandante", con fundamento en las siguientes razones (fls. 49 a 70):

1.- Improcedencia de la solicitud de suspensión provisional impetrada por la entidad demandante, ya que el volver a decidir una solicitud de suspensión provisional, formulada por el actor en su momento (Expediente No. 3058 - demanda presentada en septiembre de 1994-), pone en peligro la firmeza de las decisiones judiciales, su certidumbre, y deja abierta la posibilidad de que se... "intente cuantas veces desee la aducida suspensión mediante la presentación de nuevas demandas, máxime si se trata de una acción pública como es la de nulidad, por naturaleza imprescriptible..." (fl. 52). FENALPROSE, pues, al no impugnar la providencia del 23 de septiembre de 1994, expediente No. 3058, por la que se negaba la suspensión provisional del mismo acto acusado que ahora se demanda, está empleando una vía procesal diferente a la señalada por el legislador para clarificar, frente a los estratos judiciales, su posición jurídica. Por tanto, la única vía procesal a la cual debió ceñirse era la del recurso de reposición, "...en consideración a que todas las demás vías deben estimarse inconducentes *a fortiori* cuando ha existido ya un pronunciamiento de fondo o un juzgamiento previo, por preliminar que resulte - no controvertido - por parte de la Corporación a la que se le somete de nuevo el MISMO ASUNTO FALLADO..." (fl. 53). Todo esto conlleva a tener en cuenta la preclusividad de los términos y oportunidades legales que se presentan dentro de un proceso, conforme a lo expresado por el Consejo de Estado (expediente No. 5183, auto de 26 de noviembre de 1990).

2.- Improcedencia del retiro de la demanda por parte de la entidad demandante, pues ésta al ejercer la acción de nulidad lo está haciendo en interés de toda la colectividad, ya que su objetivo es proteger el principio de la legalidad mediante el pronunciamiento de la jurisdicción contenciosa sobre la constitucionalidad o legalidad del acto acusado. Por tanto, el retiro de la demanda con la cual se había solicitado la suspensión provisional, no es procedente porque es la colectividad la interesada en que haya un juzgamiento, lo cual implica ante todo una cuestión de

orden público que no puede ser desconocida por cualquiera, como en este caso, al retirar o renunciar al trámite de la acción. Por todo esto, la nueva acción de nulidad iniciada no es susceptible de ser tramitada por existir ya una, cuyo pronunciamiento judicial es necesario.

3.- Ausencia de configuración de los presupuestos exigidos por la ley para que pueda decretarse la suspensión provisional.

Para que se decrete la suspensión no sólo es necesario la virtual violación normativa, sino que además ésta sea de tal magnitud que la oposición del acto acusado con la norma superior sea protuberante, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada del propio Consejo de Estado.

La Corporación partió de dos premisas para concluir que había enfrentamiento entre el acto acusado (artículo 5o. del Decreto 2423 de 1993) y la norma superior (parágrafo 1 dela artículo 3o. de la Ley 35 de 1993): que la colocación de seguros hace parte del objeto principal de los corredores, agente y agencias de seguros y, que esas entidades son especializadas.

En cuanto a la primera premisa, ésta no está acorde con el ordenamiento jurídico, toda vez que, de conformidad con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los intermediarios de seguros, en estricto sentido, no tiene dentro de su objeto social la colocación; por el contrario, su objeto principal es promover la celebración de contratos de seguro y capitalización, así como su renovación, sin perjuicio de la autorización de realizar otras actividades divergentes. Además, tampoco es de recibo concluir que los intermediarios de seguros tiene como objeto principal la colocación sólo porque la ley los denomina "colocadores de seguros" pues el legislador lo emplea como un término descriptivo de una operación de tipo material.

A lo anterior es importante agregar, que el artículo 6 del Decreto 837 de 1967, reglamentario de la Ley 65 de 1966, ley que reguló la actividad del agente colocador de seguros, se pronuncia de la misma manera, al igual que grandes doctrinantes, como los Doctores J. Efrén Ossa y Hernando Tapias Rocha.

En relación con la segunda premisa, no es cierto que las agencias y agentes de seguros son entidades especializadas, pues su objeto social es múltiple, permitiéndoles desarrollar diferentes actividades independientes y jurídicamente ajenas entre sí. Así mismo, la Ley 35 de 1993 consideró como únicas especializadas, las actividades financiera, aseguradora y todas las demás orientadas al manejo, aprovechamiento y la inversión del recursos captados al público, dejando por fuera la

intermediación. Además, si fueran especializadas, la entidad aseguradora no podría directamente promover la celebración de sus contratos, facultad que es natural a la explotación de su objeto. Por último, es bueno señalar que los intermediarios de seguros, según el Decreto 2423 de 1993, pueden operar en todos los ramos promocionando y asesorando al cliente.

C.- Recurso de la Sociedad TECSEFIN S.A.

A través de esta impugnación, el apoderado de la sociedad recurrente pretende que se revoque la providencia que admitió la demanda y decretó la suspensión provisional allí impetrada y, en su lugar se niegue, tanto el trámite de la demanda como la suspensión provisional de la norma acusada. Funda el recurso en razones de orden constitucional, legal y jurídico así como en jurisprudencia, de la siguiente manera (fls. 77 a 86).

1.- Inepta demanda por falta de requisitos legales. En efecto, en el escrito contentivo de ésta no se expresa el nombre y domicilio del representante de FENALPROSE, como tampoco el delegado del Ministerio para recibir notificaciones; así mismo, no se acredita en debida forma la existencia y representación legal de la actora, pues la copia al carbón de la resolución que se acompaña no produce efecto alguno, y los hechos y omisiones, los fundamentos de derecho de las pretensiones y las pruebas no están debidamente invocados, contrariando disposiciones del C.C.A., así como jurisprudencia del Consejo de Estado.

2.- Improcedencia de la suspensión provisional, pues lo que aquí se discute ya fue objeto de pronunciamiento de la misma Sala, en la cual se denegó la solicitud, y mal podría otorgarse ahora teniendo en cuenta que las situaciones de hecho y de derecho no han variado, dada la plena identidad de las partes, la pretensión, la norma acusada y las supuestamente transgredidas. Además, en la providencia recurrida la Sala hace un análisis de fondo impropio de este estado del proceso, y contrariando así la jurisprudencia de la Corporación, aludida en la providencia que denegó la solicitud de suspensión presentada en el expediente No. 3058.

3.- Ausencia de violación a norma superior en la disposición acusada, toda vez que no es posible afirmar que los intermediarios de seguros son entidades especializadas y que su objeto principal es la colocación de seguros, pues está desconociendo lo dispuesto por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en varios de sus artículos, y la autorización de la Ley 35 de 1993, a los establecimientos de crédito para la colocación de seguros, De otra parte, la operación que realizan los establecimientos de crédito en la colocación de seguros, es diferente a la de los intermediarios de seguros, ya que requiere la previa celebración de un convenio (contrato de seguro de grupo).

D.- Recurso del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El apoderado del Ministerio enfoca el recurso específicamente a la suspensión provisional, con énfasis en los siguientes puntos (fls. 95 a 100):

1. La presunta violación de la ley no es manifiesta, toda vez que el concepto de entidad especializada en el sistema financiero tiene diversas acepciones y sería erróneo afirmar que lo es así por el tipo de operación que realiza cada una de las instituciones reguladas en el Decreto 663 de 1993. Por otra parte, los intermediarios de seguros están excluidos dentro del concepto de "instituciones financieras", de acuerdo con el artículo 90 de la Ley 45 de 1990.

En cuanto a la colocación de seguros, ésta es una actividad diferente a la de intermediación. Mediante la primera, el usuario puede celebrar el contrato de seguro, mientras que en la segunda intermediación lo que se presenta es una oferta, promoción y renovación del contratos de seguro.

2.- La suspensión provisional del artículo 5o. del Decreto 2423 de 1993 había sido negada mediante decisión judicial en firme, impidiendo la reconsideración del asunto, "...menos aún cuando no se había utilizado el instrumento procesal diseñado por el legislador para tal efecto, es decir, el recurso de reposición".

III.- IMPUGNACION DE LOS RECURSOS

Dentro del término de traslado de los recursos el apoderado de la entidad actora presentó un memorial en el cual controvierte los diversos argumentos expresados por los recurrentes (fls. 102 a 119).

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos interpuestos contienen argumentos tanto contra el auto admisorio en sí mismo como contra la decisión de suspensión provisional, por lo cual la Sala considerará los diferentes argumentos de acuerdo con esa perspectiva.

A.- Los recursos contra el auto admisorio de la demanda

Estos recursos son los presentados por la Asociación Bancaria de Colombia y por la sociedad TECSEFIN S.A., algunos de cuyos argumentos se dirigen expresamente contra la decisión de la Sala de admitir la demanda.

1.- En el caso del recurso de la Asociación Bancaria de Colombia, los argumentos contra el auto admisorio de la demanda tienen que ver con la existencia de un proceso anterior con el mismo objeto y la imposibilidad de retirar la demanda cuando se trata de la acción pública de nulidad.

Al respecto, la Sala hace notar que si bien es cierto que en esta misma Sección se tramitó el proceso No. 3058, en el cual se demandaba la misma norma aquí demandada por parte de la misma entidad actora y en él se negó la suspensión provisional solicitada y posteriormente se aceptó por el Consejero Ponente el retiro de la demanda, esta última decisión adquirió firmeza y llevó al archivo del expediente, de donde resulta que lo decidido allí no puede ser objeto de controversia dentro de un nuevo proceso con el que ahora se adelanta.

De otra parte, no es cierto que no pueda iniciarse un nuevo proceso sobre el mismo objeto de otro anterior, pues esta circunstancia no se encuentra dentro de las causales de inadmisión de la demanda previstas en los artículos 143 del C.C.A. y 85 del C.P.C. Tal situación solamente trae como consecuencia que si se presenta el fenómeno de la cosa juzgada, así deberá declararse en el fallo que dé por terminado el segundo proceso o la acumulación de los mismos cuando ambos se encuentren en trámite y así lo solicita una de las partes.

Por lo anterior, el recurso no prospera.

2.- En el recurso de la sociedad TECSEFIN S.A., los argumentos contra el auto admisorio de la demanda están referidos a una supuesta inepta demanda por falta de requisitos legales así:

2.1. La demanda no expresa el nombre y domicilio del representante de la entidad demandante ni designa el funcionario del Ministerio para recibir notificaciones, de acuerdo con el numeral 1 del art. 137 y los arts. 149 y 150 del C.C.A., en concordancia con el numeral 3 del art. 75 del C. de P.C. y con jurisprudencia de la Sección Cuarta que cita.

Sobre el particular la Sala hace notar que el ordinal 1o. del artículo 137 del C.C.A., exige " la designación de las partes y sus representantes''. En consecuencia, no es aplicable en este aspecto el artículo 75 del C. de P.C. por existir norma expresa en el estatuto procesal administrativo. En el caso concreto, es evidente que la demanda designa como parte demandante a la Federación Nacional de Productores de Seguros - FENALPROSE -, representada por el abogado que la interpone, de acuerdo con el poder que obra al folio 1 del expediente, otorgado por el representante legal de la entidad.

En cuanto a la parte demandada también es evidente que la demanda se dirige expresamente "contra la Nación - Ministerio de Hacienda" (y Crédito Público)", representada por el Ministerio de Hacienda (y Crédito Público), sin que sea requisito de la admisión el señalar "el funcionario del Ministerio delegado para recibir notificaciones" como lo pretende el recurrente.

En consecuencia, el recurso no prospera por este aspecto.

2.2. No se acredita en debida forma la existencia y representación legal de la Federación que se dice actora, según lo exigen el inciso 5 del artículo 139 del C.C.A. y el numeral 3 del artículo 77 del C. de P.C., en concordancia con el artículo 633 del C.C y el 80 de la Ley 153 de 1887, pues sólo se allega una simple copia al carbón de una supuesta resolución numerada y fechada a mano, con un sello de "ANALISTA" y carece de los requisitos legales para su notificación en debida forma pues no expresa los recursos que procedían ni hay prueba de la publicación.

Sobre este aspecto al Sala constata que a folios 10 y 11 del expediente efectivamente aparece una copia al carbón de la Resolución No. 0332 del 5 de agosto de 1994, la cual da cuenta de la inscripción de dignatarios y representante legal de la entidad denominada Federación Nacional de Productores de Seguros "FENALPROSE", con personería jurídica No. 2315 de junio 15 de 1976.

Para la Sala la citada copia es suficiente prueba de la existencia y representación legal de la entidad demandante, no sólo por cuanto la Jurisprudencia ha aceptado la validez de las copias al carbón de los documentos públicos, sino porque de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991 , sobre descongestión judicial, los documentos aducidos al proceso se presumen válidos sin necesidad de autenticación, y ante todo, porque del principio de la prevalencia del derecho sustancial, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política, debe presumirse la validez de un documento como el descrito, sin perjuicio de que cualquier interesado pueda tacharlo de falso y desvirtuar esa presunción.

Por lo tanto, el recurso tampoco prospera por este aspecto.

2.3. La demanda no expresa los hechos y omisiones que sirven de fundamento de su acción, debidamente clasificados y numerados, y tampoco invoca los fundamentos de derecho de las pretensiones, como los informa el art. 137 del C.C.A., en concordancia con el art. 75 del C. de P.C.

A este respecto, la Sala hace notar que el escrito de demanda contiene dos acápites concretos sobre "disposiciones violadas" y "concepto de violación", los

cuales responden claramente a la exigencia del ordinal 4o. del art. 137 del C.C.A. como fundamentos de derecho cuando se trata de la impugnación de un acto administrativo.

En cuanto a los hechos u omisiones y la petición de pruebas, a que se refieren los ordinales 3o. y 5o. del artículo 137 del C.C.A., basta reiterar que de acuerdo con jurisprudencia de la Corporación, estos requisitos no son necesarios cuando se trata de una controversia de simple derecho, como la planteada en la demanda que ha dado lugar al presente proceso, pues ellos no son esenciales para la decisión que deba tomarse.

Por lo tanto, el recurso tampoco prospera por este aspecto.

B.- Los recursos contra la decisión de suspensión provisional

1.- Todos los cuatro recursos presentados insisten, en primer lugar, en cuestionar la decisión de suspensión provisional del acto acusado, por existir con anterioridad otra decisión de esta misma Sala denegando la solicitud planteada en otro expediente por la misma entidad actora y con fundamento en las mismas normas.

Al respecto la Sala reitera que la simple circunstancia de que se haya tomado una decisión sobre denegatoria de suspensión provisional en otro expediente, no impide que el asunto sea nuevamente estudiado frente a una nueva solicitud. Precisamente la Sala hace notar que lo sucedido frente a la norma demandada consistió en que dentro de la motivación de la suspensión provisional no decretada en la demanda que dio lugar al expediente No. 3058 del cual fue ponente el Consejero Miguel González Rodríguez, no se citaron el numeral 2 del artículo 5o. ni los artículos 40, 41 y 42 del Decreto Ley 663 de 1993, y que constituyeron fundamento esencial de la nueva decisión, por lo cual no es cierto que existiera coincidencia de las normas aducidas en las dos oportunidades y, por lo mismo, no puede hablarse de contradicción de la Sala ni mucho menos de cosa juzgada, con mayor razón entratándose de un auto contentivo de medida provisional, el cual no puede dar lugar a este último fenómeno.

Por lo tanto, los recursos no prosperan por este aspecto.

2.- No obstante lo anterior, en cuanto al fondo del asunto, de los recursos planteados resultan una serie de interrogantes cuya dilucidación debe ser objeto de la sentencia de fondo, por cuanto ponen en duda razonable la violación con carác-

ter de manifiesta detectada por la sala con fundamento en las razones unilateralmente expuestas por la parte actora y que llevan, por lo mismo, a definir el debate a ese momento procesal definitivo y a revocar la medida transitoriamente adoptada.

En efecto, de los citados recursos resulta la necesidad de efectuar el estudio de fondo de la controversia planteada en relación con los siguientes interrogantes:

- Si los intermediarios de seguros efectivamente pertenecen al sector financiero y/o asegurador y están regidos por las mismas normas aplicables a las entidades que hacen parte de esos sectores.

- Si la actividad de intermediación de seguros es efectivamente o no una actividad financiera o aseguradora, o si es simplemente comercial.

- Si los intermediarios se seguros pueden considerarse efectivamente como entidades especializadas o no.

- Si la colocación de seguros es una actividad que hace parte de la intermediación o si es diferente de ella y, en el primer caso, si la colocación de seguros es efectivamente objeto principal de los intermediarios de seguros, así como la incidencia que ello deba tener en la controversia.

En consecuencia, la Sala procederá a revocar la suspensión provisional decretada.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

RESUELVE:

1o.): CONFIRMASE el ordinal 1o. del auto de fecha 9 de noviembre de 1994, mediante el cual se admitió la demanda presentada por la Federación Nacional de Productores de Seguros - "FENALPROSE" y se adoptaron las decisiones correspondientes.

2o.- REVOCASE el ordinal 2o. del auto citado, mediante el cual se decretó la suspensión provisional del artículo 5o. del Decreto 2423 del 7 de diciembre de 1993 y, en su lugar DENIEGASE la suspensión provisional de la citada norma.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 23 de febrero de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

IMPORTACION DE VEHICULOS. LICENCIA PREVIA. LICENCIA DE IMPORTACION. FUNCIONARIO AL SERVICIO DE ORGANISMOS IN-INTERNACIONALES. PREFERENCIA ARANCELARIA

Encontrándose la demandante dentro del rango de funcionario al servicio de organismos internacionales de carácter intergubernamental a que alude el artículo 1o. del Decreto 2399 de 1986, tenía derecho a importar un vehículo en condiciones de preferencia arancelaria, siempre y cuando se cumplieran los requisitos contenidos en el artículo 5o. *ibídem.* Ni el Decreto 2527 de 1984 ni el Decreto 2399 de 1986 establecieron como requisito previo la obtención de la licencia de importación, ni se remitieron a ningún otro ordenamiento para tal efecto, lo cual conduce a considerar que la importación llevada a cabo por la poderdante se ajustó a las normas legales, toda vez que ella presentó su solicitud dentro del término a ella fijado y cumpliendo los requisitos previstos

ACTO ADMINISTRATIVO. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. DECOMISO DE VEHICULOS. DAÑO EMERGENTE

En el presente caso el daño emergente corresponde al valor del vehículo, debidamente actualizado, por no ser posible su devolución. El lucro cesante corresponde a la ganancia o provecho que dejó de obtener la actora, como consecuencia de haber sido privada del goce de dicho vehículo. El vehículo Mercedes Benz a que se contrae la presente demanda, fue entregado a Alcomercio S.A. a título de dación en pago por el Fondo Rotatorio de Aduanas, razón por la cual deberá ser revocada la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó la entrega del automotor y la continuación del trámite de su nacionalización. En consecuencia, la Sala ordenará a título de daño emergente, la cancelación del valor actualizado del vehículo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., tres de marzo de mil novecientos noventa y cinco

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente No. 2940. Recurso de apelación contra la sentencia de 24 de febrero de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actora: María Lourdes Murcia Salinas.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por los apoderados de la parte actora y de la demanda, contra la sentencia de 24 de febrero de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró nulas las Resoluciones acusadas; y, como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, ordenó: la devolución del vehículo decomisado mediante los actos impugnados y la continuación del trámite de nacionalización del citado vehículo; y denegó las demás pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1. La señora MARIA LOURDES MURCIA SALINAS, 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 las Resoluciones Nos. 1851 de 30 de abril, 02544 de 15 de junio y 003129 de diciembre, todas de 1987, expedidas las dos primeras por el Administrador de la Aduana Interior de Bogotá y la última por la Jefe de la División Legal de la Dirección General de Aduanas, por medio de las cuales se ordenó el decomiso de un automóvil marca Mercedes Benz 230E modelo 1986 y su entrega al Fondo Rotatorio de Aduanas.

b): Como consecuencia de lo anterior, se le restablezca en su derecho condenando a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ordenando la entrega del vehículo.

c): Que por razón de la nulidad declarada se ordene la continuación del trámite a que hubiere lugar hasta obtener la nacionalización del vehículo.

d): Que si para la fecha de firmeza de la sentencia se hubiere dispuesto del vehículo, se ordene el pago de su valor, al igual que las indemnizaciones correspondientes por concepto de lucro cesante y daño emergente que se hubieren causado.

e): Se ordene el pago de los perjuicios causados por la retención indebida, de ser posible la entrega del vehículo.

e): Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 174 y 176 y, si fuere el caso, a los artículos 177 y 178 del C.C.A.

I.2. En apoyo de sus pretensiones formuló, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

Primer cargo: Violacion de normas superiores. Se violaron los artículos 1o., 3o., 4o. y 6o. del Decreto No. 2527 de 1984, expedido por el Gobierno Nacional "Por el cual se dictan normas para la nacionalización de vehículos de propiedad de funcionarios colombianos que hayan laborado en el servicio exterior de la República o en organismos internacionales de carácter intergubernamental", los cuales respectivamente señalan a quiénes se aplica, los requisitos necesarios para acogerse a los dispuesto en el Decreto, o sea, para consolidar su derecho, los límites en el valor F.O.B. de los vehículos y la autorización al Ministerio de Relaciones Exteriores para expedir los certificados pertinentes para el INCOMEX y las autoridades aduaneras cuando los interesados comprueben plenamente que la solicitud de importación de su automóvil se ajusta a las normas del mismo.

La situación de la demandante cae bajo las disposiciones anteriores, por cuanto los trámites se iniciaron dentro de su vigencia y sin embargo la Dirección General de Aduanas tomó en consideración el Decreto No. 2399 de 1986.

El artículo 18 de dicho Decreto reza:

"Artículo 18.- Las disposiciones de este decreto sólo se aplicarán a los funcionarios que inicien trámites de importación de su vehículo ante el Ministerio de Relaciones con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del mismo.

Parágrafo.- Se entiende que se iniciaron los trámites de importación a partir de la fecha en que se solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores la expedición de los certificados con destino al INCOMEX y a la Dirección General de Adunas".

La reglamentación contenida en los Decretos Nos. 2527 y 1984 y 2399 de 1986 es una legislación particular, concreta y especial, llamada a ser aplicada exclusivamente en los casos de excepción que ella regula.

El interesado en la importación de un vehículo simplemente deberá demostrar que la solicitud para tal efecto se ajusta a la normatividad, para que el Ministerio

de Relaciones Exteriores expida los certificados correspondientes para el INCOMEX y para la Dirección General de Aduanas, en virtud de los artículos 6o. del Decreto No. 2527 de 1984 y 6o. del Decreto No. 2399 de 1986, hecho este último que lo habilita para obtener la licencia de importación sin que se requiera presentar registro o licencia previa.

Como quiera que las disposiciones citadas no exigen por parte alguna la expedición de licencia previa, fueron violadas por la Administración, por falta de aplicación.

Para la expedición del acto acusado se dio aplicación al artículo 311 del Decreto No. 2666 de 1984 "Por el cual se revisa parcialmente la legislación aduanera", al artículo 24 del Decreto No. 955 de 1970 "Por el cual se expide el Estatuto Penal Aduanero" y el artículo 67 del Decreto No. 444 de 1967, disposiciones que son de carácter general y que por lo tanto no son aplicables en el caso en comento, desconociendo así los derechos del funcionario, reglados por el Decreto No. 2527 de 1984. además, el artículo 24 del Decreto 955 se encuentra derogado expresamente por el artículo 87 del Decreto No. 0051 de 13 de enero de 1987.

No se dió aplicación tampoco al artículo 335 del Decreto No. 2666 de 1984, que señala expresamente como normas vigentes, las relacionadas con importaciones efectuadas por diplomáticos y demás disposiciones que no contradigan lo dispuesto en este Decreto.

Los artículos 307 a 313 del Decreto No. 2666 de 1984 contiene las faltas administrativas que dan lugar a la sanción de decomiso, luego no puede calificarse el hecho de "contrabando" como lo hace la Resolución No. 1851, pues su trámite en tales condiciones sería diferente.

De otra parte, los actos acusados desconocen y violan los artículos 9o., 10o. numeral 1o. (5o. de la Ley 57 de 1.887), 26 y 27 del Código Civil, por falta de aplicación.

En efecto, el artículo 9o. dispone que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, razón por la cual la demandada no podía desechar los argumentos de la demandante por el solo hecho de estar fundamentados en normas derogadas, según la Administración (Decreto No. 2527 de 1984), pues corresponde al funcionario saber y aplicar lar leyes, debiendo resolver de acuerdo con las vigentes. La administración olvidó que el artículo 18 del Decreto No. 2399 conserva la vigencia de la norma anterior.

Por su parte, el artículo 10o. implica la aplicación del régimen que regula situaciones especiales, debiéndose en el presente caso dar aplicación a las disposiciones de los Decretos Nos. 2527 de 1984 y 2399 de 1986, toda vez que es obligación del funcionario interpretar la ley en busca de su verdadero sentido, sin desatender su tenor literal.

Fueron igualmente violados los artículos 20, 26 y 30 de la Constitución de 1886, toda vez que el primero señala la responsabilidad de los funcionarios por infracción a la Constitución y a las leyes o por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones, dándose en este caso tanto una extralimitación, al aplicar normas que conculcan el derecho del particular, como omisión, al dejar de aplicar aquellas que lo favorecen; el segundo, por cuanto establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y observando las formas propias de cada juicio, desconociéndose en el caso que nos ocupa la normatividad preexistente y no observándose el procedimiento que aparece consagrado a través de su reglamentación (Decretos Nos. 2527 de 1984 y 2399 de 1986), siguiéndose un procedimiento extraño e impidiendo al interesado hacer uso oportuno de los derechos consagrados en los respectivos Decretos; el último, ya que la demandante adquirió mediante justo título, con arreglo a las leyes civiles y administrativas, un derecho que ingresó a su patrimonio una vez cumplidos los requisitos señalados en los Decretos a aplicar, y expedidos los certificados pertinentes por el Ministerio de Relaciones Exteriores para el INCOMEX y para las autoridades aduaneras, y otorgado por el INCOMEX el correspondiente registro de importación, razón por la cual se entendía habilitada para la importación de su automóvil.

Segundo cargo: Falsa o erronea motivacion. La Resolución No. 1851 de la Administración de la Aduana Interior de Bogotá se fundamentó en haber detectado "irregularidades" en la importación del vehículo objeto de la presente demanda, esto es, sin tener la respectiva licencia de importación, la que fue tramitada días después y aprobada bajo el número 013957 de 17 de marzo de 1987 y considerando que lo anterior "... da al entender que el vehículo llegó de contrabando".

El motivo determinante tanto de hecho como de derecho para la expedición del acto administrativo, se afianza en considerar que la falta de registro de importación o de licencia previa califica *ipso-facto* la mercancía como de contrabando. Como quiera que este motivo no existe ni de hecho ni de derecho, se torna ilícito y consecuencialmente condiciona la legalidad del acto.

Si los motivos fundamento del derecho de la beneficiaria se hubieran considerado, no se habrían expedido los actos administrativos de decomiso, pues los he-

chos fundamentaban el derecho. El motivo (contrabando) no se presenta acá como serio y exacto, lo cual indujo a la Administración a incurrir en error tanto de hecho como de derecho.

En efecto, se dió aplicación a los artículos 311 del Decreto No. 2666 de 1984 y 24 del Decreto No. 955 de 1970, cuando ha debido darse aplicación a las disposiciones del Decreto No. 2527 de 1984 ó del Decreto No. 2399 de 1986.

Tercer cargo: Abuso y desviación de poder. La Administración al expedir los actos acusados lo hizo con abuso y desviación de poder, pues al exigir la licencia previa aplicó el régimen general y ocultó los derechos de la actora a los beneficio que la ley le ha concedido a los funcionarios colombianos que laboraron en el servicio exterior de la República o en organismos internacionales de carácter intergubernamental.

La competencia para definir y regular los aspectos relacionados con la importación de vehículos automotores por parte de los funcionarios a que se aludió anteriormente, corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores y no a la Dirección General de Aduanas. Esta es precisamente la razón de ser un régimen de excepción. A la Dirección de Aduanas le corresponde únicamente liquidar los impuestos; al INCOMEX le corresponde autorizar la importación. Este es el motivo para que el Ministerio de Relaciones Exteriores expida, comprobado derecho, los certificados correspondientes para una y otra entidad.

La voluntad de los actos administrativos pugna con la voluntad de la ley. La Resolución persigue el decomiso del vehículo, obteniéndolo sin ajustarse a la finalidad precisa que la ley le asigna. Se tomó una decisión con miras a un fin distinto de aquél para el cual ha sido conferida la competencia; se ha desviado de su fin legítimo, por cuya razón el acto es ilegal.

Si no procedía decretar el decomiso (que se decreto con desviación y abuso de poder), mucho menos procedía calificar el hecho como "contrabando", pues como tal, carece de todo motivo, y en consecuencia de toda finalidad, ya que si la situación fuera ésta, estaba la Administración obligada a enviar la actuación y poner el vehículo a órdenes de la Jurisdicción Aduanera.

I.3. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 24 de febrero de 1994, que fue oportunamente apelada por las partes.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para acceder a las pretensiones de la demanda, el *a quo* razonó principalmente de la siguiente manera:

1o.) Al reunir los requisitos contenidos en el Decreto No. 2527 de 1984 y comprobarlos ante la autoridad aduanera, nace para el diplomático el derecho de importar el vehículo.

2o.) Los Decretos Nos. 2527 de 1984 y 2399 de 1986 son las normas que consagran tal beneficio y ostentan un carácter exceptivo, no estableciendo por parte alguna la obligación de obtener previamente la licencia de importación, razón por la cual no se puede llenar este vacío con las prescripciones de los Decretos Nos. 2666 de 1984 y 955 de 1970, que consagran el régimen ordinario.

El artículo 85 del Decreto No. 2666 de 1984 define qué es Despacho para consumo, figura a la que se refiere el concepto de la División Legal de la Aduana, la que consideró que al amparo de las normas especiales no hay necesidad de obtener la licencia previa como requisito.

Los Decretos Nos. 2527 de 1984 y 2399 de 1986 regulan íntegramente la materia sobre importación de vehículos de propiedad de organismos internacionales. Solamente de no reunirse los requisitos y formalidades señalados en estas normas especiales, el ámbito de cobertura será el de las leyes generales. Así lo concluyó el Consejo de Estado en providencia de 6 de febrero de 1992, Consejero Ponente: Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez (Expedientes acumulados Nos. 1061 y 1621, actores Juan Manuel Arbòleda Perdomo y Roberto Medina López):

> "...Además, es perfectamente claro y no admite discusión de ninguna naturaleza, que cuando una reglamentación consagra un régimen de excepción a las reglas generales sobre determinada materia, los destinatarios de aquel régimen que no se acojan a sus prescripciones o no las cumplan, quedan sujetos, de pleno derecho, a la natural aplicación de las mencionadas disposiciones generales".

Acogiendo la tesis anterior, deben anularse los actos acusados, pues ciertamente dentro de los requisitos mencionados en el Decreto No. 2527 de 1984, reemplazado por el Decreto No. 2399 de 1986, no se estableció el de la obtención previa de la respectiva licencia para que un diplomático pudiera proceder a traer un vehículo.

Respecto de los perjuicios reclamados a título de restablecimiento del derecho, como quiera que dentro de la actuación procesal no se comprobó que la Administración hubiese dispuesto del vehículo llevándolo a remate en determinada fecha, no puede accederse a la petición consistente en ordenar el pago del valor del vehículo junto con las indemnizaciones correspondientes por concepto de daño emergente y lucro cesante que se hubieren causado.

De la misma manera tampoco procede la petición de ordenar el pago de los perjuicios causados por la retención indebida, toda vez que su planteamiento fue genérico; además, la importación del vehículo traía ciertas restricciones para su disposición por parte de la propietaria en atención al régimen especial del mismo.

El dictamen pericial se limitó a señalar el valor actualizado del vehículo incautado y a señalar como monto del lucro cesante el del provecho que dejó de reportar el vehículo a consecuencia del decomiso, dictamen que no será acogido por las mismas razones expuestas para no acoger las peticiones analizadas anteriormente.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados, prosperará la pretensión tendiente a obtener la devolución del vehículo, teniendo en cuenta la diligencia de recibo que obra a folio 87 del cuaderno No. 2 y la pretensión relacionada con la orden de continuación del trámite a que hubiere lugar hasta obtener la nacionalización del vehículo. Las demás pretensiones que a título de restablecimiento del derecho fueron presentadas en la demanda, se denegarán.

III.- FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

III. 1. Del apoderado de la demanda

Los motivos de discrepancia con el fallo apelado, pueden sintetizarse así:

1o.) La sentencia objeto de impugnación desconoció normas vigentes para la época de los hechos, que sí fueron aplicadas en los actos acusados y que fueron sustento jurídico de los mismos:

a) El artículo 8o. del Decreto No. 444 de 1967 señala que las normas allí previstas se aplican a las operaciones de cambio y de comercio exterior de agentes diplomáticos, con base en el principio de reciprocidad. Deben entonces aplicarse a la demandante, pues ella demostró tener la calidad de agente diplomático o su equivalente importando un vehículo, lo cual es una operación netamente de comercio exterior.

b) El artículo 67 *ibídem* prescribe que la importación de toda clase de bienes requiere registro ante la Superintendencia de Comercio Exterior y licencia expedida por esta misma entidad y que es indispensable para la legalización en las Aduanas la comprobación de haber cumplido con estos requisitos, exceptuando de los mismos las importaciones menores y aquellas que vengan como equipaje de personas con arreglo a las normas aduaneras. Como quiera que los vehículos no se encuentran dentro de las excepciones de la norma, debía proceder la demandante a la obtención del registro o licencia.

c) Al artículo 70 del Decreto en comento establece que la importación de bienes incluidos en la lista de los que necesitan licencia previa requiere la autorización de la Junta de Importaciones, la cual deberá ser expresa. Por su parte el parágrafo del artículo 73 *ibídem*, modificado por el artículo 3o. del Decreto No. 688 de 1987, establece como excepción que los bienes a que se refieren los literales c), f), y g), esto es, los bienes de libre importación pactados por el Gobierno en tratado público o convenio internacional, las mercancías que vengan como equipaje de personas, según los reglamentos de aduana y los bienes importados y destinados al uso o consumo oficial o personal de los miembros de las misiones diplomáticas o consulares acreditadas ante el Gobierno Colombiano o a las organizaciones que se les asimile, no requiere de licencia previa, luego aquí se da la regla de la taxatividad, lo que no ocurre con el Decreto No. 2399 de 1986, el cual en su texto consagró la excepción a la regla general de la obtención de la licencia previa, convirtiéndose ésta en obligatoria y de obtención previa al arribo al país del rodante importado, so pena de que sea decomisado por la autoridad aduanera, como aconteció en el presente caso.

d) El artículo 74 prescribe que se considera contrabando la introducción al país de cualquier otra mercancía sin previo registro o licencia de importación, según el caso, luego no cabe duda de la obligatoriedad de la petición anticipada de la licencia, pues su no cumplimiento acarreará las sanciones de ley.

e) Se refuerza la obligatoriedad de la obtención previa de la licencia en el artículo 172 del Decreto 444 de 1967, cuando determina otra excepción para la no obtención de la misma, por parte de las personas naturales o jurídicas que importen materias primas e insumos que se deban utilizar exclusivamente para la producción de artículos que se exporten.

f) Los artículos 2o. y 10o. del Decreto No. 2666 de 1984 vigente para la época de los hechos, corroboran la tesis de que por regla general todas las importaciones deberán estar precedidas de la obtención previa de la licencia de importación y de la obligatoriedad de observar sus disposiciones en el trámite de la importación de mercancías.

2o): El Decreto No. 2148 de 1991, que derogó el Decreto No. 2399 de 1986, en su artículo 4o. establece taxativamente la exención de registro, licencia o cualquier otro requisito de autorización para importación de vehículo por parte de los agentes diplomáticos, consulares y de organismos internacionales acreditados en el país y los funcionarios colombianos que regresen al término de su misión. Lo anterior demuestra que al no establecer la excepción el Decreto No. 2399 de 1986 y sí consagrarla taxativamente el Decreto No. 2148 de 1991, es sólo a partir de la vigencia del último Decreto que expresamente se exime a los beneficiarios del mismo (agentes diplomáticos) de la obtención de la licencia, luego anteriormente no existía dicha excepción.

3o): El Decreto No. 2399 de 1986 es el aplicable al objeto del proceso, contrario a lo sostenido por el fallo impugnado en el que se afirma que el Decreto No. 2527 de 1984 es el aplicable. Independientemente de lo anterior, ambos Decretos reconocen unos derechos a unas determinadas personas, consistentes en que cumplidos los requisitos en ellos establecidos, podrán importar vehículos de su propiedad con una preferencia arancelaria, siendo evidente que éste es el derecho o beneficio que adquieren.

Para hacer efectivo el derecho de preferencia arancelaria se debe aplicar el trámite establecido en las normas del Decreto No. 2666 de 1984, en especial las relacionadas en la Sección VI, Normas relativas a la importación; Capítulo XVII, Despacho para consumo, artículos 144 y siguientes, porque los Decretos Nos. 2527 de 1984 y 2399 de 1986 no establecen un trámite especial para la importación, sino que simplemente reconocen un derecho y lo regulan íntegramente, no señalando cuál es el procedimiento para hacer efectivo el derecho, el cual si lo prevé el artículo 147 del Decreto No. 2666 de 1984, al señalar que es el Despacho para Consumo, que debe estar acompañado del Registro o Licencia de Importación.

Los Decretos Nos. 2527 de 1984 y 2399 de 1986 establecen el beneficio pero no el trámite que se debe seguir para hacer efectivo el derecho.

El numeral 6o. del artículo 3o. del Decreto No. 2527 de 1984 señala que se debe presentar al Incomex solicitud de licencia de importación, pero no basta con hacer dicha solicitud sino que ésta debe ser respondida favorablemente para que por el procedimiento de Despacho para Consumo, el beneficiario pueda importar su vehículo.

Sólo la autoridad aduanera (y no el Ministerio de Relaciones Exteriores ni el Incomex) tiene la potestad sobre las mercancías que ingresan al país y su deber es verificar que lo hagan en debida forma.

4o) Tanto el Decreto No. 2527 de 1984 como el 2399 de 1986 fijan topes máximos para el valor de los vehículos que pueden ser importados, demostrándose en el proceso que a la demandante se le había asignado un cupo de US$12.800; sin embargo en la diligencia de aforo la cual no fue controvertida y goza de la presunción de validez, se le asigna un valor de US$18.846, según obra en el folio 84 del cuaderno de pruebas, Oficio 0489 de 15 de mayo de 1989, lo cual implica que la demandante se excedió en la autorización concedida, al importar un vehículo de mayor valor.

III.2.- Del apoderado de la actora

El apoderado de la actora fundamenta su recurso de apelación de la siguiente manera:

1o): La demanda suplica frente a la prosperidad de cualesquiera de las pretensiones se ordene la indemnización de perjuicios, que por mandato expreso de la ley comprende el daño emergente y el lucro cesante.

2o.): El solo hecho de incumplirse una obligación genera perjuicios sin que sea necesario reclamarlos. Aun debiendo ser reclamados, en la demanda se encuentran claras e inequívocas las pretensiones. Otra cosa es la terminación de su cuantía.

3o): Los actos administrativos acusados han producido y continúan produciendo perjuicios a la demandante en condiciones tales que, bastaría su declaración para que aun en forma abstracta se decretara su indemnización.

4o): La demanda fue presentada bajo la normatividad procesal contenida en los Decretos 1400 y 2019 de 1970, vigente hasta el 1o. de junio de 1989., que permitían la condena en abstracto para que su liquidación se hiciese a través de incidente posterior. De conformidad con el Decreto No. 2282 de 1989, se impone el decreto oficioso de pruebas a fin de producir condena en concreto.

5o): El que no aparezca demostrado en el proceso que la Administración dispuso del vehículo, no impedía ni el decreto oficioso de pruebas ni que produjera la

condena en la forma solicitada, por cuanto se entiende que la indemnización total es supletoria del cumplimiento de la prestación en su objeto propio. En este proceso se decretó la suspensión provisional, entendiéndose que el vehículo debía estar en las bodegas, en los almacenes o en alguna parte de las aduanas.

6o): De poderse ordenar la entrega del vehículo, o sea, cumplida la obligación en su objeto propio, también se debe indemnizar el perjuicio causado por la ilegalidad del acto o la mora en el cumplimiento de las obligaciones propias de la Administración.

7o): La anotación del Tribunal respecto de que la propietaria tenía ciertas restricciones para disponer de su vehículo, no viene al caso, pues es un hecho futuro que hasta ahora se está resolviendo.

8o): El dictamen no fue susceptible de consideración, análisis, apreciación o rechazo, pues consideró el Tribunal que el no haber demostrado el hecho del "alquiler de otro auto para suplir la no tenencia del que se pretendía introducir al país, produce la inexistencia del perjuicio y por lo mismo del dictamen, siendo dichas consideraciones carentes de lógica.

9o): Al ordenar el Tribunal la entrega del vehículo, acoge la pretensión contenida en el numeral 5o. del acápite de pretensiones del libelo damandatorio de indemnizar los perjuicios por la retención indebida, pues una y otra se complementan.

10o): La sentencia es perjudicial y afecta directamente los intereses de la demandante pues la simple orden de entrega de un vehículo modelo 1986 que ha estado siempre al servicio de los directores y mandos medios o altos de la Aduana, y del cual no se ha querido dar razón alguna, no resarce el derecho ni indemniza el perjuicio, máxime cuando es un hacho notorio lo que sucede con las mercancías en estos casos.

Pero aún pensando que el vehículo fue conservado en una urna de cristal, el simple paso del tiempo lo ha demeritado, y más aún ahora cuando la apertura económica abandera el sector automotor.

11o): La responsabilidad de la Administración por los actos acusados aparece demostrada, por lo cual la ilegalidad de los mismos genera un perjuicio que se determinaba y evalúa por el daño emergente y el lucro cesante, apareciendo debidamente formulada y demostrada la pretensión indemnizatoria.

12o): La totalidad de la normatividad constitucional y legal contenida en los Capítulos 1o. y 2o. del Título V en los artículos 1o., 2o., 6o., 58, 90 y 209 de la Constitución Política, en la Ley 58 de 1982, en el Decreto Ley 01 de 1984, y demás disposiciones que han adicionado y reformado éstas, fue desconocida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el pronunciamiento de la sentencia.

13o): Si la Administración no puede hacer entrega del vehículo, la sentencia pronunciada queda imposibilitada de cumplimiento, cae en el vicio y no puede tener ejecución, pues no se tuvo en cuenta el dictamen pericial, Lo anterior supone la iniciación de otro proceso tendiente a obtener la indemnización, no sabiéndose cuál, cómo o en qué forma.

14o): Si la Administración puede hacer entrega del vehículo, para el Tribunal tampoco es de recibo el dictamen pericial, pues consideró que el planteamiento del *petitum* fue genérico. Dicho análisis peca de superfluo, inane y simplista, por cuanto el juzgador goza de absoluta libertad para la valoración del medio probatorio. Los peritos distinguieron en el dictamen por ellos rendido, entre el daño emergente y el lucro cesante. El que el cuestionario no se haya propuesto en la forma y términos que lo dispone el *a quo* en su sentencia, no quiere decir que aquél no cumpla su finalidad. El dictamen reúne los requisitos para su existencia jurídica, validez y eficiencia probatoria. El Juez lo valorará mediante el principio de la sana crítica.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Delegado ante esta Corporación no rindió concepto en el trámite de la segunda instancia.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término, la cuestión a dilucidar es si el vehículo objeto de la presente litis requería o no la licencia previa para su importación.

Se encuentra demostrado a folio 45 del anexo No., 1 que la demandante laboró desde el 15 de septiembre de 1984 hasta el 15 de septiembre de 1985 en el cargo de Secretaria de la Contaduría Principal de la Agencia de Compras Fort Lauderdale (Estados Unidos), luego el régimen legal a ella aplicable se encontraba en un principio contenido en el Decreto No. 2527 de 1984 y posteriormente en el Decreto No. 2399 de 1986, que derogó el primero de los citados.

Encontrándose la demandante dentro del rango de funcionarios al servicio de organismos internacionales de carácter intergubernamental a que alude el artículo

1o. del Decreto 2399 de 1986, tenía derecho a importar un vehículo en condiciones de preferencia arancelaria, siempre y cuando se cumplieran los requisitos contenidos en el artículo 5o. *ibídem:*

1. Ser nacional colombiano

2. Haber prestado sus servicios en el exterior por un tiempo mínimo de 1 año consecutivo

3. Haber cesado definitivamente en el ejercicio de sus funciones en el exterior y regresar al país.

4. Presentar ante el Ministerio de Relaciones Exteriores los siguientes documentos:

a) Fotocopia autenticada de la factura comercial o del contrato de compraventa del vehículo

b) Documento de matrícula o registro del vehículo autenticado por el Cónsul Colombiano

c) Los pasaportes diplomáticos u oficiales del funcionario, expedidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

A su vez el artículo 7o. *ibídem* dispone que dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de cesación de funciones en el exterior, el interesado deberá presentar la solicitud de la licencia de importación ante el Incomex, adjuntando el certificado expedido por la oficina de personal de Ministerio de Relaciones.

El parágrafo del anterior artículo señala que si dentro del plazo anterior no se presenta dicha solicitud de licencia de importación, se perderá el derecho a importar el vehículo, salvo que se demuestre que la misma no se pudo presentar por fuerza mayor o caso fortuito, en cuyo caso la expedición del certificado por la Sección de Personal, sólo podrá hacerse previo concepto favorable de la División de Asuntos Jurídicos.

En el caso *sub-exámine,* a folios 45 y 80 del anexo No. 1 obran las certificaciones expedidas por el Jefe de la Sección de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores con destino al Incomex y a la Dirección General de Aduanas, donde se consigna el cumplimiento de los anteriores presupuestos, incluyendo el del concepto de la División de Asuntos Jurídicos, con base en el cual se eximió "...a la señora MARIA LOURDES MURCIA SALINAS del requisito de matrícula por cuanto el vehículo, debidamente registrado en Estados Unidos de América, descrito en el

Certificado No, 0512/86 fué robado, constituyéndose una fuerza mayor o caso fortuito. Por lo anterior y teniendo presente que en su oportunidad cumplió con todos los requisitos se autorizó la reposición del auto corriéndose los términos para presentar la licencia de importación ante el INCOMEX, hasta el 20 de julio de 1987, bajo el régimen establecido en el Decreto 2527 del 9 de octubre de 1984 aplicable en la época..."

Habiéndole sido ampliado el plazo a la demandante para la presentación de la solicitud de licencia de importación del vehículo hasta el 20 de julio de 1987, aquella la radicó el día 17 de Febrero de 1987, según consta en Oficio No. 23753 del Incomex, dirigida a la Jefe de la Sección de Contravenciones de la Dirección General de Aduanas (folio anexo No. 1)

Lo anterior pone de presente que la actora cumplió con los requisitos exigidos en el Decreto 2399 de 1985, haciéndose acreedora al derecho de importar un vehículo en condiciones arancelarias favorables.

Observa la Sala que ni el Decreto 2527 de 1984 ni el Decreto 2399 de 1986 establecieron como requisito previo la obtención de la licencia de importación, ni se remitieron a ningún otro ordenamiento para tal efecto, lo cual conduce a considerar que la importación llevada a cabo por la poderdante se ajustó a las normas legales, toda vez que ella presentó su solicitud dentro del término a ella fijado y cumpliendo los requisitos previstos.

El no requerir licencia previa encuentra además respaldo en el concepto emitido por la Jefe de la División Legal de la Dirección General de Aduanas, en respuesta a la inquietud formulada por el Subdirector de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 61 del anexo No. 1).

> "...Es apenas lógico deducir que quien dispone del derecho por Decreto 2399/86, de introducir un vehículo al país, tuvo su nombramiento de rango diplomático, aceptó el cargo, se posesionó, lo desempeñó e hizo dejación de él. El Decreto mencionado, da por sí, la iniciación del nacimiento de un derecho a quien se encuentre en esas condiciones. Si el vehículo tiene especificaciones y se cumplieron las exigencias de uso y valor previstas en el Decreto, como son los requisitos o formalidades señaladas en el artículo 5o. Si se ha obtenido del Jefe de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores los certificados para el Instituto Colombiano de Comercio Exterior y para la Dirección General de Aduanas y en los términos que allí se determina, es lógico que se puede importar el vehículo al amparo del Decreto mencionado. El riesgo de que la Junta de Importaciones del Incomex no otorgue la correspondiente

Licencia, lo que no es muy probable, si se llenan los requisitos del Decreto, lo corre el funcionario que hizo la introducción y él sufrirá las consecuencias, sin que la Nación nada sufra porque el vehículo está bajo su estricto control y será la garantía de los derechos que por su importación deban pagarse. ...

En resumen, considera la División Legal de la Dirección General de Aduanas, que previo el cumplimiento de todos y cada uno de los presupuestos, requisitos, condiciones, formalidades y trámites señalados en el Decreto 2399/86 y por tratarse de un régimen especial o de reconocida excepción para quienes gozan de inmunidad y rango diplomático, pueden importar bajo su riesgo el vehículo que les corresponde, **sin necesidad de Licencia de Importación** (Negrillas fuera del texto)..."

El régimen aplicable a la actora para la importación del vehículo decomisado mediante las Resoluciones demandadas era excepcional y, por tanto, no podía exigírsele a aquella la obtención de la licencia previa, pues dicho requisito no estaba contemplado en los Decretos Nos. 2527 de 1984 y 2399 de 1986.

En el caso presente se encuentra también aprobado que si bien es cierto el otorgamiento de la licencia de importación no fue previo, por tratarse de un régimen excepcional donde no era requisito indispensable, también lo es que la demandante efectuó la solicitud de licencia de importación dentro del término a ella fijado, siéndole concedida el 17 de marzo de 1987. La expedición de la licencia comprueba que la actora cumplió con los requisitos a ella exigidos para que le fuera otorgada.

A folio 132 de anexo 1 obra la comunicación dirigida al Administrador de Aduana Interior de Bogotá, donde se dice que el automotor fue embarcado por equivocación de la aerolínea Cargo Lux, sin tener aún su respectiva licencia de importación, el día 6 de marzo de 1987, y que de inmediato se contactó al importador para que estuviese informado, procediendo a agilizar la respectiva licencia que salió el 17 de marzo de 1987 bajo el número 013597.

De lo anotado se desprende que el ingreso del automóvil al país, con anterioridad a la expedición de la licencia de importación, fué cuestión ajena a la actora, pues ello se debió a error de la aerolínea, razón por la cual no se le puede atribuir tal hecho a la demandante.

Nótese además que el lapso comprendido entre el ingreso del vehículo (6 de marzo de 1987) y la fecha de expedición de la licencia (17 de marzo del mismo año) es de apenas 11 días, lo cual lleva a concluir que la demandante no pretendía en ningún momento ingresar el automotor de manera subrepticia y mucho menos

sustraerse el cumplimiento de la obtención de la licencia para continuar con los trámites requeridos para su nacionalización.

Por lo anterior, deberá ser confirmada la sentencia apelada en cuanto declaró la nulidad de las Resoluciones acusadas que ordenaron el decomiso del automotor.

No obstante que considera la Sala que la importación del vehículo no requería de la licencia previa, debe referirse a la observación del apoderado de la demanda, en cuanto la accionante importó un vehículo de mayor valor al autorizado.

En efecto, según certificación expedida por el Jefe de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores (folio 53 anexo No. 1) la accionante tenía derecho a importar un vehículo por un cupo de US$12.800 F.O.B., pero en la diligencia de aforo obrante a folio 21 *ibídem*, se le otorga un valor de US$18.161.31 F.O.B.

Frente a lo expuesto, se tiene que de ser cierto que la demandante se excedió en el valor del cupo a ella asignado, dicho argumento no fue fundamento para la expedición de las resoluciones acusadas, toda vez que el decomiso del vehículo tuvo como origen la no obtención previa de la licencia de importación por parte de la actora. Por tanto, tal circunstancia no fue objeto de la presente controversia.

Procede entonces la Sala a estudiar la inconformidad del apoderado de la demandante en cuanto el Tribunal no tuvo en cuenta el dictamen pericial rendido, y, como consecuencia de ello, no reconoció suma alguna por concepto de daño emergente y lucro cesante, afirmando que dichos conceptos se consideran comprendidos dentro de la indemnización por expreso mandato de la ley y que deben ser reconocidos tanto en el evento de que se pueda hacer entrega del objeto o en el negativo.

Analizando las pretensiones del libelo demandatorio, se tiene que en efecto la parte actora solicitó la indemnización de perjuicios, tanto en el caso de que se pudiera entregar el vehículo como en el de la negativa.

Además, tal y como lo afirma el apoderado de la demandante, la indemnización de perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. Así lo dispone el artículo 1613 del Código Civil, que reza:

> "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o bien de haberse retardado el cumplimiento..."

A su vez el artículo 1614 *ibídem* prescribe:

"Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o bien de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento".

En el presente caso el daño emergente corresponde al valor del vehículo, debidamente actualizado, por no ser posible su devolución. El lucro cesante corresponde a la ganancia o provecho que dejó de obtener la actora, como consecuencia de haber sido privada del goce de dicho vehículo.

El fallador de primera instancia ordenó la entrega del vehículo, con base en la diligencia que obra a folio 87 del cuaderno No. 2, según la cual el vehículo decomisado fue entregado al Fondo Rotatorio de Aduanas.

Sin embargo, a folio 250 y siguientes del cuaderno principal, se encuentra el dictamen pericial rendido, donde se advierte que el vehículo materia del experticio no fue localizado.

En tal virtud, la Sala dictó un auto para mejor proveer, requiriendo al Director de la Administración de Aduanas e Impuestos Nacionales se Santa Fe de Bogotá para que informara la existencia y ubicación del vehículo objeto de la presente demanda.

En respuesta al anterior requerimiento, el Jefe de la División de Supervisión y Control (a) -Subsecretaría de Comercialización de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, tal y como aparece a folios 45 a 54 del cuaderno No. 2, envía fotocopias auténticas del acta de ingreso No. 107 de Mayo 6 de 1988, del acta de egreso No. 001 del 11 de diciembre de 1988 por Dación en Pago del vehículo Mercedes Benz en referencia, del Convenio de Pago celebrado entre Alcomercio S.A. y el Fondo Rotatorio de Aduanas y del acta de entrega del 10 de noviembre de 1988.

Los documentos arriba enunciados dejan en claro que el vehículo Mercedes Benz a que se contrae la presente demanda, fue entregado a Alcomercio S.A. a título de dación en pago por el Fondo Rotatorio de Aduanas, razón por la cual deberá ser revocada la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó la entrega del automotor y la continuación del trámite de su nacionalización.

En consecuencia, la Sala ordenará a título de daño emergente, la cancelación del valor actualizado del vehículo, de conformidad con las siguientes pautas.

Como quiera que se encuentra probado en el expediente que al momento de realizarse el respectivo aforo, al vehículo se le asignó un valor F.O.B. de US$18.161.31 (folio 21 del anexo No. 1) y reitirado lo anteriormente expuesto respecto de que si dicho valor excedió el cupo a la actora asignado, ello no puede ser objeto de controversia en la presente demanda, pues no fué fundamento para expedir las Resoluciones acusadas, a la actora deberán reconocérsele por concepto de indemnización de perjuicios, a título de daño emergente, los siguientes valores:

a): El equivalente en pesos colombianos para la fecha del decomiso del automotor, el 30 de abril de 1987, de la suma de US$18.161.31, correspondiente al valor del vehículo materia de litis.

b): La actualización de dicha suma hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, debidamente certificado por el DANE, de conformidad con el establecido en el artículo 178 del C.C.A.

A título de lucro cesante, al no haber sido demostrado en el proceso se le reconocerá a la actora de interés legal del 6% anual (artículo 167 del C.C.), sobre la suma equivalente en pesos colombianos de la cantidad US$18.161.31, desde la fecha del decomiso antes mencionada hasta la de ejecutoria de la sentencia.

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

FALLA:

1o.- CONFIRMASE los numerales 1o. y 4o. de la sentencia apelada.

2o.- REVOCANSE los numerales 2o. y 3o. de la anterior sentencia, y en su lugar, se dispone:

CONDENASE a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público a reconocer y pagar a favor de la señora MARIA LOURDES MURCIA SALINAS a título de indemnización de perjuicios:

a) Por concepto de daño emergente los siguientes valores:

1): El equivalente en pesos colombianos de la cantidad de US$18.161.31 para la fecha del 30 de Abril de 1987, en que se efectuó el decomiso del vehículo objeto del presente proceso, correspondiente al valor del mismo.

2): La actualización de dicha suma hasta la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor debidamente certificado por el DANE, de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del C.C.A.

b): Por concepto de lucro cesante se le reconocerá a la actora de interés técnico legal del 6% anual (artículo 1671 del C.C.). Sobre la suma equivalente en pesos colombianos de la entidad de US$18.161.31, desde la fecha del decomiso antes mencionada hasta la ejecutoria de la sentencia.

4) Ejecutoriada esta providencia, devuélvese el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y probada por la Sala en la sesión del día 2 de marzo de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Miguel González Rodríguez; Yesid Rojas Serrano.*

ACCION DE NULIDAD. CONTROL DE LEGALIDAD. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Para la Sala la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones no está llamada a prosperar. En efecto, como lo advirtió esta Corporación , y ahora lo reitera, la distinción que hace el excepcionante: que la declaratoria de nulidad se predica de los actos administrativos, mientras que la de inconstitucionalidad responde por una acción de inexequibilidad, aplicable para los actos de ley, es inadmisible ya que la acción de nulidad no sólo puede dar lugar a un juicio de legalidad sino también de constitucionalidad, dado que los actos administrativos no solamente pueden violar la ley sino la Constitución y para hacer efectivo el control jurisdiccional frente a este último evento la Carta Política lo instituyó en cabeza de esta jurisdicción (arts. 237 numeral 2o. y 238)

DISTRITO CAPITAL. Régimen Jurídico Aplicable. CONCEJO DISTRITAL. Legislación Especial. ALCALDE. Funciones. LEGISLACION MUNICIPAL. Aplicación Residual al Distrito Capital

Las facultades atribuídas a los Concejos Municipales por el artículo 313 de la Carta Política y las asignadas a los alcaldes en el artículo 315 *ibídem*, sólo pueden aplicarse respecto del Distrito Capital, atendiendo el orden jerárquico previsto en el artículo 322 *ibídem*. En efecto, en el caso del Distrito Capital la Constitución Política dedicó un capítulo especial al régimen del mismo (Capítulo 4 Título XI), y en el artículo 322 inciso 2o. previó que ese "Régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios...". Ello significa que en materia de facultades del Concejo y del Alcalde, a falta de disposición constitucional, como en este caso, se aplican de preferencia las leyes es-

peciales, como lo es el Decreto 1421 de 1993, expedido con fundamento en el artículo transitorio 41, y a falta de éstas las normas constitucionales y legales aplicables a los municipios.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., tres de marzo de mil novecientos noventa y cinco

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2691. Acción: Nulidad Actor: Néstor Guillermo Franco González

El ciudadano NESTOR GUILLERMO FRANCO GONZALEZ, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de los artículos 5o., 12 numeral 8o, 118 a 124 y 176 ordinal 2o. del Decreto 1421 de 1993 "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito capital de Santa Fe de Bogotá", expedido por el Gobierno Nacional.

I.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Cita el actor como infringidos con las normas acusadas los artículos 313 numeral 6o, 322 y transitorio 41 de la Constitución Política.

Hace consistir, en síntesis, los cargos de violación así:

1o): El artículo 12 numeral 8o. cuando emplea la expresión "central" viola los artículos 313 numeral 6o., 322 inciso 2o. y transitorio de la Carta Política porque constituye un recorte o disminución indebida de la competencia constitucional del Concejo de Santa Fe de Bogotá, para determinar la estructura, las funciones y las remuneraciones salariales de toda la Administración Municipal (central y descentralizada).

La palabra impugnada constituye un abuso de la competencia atribuída al Ejecutivo porque ésta se refería exclusivamente a la expedición de un régimen especial en lo político, fiscal y administrativo, constituído por normas generales con objetivos abstractos y no era para desvirtuar el régimen constitucional.

De acuerdo con la Constitución, la competencia para estructurar, señalar funciones y remuneraciones a la administración municipal corresponde, sin distinción alguna, al Concejo y no al Alcalde.

2o): Los artículos 5o., 118 a 124 y 176 ordinal 2o., que buscan crear, determinar competencias y procedimientos y fijar planta de personal y remuneraciones salariales al organismo de control denominado Veeduría, viola los artículos 313 numeral 6o. de la Carta, porque constituyen una usurpación de la facultad o competencia constitucional del Concejo y 322 *ibídem*, porque la competencia atribuída al Ejecutivo no era para modificar el régimen constitucional y de acuerdo con la Constitución, la competencia para estructurar, señalar funciones y remuneraciones a la administración municipal corresponde, sin distinción alguna, al Concejo y no al Alcalde.

II.- TRAMITE DE LA ACTUACION

Mediante proveído de 25 de Noviembre de 1993 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos de las normas acusadas.

II. 1.- Del auto admisorio de la demanda se notificó el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, quien a través de apoderado contestó la misma y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones adujo, en síntesis, lo siguiente:

A) Sobre el fondo del asunto:

1o): Las atribuciones que se incorporan en el artículo 313 de la Constitución Política tienen aplicación dentro del régimen general de las entidades municipales, diferentes del Distrito Capital. Para este se previó un régimen especial.

2o): El artículo 322 de la Constitución es claro en cuanto que Santa Fe de Bogotá se organiza como Distrito Capital con las características que allí señala.

El artículo transitorio 41 *ibídem* no expresa limitación alguna. Sólo prevé que si no actúa el Congreso lo hará el Ejecutivo.

B) Excepciones:

A): INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES:

Las pretensiones de la demanda entrañan una inocultable contradicción puesto que en cada una se pide la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad.

La declaratoria de nulidad es propia de los actos administrativos y hacia ellos está encaminada una decisión en tal sentido, mientas que la inconstitucionalidad responde a una acción de inexequibilidad, aplicable para los actos de ley.

Las pretensiones se excluyen entre sí porque para dirimirlas se requiere un tratamiento individual por las repercusiones que en el derecho colombiano de ellas se derivaría, Pretender que en un proceso de nulidad se efectúen declaraciones *erga omnes*, es intentar llevar a la Jurisdicción a una finalidad diferente.

B): INCOMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO:

El Consejo de Estado carece de competencia para conocer de este proceso toda vez que, de conformidad con la naturaleza del acto demandado, corresponde a la Corte Constitucional juzgar su exequibilidad.

II. 2.- El ciudadano Alfredo Enrique Flórez Ramírez intervino en calidad de impugnante, quien adujo, en resumen, que lo relativo a la Veeduría no viola los artículos 313 numeral 6o. y 322 de la Constitución Política porque tal entidad no hace parte de la administración central ya que es un organismo de control y vigilancia.

La Veeduría Distrital tiene su entronque constitucional en el artículo 209 que prevé que en los términos que señale la ley, frente a la administración pública, en todos sus órdenes, se ejercerá un control interno de sus funciones. La ley, en este caso, es el Decreto 1421 de 1993.

II. 3.- En la etapa de alegatos de conclusión la demandada reiteró los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda sobre el fundo del asunto.

El actor ni la Agencia del Ministerio Público alegaron de conclusión

II. 4.- El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado planteó un conflicto de jurisdicción entre la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Corte Constitucional para conocer de los procesos en los cuales se controvierte la constitucionalidad del Decreto 1421 de 1993, que luego del trámite de rigor fué dirimido en favor de esta Corporación por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

III. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En primer término debe referirse la Sala a las excepciones planteadas por la demandada: el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

Para la Sala la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones no está llamada a prosperar. En efecto, como lo advirtió esta Corporación en sentencia de 3 de febrero del presente año (Expediente No. 2589. Actor: Domingo Banda Torregroza. Consejero ponente: doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz), y ahora lo reitera, la distinción que hace el excepcionante: que la declaratoria de nulidad se predica de los actos administrativos, mientras que la de inconstitucionalidad responde por una acción de inexequibilidad, aplicable para los actos de ley, es inadmisible ya que la acción de nulidad no sólo puede dar lugar a un juicio de legalidad sino también de constitucionalidad, dado que los actos administrativos no solamente pueden violar la ley sino la Constitución y para hacer efectivo el control jurisdiccional frente a este último evento la Carta Política lo instituyó en cabeza de esta Jurisdicción (arts. 237 numeral 2o. y 238).

En relación con la excepción de falta de jurisdicción, no de competencia, como erróneamente la califica el apoderado de la demandada, tampoco está llamada a prosperar ya que el conflicto de jurisdicción suscitado entre esta Corporación y la Corte Constitucional para conocer del Decreto 1421 de 1993, del cual forman parte las normas acusadas, fue dirimido en favor de ésta por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

En lo que toca con el fondo del asunto es preciso tener en cuenta lo siguiente:

El artículo 12 numeral 8o. del Decreto 1421 de 1993 preceptúa que corresponde al Concejo Distrital, de conformidad con la Constitución y la ley: "Determinar la estructura general de la Administración Central, las funciones básicas de sus entidades y adoptar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos".

Frente a la expresión "central" utilizada en la norma antes transcrita aduce el actor la violación de los artículos 313 numeral 6o., 322 y transitorio 41 de la Carta Política.

Estima la Sala que el cargo no está llamado a prosperar. En efecto, como se advirtió al resolver la solicitud de suspensión provisional, no es que la norma acusada hubiera sustraído de la facultad del Concejo la determinación de la estructura general de la administración descentralizada por emplear la expresión "central" sino que, en ella reguló lo relativo a la administración central y en el numeral 9o. del artículo 12 atendió lo concerniente a la administración descentralizada. Es decir, en dos disposiciones previó lo que el artículo 313 numeral 6o. consagra en una sola.

Por lo demás, reiteradamente esta Corporación ha precisado que las facultades atribuídas a los Concejos Municipales por el artículo 313 de la Carta Política y las asignadas a los Alcaldes en el artículo 315 *ibídem*, sólo pueden aplicarse respecto del Distrito Capital, atendiendo el orden jerárquico previsto en el artículo 322 *ibídem*. En efecto en el caso del Distrito Capital la Constitución Política dedicó un capítulo especial al régimen del mismo (Capítulo 4 Título XI), y en el artículo 322 inciso 2o. previó que su "Régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios...". Ello significa que en materia de facultades del Concejo y del Alcalde, a falta de disposición constitucional, como en este caso, se aplican de preferencia las leyes especiales, como lo es el Decreto 1421 de 1993, expedido con fundamento en el artículo transitorio 41, y a falta de éstas las normas constitucionales y legales aplicables a los Municipios.

Estas consideraciones son valederas para desestimar el cargo de violación de los artículos 5o., 118 a 124 y 176 del Decreto 1421 de 1993, pues al no ser aplicable en este caso al Distrito Capital el Régimen General de los Municipios previsto en la Carta Política y en las leyes, como antes se dijo, tienen aplicación preferente las leyes especiales, como el Decreto 1421 de 1993, contentivo de las disposiciones acusadas, en las cuales bien puede preverse, como facultad del Gobierno Distrital la adopción de la nomenclatura de los cargos de la Veeduría y su escala de remuneración.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de fecha 2 de Marzo de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente *Ernesto Rafael Ariza Muñoz Miguel González Rodríguez Yesid Rojas Serrano*.

NOTA DE RELATORIA; Las sentencias del 3 de marzo de 1995, proferidas en los procesos 2731 y 2692, ambas con ponencia del Dr. *Yesid Rojas Serrano*, también tratan del Estatuto de Bogotá.

SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION. ESPECTRO ELECTROMAGNETICO. CONCEJO MUNICIPAL. Facultades

La simple lectura del acto acusado pone en evidencia que su objeto no fue otro distinto al de autorizar al Alcalde Mayor de Neiva para celebrar un contrato tendiente a la instalación en el municipio de un sistema de recepción y transmisión de televisión internacional, por los artículos 313-3 de la Carta Política y 92-7 del Decreto 1333 de 1986, y que tal autorización de manera alguna acarrea las consecuencias que erradamente le atribuye el actor, en el sentido de que ella, por sí misma, implica una apropiación indebida del espectro electromagnético, pues la eventualidad de que ello ocurriese no sería sino el producto de una actuación posterior de la administración municipal.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., tres de marzo de mil novecientos noventa y cinco

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2098 Actor: Elías Alberto Chacón Quintero.

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 del Huila el 29 de agosto de 1994.

I. ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano y abogado Elías Alberto Chacón Quintero, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Admi-

nistrativo del Huila la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 038 de 3 de diciembre de 1991, expedido por el Concejo Municipal de Neiva "por el cual se conceden facultades al Alcalde Mayor para contratar la instalación de un sistema de recepción y transmisión de televisión internacional vía satélite".

b. El acto acusado

Es del siguiente tenor:

"**Artículo Primero**.- Facúltase al Alcalde Mayor de Neiva, por el Término de un año, a partir de la vigencia del presente Acuerdo, para contratar la instalación en el Municipio de un sistema de recepción y transmisión de televisión internacional vía satélite, para beneficiar a toda la ciudadanía.

Artículo Segundo.- Autorízase al Alcalde Mayor para efectuar los traslados presupuestales y/o créditos necesarios para el cumplimiento del presente Acuerdo.

"**Artículo Tercero.**- La autorización establecida en el Artículo Segundo, no podrá exceder de CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($50.000.000.oo).

"**Artículo Cuarto.**- El presente Acuerdo rige a partir de su sanción y publicación"

c. Los hechos de la demanda

Los hechos que cita el autor como fundamento de sus pretensiones son, en forma resumida, los siguientes:

1.- El Ministerio de Comunicaciones, al conocer el interés de la Alcaldía de Neiva de contratar un sistema de televisión, le advirtió, en nota de 24 de septiembre de 1991, sobre la ilegalidad del acto a producirse, agregándole una circular del Ministerio - Procuraduría dirigida a las autoridades departamentales y municipales de la entidad - Inravisión- autorizada para la prestación del servicio de televisión. El 20 de febrero de 1992, la Secretaría General del Ministerio de Comunicaciones insistió en la ilicitud de lo pretendido.

2.- No obstante, el Alcalde de Neiva presentó un proyecto de Acuerdo que finalmente se convirtió en el Acuerdo No. 038 de diciembre 3 de 1991.

3.- En uso de las facultades concedidas por el Acuerdo acusado, el Alcalde abrió la licitación privada No. 001 de 1992, la cual debió ser adjudicada el día 5 de abril del mismo año.

d.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación

El actor considera que con la expedición del acto administrativo impugnado se violan las siguientes normas, por las razones que se sintetizan a continuación. (Fls. 3 a 6 y 51 a 54).:

Primer cargo: Se violan los artículos 75, 76-1 y 313 de la Constitución Política, por cuanto una corporación administrativa del orden municipal no puede intervenir en la prestación del servicio de televisión, asumiendo la posición del "...organismo de derecho público, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio, que la Constitución Nacional designó como el único, exclusivo y excluyente, a cuyo cargo está la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión". Es decir, la gestión y control del espectro electromagnético, bien público inenajenable e imprescriptible, está a cargo del Estado y por Mandato legal en cabeza de Inravisión, hasta tanto no se le de un régimen jurídico al organismo estatal establecido en el artículo 76 numeral 1 de nuestra Carta Política, privando a toda otra entidad pública de ejercer esa competencia.

Segundo cargo.- Se infringieron los artículos 1o., 8o. y 9o. de la Ley 14 de 1991, toda vez que el Consejo Municipal de Neiva ni es Inravisión ni es un organismo regional de televisión. Sólo y exclusivamente Inravisión puede transmitir las señales de televisión destinadas al público en general, sin que esto haya devenido en inconstitucional con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Tercer cargo.- Se quebrantó el artículo 17 incisos 1 y 2 del Decreto 1990 de 1990, ya que la instalación de un sistema de recepción y transmisión de televisión internacional vía satélite beneficia a toda una comunidad desconociendo el propósito de este tipo de sistemas, el disfrute privado del propietario o copropietarios; olvidando además el Concejo su verdadera competencia, la de reglamentar el uso, espacio y permiso de y para las antenas parabólicas. En otras palabras, si el beneficio es privado la estación terrena y sus redes tiene que ser de tal naturaleza, sin que un ente territorial pueda llegar a ser propietario de un sistema de estos de acuerdo con las limitaciones legales establecidas. Y en caso de que estación y redes hagan parte de la red de telecomunicaciones del Estado, es a Inravisión a quien le compete prestar el servicio público de televisión.

Cuarto cargo.- Se violó el artículo 99 del Decreto 1333 de 1986, pues es evidente que el Concejo de Neiva intervino en un asunto que no es de su competencia. En efecto, la competencia en materia de derecho público es reglada y, por tanto, el

Concejo al facultar al Alcalde para la contratación de un sistema de transmisión de señales de televisión en una de las modalidades tecnológicas, lo que hizo fué arrogarse funciones que por normas constitucionales y legales le corresponden a Inravisión y apropiarse del espectro electromagnético.

e.- Las razones de la defensa

En los escritos de contestación de demanda y alegato de conclusión, la parte demandada expresa los siguientes argumentos (fls 31 a 41 y 55 y 56):

1.- El Concejo de Neiva sólo se limitó a ejercer sus atribuciones constitucionales y legales, pues con la aprobación del Acuerdo acusado no pretendía prestar el servicio de televisión oficial a cargo de Inravisión o de las organizaciones regionales de televisión y mucho menos asimilarse al órgano establecido en los artículos 76 y 77 de la Carta. Además, es de señalar que el actor se equivoca al pretender que Inravisión por ley puede asumir las funciones del órgano antes mencionado, pues tiene un objeto predeterminado y especificado por la Ley 14 de 1991.

2.- De conformidad con el Decreto 1900, el Municipio de Neiva puede ser un operador del servicio de telecomunicaciones por ministerio de la Ley, facultad que encuadra dentro de los mandatos constitucionales y legales que delimitan su gestión en favor de toda la ciudadanía.

3.- Aceptando la tesis del actor de que el sistema contratado no forma parte de la red de telecomunicaciones del Estado, su instalación y uso están autorizados de modo general, porque está destinada de manera particular y exclusiva al uso de los habitantes de Neiva.

4.- El proceso de contratación del sistema de recepción y transmisión se ha ajustado a todas las normas fiscales y de contratación vigentes para el municipio de Neiva con la intervención activa de la Contraloría Municipal.

5.- Por todo lo anterior, es preciso que se denieguen "...las peticiones del actor, por no estar acordes a la normatividad vigente ni su causa corresponde a la realidad de los hechos".

f.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de mayo 28 de 1992 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado.

Mediante proveído de 30 de junio de 1992 se concedió ante el Concejo de estado el recurso de apelación interpuesto contra el punto 5 de la parte resolutiva del auto atrás señalado, mediante el cual se negó la suspensión provisional (fls. 42 y 43).

En providencia de 4 de septiembre de 1992 se decretaron como pruebas los documentos aportados tanto en la demanda como en su contestación (fl. 44).

Por auto de 25 de septiembre de 1992, la Sección Primera del Consejo de Estado confirmó el auto apelado (fls. 8 a 12).

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión, tanto las partes como el Ministerio Público hicieron uso de tal derecho (fls 46 a 56).

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el tribunal de primera instancia denegó las súplicas de la demanda con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 48 a 56).

El acto acusado no es susceptible de quebrantar las normas superiores que se indican en la demanda, pues el hecho de que el artículo 75 de la Carta Política califique al espectro electromagnético como un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado, en nada incide sobre la legalidad de dicho acto, en la medida en que este sólo autoriza al alcalde para contratar la instalación en el municipio de un sistema de recepción y transmisión de televisión internacional, de acuerdo con la atribución conferida a los concejos por el artículo 92-7. del Código de Régimen Municipal, "...sin desconocer que el servicio público de televisión se debe prestar por INRAVISION", y que este organismo puede cumplir esa tarea. "... a través de los entes municipales mediante la contratación, que se deberá ceñir a todos aquellos principios que la Ley 14 de 1991 ha establecido para su legalidad".

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Ellos son, en síntesis, los siguientes (fls. 69 y 70):

Es absolutamente errada la conclusión del tribunal acerca de que le es viable al Municipio de Neiva contratar con INRAVISION la prestación del servicio pú-

blico de televisión, pues "si la contratación es viable entre INRAVISION y la entidad territorial, la actividad del Concejo es innecesaria; y si lo fuera, lo sería para facultar al alcalde para concluir el contrato, como lo advierte la sentencia en un pasaje (fl. 54). Pero el Acuerdo acusado no contiene, en modo alguno, una contratación INRAVISION - CONCEJO DE NEIVA. Lo que él expresa de manera paladina, inequívoca, que no llama a falacias deductivas es una autorización al Alcalde Mayor para contratar la instalación de un sistema de recepción y retransmisión de televisión vía satélite".

La sentencia no desvirtúa los argumentos aducidos por el actor en su demanda y en el alegato de instancia, y en ella no se hace referencia al "... contenido del artículo 76 de la Carta Política que señala en un organismo de derecho público, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio, la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para el servicio público de televisión".

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego de estudiar los fundamentos de la sentencia apelada y los cargos formulados en su contra por el recurrente, la Sala considera que no es necesario mayor esfuerzo intelectual para concluir que dicha providencia debe ser confirmada en esta instancia, por la sencilla y potísima razón de que la simple lectura del acto acusado pone en evidencia que su objeto no fué otro distinto al de autorizar al Alcalde Mayor de Neiva para celebrar un contrato tendiente a la instalación en el municipio de un sistema de recepción y transmisión de televisión internacional, para lo cual el Concejo Municipal invocó las atribuciones conferidas por los artículos 313-3 de la Carta Política y 92-7 del Decreto 1333 de 1986, y que tal autorización de manera alguna acarrea las consecuencias que erradamente le atribuye el actor, en el sentido de que ella, por sí misma, implica una apropiación indebida del espectro electromagnético, pues la eventualidad de que ello ocurriese no sería sino el producto de una actuación posterior de la administración municipal.

De otra parte, la Sala considera que independientemente de la validez o no de las apreciaciones del tribunal a quo sobre la viabilidad de que el Municipio de Neiva pueda contratar con Inravisión la prestación del servicio público de televisión para llevarlo a cabo a través del sistema de recepción y transmisión a que se refiere el acto acusado, los argumentos del recurrente para controvertir tales apreciaciones, aun en la hipótesis de que ellos resultaren fundados, no lograría desvirtuar los fundamentos esenciales sobre los que reposa la sentencia de primera instancia, los cuales se comparten en su integridad.

Las presentes consideraciones son suficientes para que se proceda a confirmar la sentencia recurrida en apelación.

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

FALLA:

Primero.- CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, de fecha 29 de agosto de 1994.

Segundo.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 2 de marzo de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ESTATUTO DE BOGOTA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIONES - Distribución de trabajo. **REGLAMENTO INTERNO**

El Acuerdo 39 de 1990 del Consejo de Estado que modifica el Acuerdo No. 01 de 1971, es de carácter interno de la Corporación y según lo estipulado en su artículo primero, tiene como finalidad, para efectos de repartimiento, la distribución entre sus diversas secciones de los negocios que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo. La Ley 50 de 1967 "Por la cual se determina el número de Consejeros de Estado y se dictan algunas normas sobre su funcionamiento", había previsto en el artículo tercero que "En su reglamento el Consejo de Estado proveerá sobre la distribución de trabajo interno con el fin de especializar las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo". Es decir, que las disposiciones emanadas de la Corporación, tendientes a agilizar el trámite de los negocios, distribuyéndolos según su especialización de cada sección, pero que son de competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo y, en general, del Consejo de Estado, no tienen el sentido de delimitar competencias o de suprimirlas, pues no está dentro de sus funciones ni dentro de sus facultades hacerlo. La competencia del Consejo de Estado está determinada en la Ley concretamente en el Título XIV, artículos 128 y 129 del Código Contencioso Administrativo, en primera y en segunda instancia, respectivamente. Valga resaltar que en esta norma, no se distribuye por secciones la competencia de la Corporación.

DISTRITO CAPITAL. Régimen Jurídico Aplicable

Al Distrito Capital le son aplicables las leyes especiales que para el mismo dicten, que en el presente caso lo es el Decreto 1421 de 1993, expedido como estatuto contentivo del régimen especial para el Distrito Capital de

Santa Fe de Bogotá, por mandato expreso del artículo transitorio 41 de la Constitución.

DISTRITO CAPITAL. LEY DE CONTRATACION. Aplicación. **CONTRATO DE FIDUCIA**

Los artículos del Decreto 1421 acusados en este último cargo, en lo esencial y pertinente a las alusiones del demandante, disponen que las normas del Estatuto General de contratación pública se aplicarán en el Distrito y sus entidades descentralizadas en todo aquello que no regule el Decreto, que las entidades descentralizadas podrán celebrar contratos de fiducia y de encargo fiduciario con sociedades autorizadas por la Superintendencia Bancaria y que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política, el Distrito podrá celebrar contrato con entidades sin ánimo de lucro con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes distritales y locales de desarrollo, con sujeción a los reglamentos que expida el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., tres de marzo de mil novecientos noventa y cinco

Referencia: Expediente No. 2692 Actor: Domingo Banda Torregroza.

El actor de la referencia en ejercicio de la acción de nulidad, solicita de la Corporación la declaratoria de nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto 1421 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional, "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

Del artículo 2o. en la parte que reza: "En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios";

Del artículo 144, en la parte que dice: "en todo aquello que no regule el presente Decreto";

Del artículo 150 su totalidad;

Y, del artículo 152, en cuanto dispone: "...con sujeción a los reglamentos que expida el Gobierno Nacional".

NORMAS CITADAS COMO VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En el escrito de demanda, se citan como normas violadas, por parte de los actos acusados, los artículos 322, inciso 2o.; transitorio 41; 150, inciso final; 158; 169 y 355, inciso segundo de la Constitución Nacional.

En el capítulo "Conceptos sobre las violaciones señaladas", el demandante aduce los cargos que a continuación se resumen:

1o. La frase: "En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios", consagrada en el artículo 2o. del Decreto 1421 de 1993, es violatoria del artículo 322 inciso segundo de la Carta Política, por lo siguiente:

a) Supone una interpretación restrictiva de la proposición anterior a ella en el sentido de que esa primera proposición, no incluye a las normas constitucionales generales sobre régimen municipal como aplicables también al Concejo del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

b) Desconoce la estricta jerarquía normativa que debe ser aplicada a Santa Fe de Bogotá.

c) Ordena la aplicación prevalente de las normas legales especiales para el Distrito, frente a las normas constitucionales generales sobre régimen básico municipal.

d) Ordena e impone una aplicación subsidiaria de las normas constitucionales generales sobre régimen municipal, en relación con las normas legales especiales para Bogotá, y

e) Afirma - implícitamente - que una norma legal para Santa Fe de Bogotá, puede desconocer las normas constitucionales generales sobre el régimen de los Municipios y entidades territoriales.

2o. Los artículos 144, 150 y 152 violan los artículos 322, inciso 2; transitorio 41 y 150 de la Carta, porque constituyen una materia ajena a la competencia señalada en estos ordenamientos, la cual era para la expedición de un régimen especial en lo político, lo fiscal y lo administrativo. Además, porque usurpan la competencia del Congreso para legislar en materia de contratación para la administración pública, cuando ordena una excepción a la vigencia y aplicación de las normas

contractuales en la expresión "...en todo aquello que no regule el presente Decreto"; cuando consagra y reglamenta el Contrato de Fiducia y el Encargo Fiduaciario, a espaldas del Congreso y sujeta con carácter exclusivo y excluyente a los reglamentos que expida el Gobierno en la celebración de los contratos.

3o. Las disposiciones impugnadas 144, 150 y 152 infringen los artículos 158 y 169 de la Constitución Nacional, porque constituyen una materia diferente y heterogénea a la que debe corresponder un decreto consagratorio de un régimen especial para el Distrito, lo cual constituye un mico.

4o. El artículo 152 acusado, en la parte que reza: "con sujeción a los reglamentos que expida el Gobierno Nacional", viola el artículo 355 de la Carta, porque sujeta la celebración de los contratos con entidades sin ánimo de lucro a los reglamentos del Gobierno Nacional, y desconoce la posibilidad de sujeción también a una eventual ley reglamentaria conexa con la misma materia, o a un Acuerdo del Concejo de Bogotá sobre materia residual.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, para oponerse a las pretensiones del actor, se fundamenta en los argumentos que se resumen a continuación:

Las atribuciones señaladas en el artículo 313 de la Carta Política constituyen el régimen para los municipios en general, diferentes al Distrito Capital, para el que, según el artículo 322 *ibidem*, rige un régimen especial, que no es otro que el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

No hay violación de norma superior alguna ya que precisamente las disposiciones aplicables son las del Decreto 1421 de 1993, que es un auténtico decreto constitucional.

La norma atacada no hace cosa diferente que desarrollar los postulados constitucionales, máxime cuando el Decreto Ley 1421 de 1993 tiene la incontrovertible categoría de ley.

Conforme a la exigencia del artículo 322 de la Carta Política el régimen jurídico del Distrito Capital debe dictarse a través de leyes especiales como fue el caso del decreto acusado.

La figura del Distrito Capital tiene por sí misma fuerza y contenido autónomos y permite que el Constituyente le otorgue desarrollos y alcances, que deben entenderse dentro del tránsito de legislación que trae su estatuto orgánico sobre los principios orientadores de la Carta.

Cuando el Constituyente establece que el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital es el que determine la Constitución, las leyes especiales y las disposiciones vigentes para los municipios, imprimió una claridad para la ciudad en cuanto a que podría tener un complejo normativo autónomo que le otorgara una característica especial, con una estructura político-administrativa independiente.

Los artículos 144, 150 y 152 acusados tienen en su delineamiento una perfecta armonía frente a la regulación del estatuto general de contratación de la administración pública contenido en la Ley 80 de 1993.

Finalmente la parte demandada propone las excepciones que ella denomina de "Falta de jurisdicción y competencia" y "Especial de incompetencia".

Para sustentar la primera aduce que el Consejo de Estado "carece de competencia para conocer de este proceso, toda vez que de conformidad con la naturaleza del acto demandado, juzgar su inexequibilidad corresponde a la jurisdicción constitucional".

En sustento de la segunda, argumenta la demandada que el conocimiento del asunto corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. del Acuerdo No. 39 de 1990 y en razón a que la demanda está encaminada a procurar la nulidad de los artículos 144, 150 y 152 del Decreto Ley 1421 de 1993, en los cuales se regulan materias de contratación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Décima Delegada ante el Consejo de Estado después de hacer juiciosas reflexiones sobre la naturaleza jurídica del Decreto 1421 de 1993 y sobre el fundamento constitucional invocado por el Gobierno para la expedición del mismo empieza considerando que el Ejecutivo no usurpó competencia alguna al expedir el acto impugnado, pues tenía plena competencia para hacerlo, al cumplirse dos años concedidos al Congreso por el Constituyente, sin que éste desarrollara los aspectos contenidos en los artículos 322, 323 y 324 de la Carta.

Al referirse a cada una de las normas señaladas como violadas por el actor, dice en esencia, la Procuradora Delegada:

El aparte demandado del artículo 2o. del Decreto 1421 de 1993, no viola el texto constitucional del inciso 2o. del artículo 322, porque allí, lo único que hizo el Decreto fué repetir el ordenamiento constitucional, en cuanto a la aplicación de las normas constitucionales y legales vigentes para los municipios, pues efectivamente éstas deben aplicarse, en ausencia de las constitucionales especiales y de las legales especiales para el Distrito Capital.

Lo anterior no quiere decir que la Ley Especial para el Distrito Capital tenga prevalencia sobre la Constitución Política, pues dicha ley especial es desarrollo dentro de la norma constitucional que puede ser la especial o la general. Ahora bien, los vacíos que se presenten en cuanto a su aplicación, se llenarán con las normas vigentes para los municipios, siempre que, jurídicamente pueda ser de recibo la analogía.

En los actos acusados antes que desconocerse la jerarquía normativa, se establece, en el sentido de que el intérprete en el momento de aplicar la ley, debe tener en cuenta, primero la Constitución, armonizada con las demás normas, respetando su jerarquía y los principios generales del derecho, entre ellos los de interpretación.

No se trata de que una norma legal especial para el Distrito Capital, pueda desconocer las normas constitucionales generales sobre el régimen básico de los municipios y entidades territoriales, pues el artículo 322 de la Constitución Política, se refirió primeramente a las normas constitucionales entendidas como especiales y generales, en el evento de que, como en este caso, dicho aspecto se presente.

Para esta Delegada no solamente resultan violatorias de la Carta Política (artículos 322 inciso segundo y 41 transitorio) los artículos 144, 150 y 152 del Decreto 1421 de 1993, "sino todo el Título IX que se comprende de los artículos 144 a 152 inclusive, por cuanto se refieren todos a materia contractual, reservada por la Constitución, en forma exclusiva, al Congreso de la República".

Ante el imperativo mandato constitucional contenido en el artículo 150, no podía el Gobierno arrogarse esta competencia invocando para su expedición el artículo constitucional 41 transitorio, que lo autorizaba, subsidiariamente, sólo para dictar las normas a que se refieren los artículos 322, 323 y 324 de la Carta; artículos de cuya lectura cuidadosa, no se infiere que otorguen facultad para legislar en materia contractual.

Consecuente con esta última consideración, el Ministerio Público, solicita de la Corporación la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 144 a 152 del Decreto 1421 de 1993.

Durante el traslado corrido a las partes para alegar de conclusión, ni el demandante ni el demandado hicieron uso de él.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con la excepción de falta de jurisdicción y competencia propuesta por la entidad demandada, la Sala estima que no está llamada a prosperar porque la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en providencia del 13 de octubre de 1994, dirimió en favor de esta Corporación el conflicto de jurisdicción que se había suscitado entre la misma y la Corte Constitucional para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra el Decreto 1421 de 1993.

La otra excepción que el demandado llama "Especial de Incompetencia" tampoco tiene vocación de prosperidad por las siguientes razones:

El Acuerdo 39 de 1990 del Consejo de Estado que modifica el Acuerdo No. 01 de 1971, es de carácter interno de la Corporación y según lo estipulado en su artículo primero, tiene como finalidad, para efectos de repartimiento, la distribución entre sus diversas secciones de los negocios que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo.

La Ley 50 de 1967, "Por la cual se determina el número de Consejeros de Estado y se dictan algunas normas sobre su funcionamiento", había previsto en el artículo tercero que "En su reglamento el Consejo de Estado proveerá sobre la distribución de trabajo interno con el fin de especializar las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo". Es decir, que las disposiciones emanadas de la Corporación, tendientes a agilizar el trámite de los negocios, distribuyéndolos según su especialización de cada sección, pero que son de competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo y, en general, del Consejo de Estado, no tienen el sentido de delimitar competencias o de suprimirlas, pues no está dentro de sus funciones ni dentro de sus facultades hacerlo.

La competencia del Consejo de Estado está determinada en la ley concretamente en el Título XIV, artículos 128 y 129 del Código Contencioso Administrativo, en primera y en segunda instancia, respectivamente. Valga resaltar que en esta norma, no se distribuye por secciones la competencia de la Corporación.

Entrando al fondo del asunto propuesto, la sala, en relación con cada uno de los cargos, observa lo siguiente:

Frente a la censura esgrimida contra el aparte del artículo 2o. del Decreto 1421 de 1993 que dice: "En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes", esta Sala ante los mismos argumentos expuestos por el mismo demandante, en sentencia de 2 de febrero de 1995, dentro del expediente No. 2589, con ponencia del Magistrado Doctor Ernesto Rafael Ariza, expresó:

> "Comparando el contenido de las dos normas (artículo 322, inciso segundo de la Constitución Nacional - Aclara la Sala -), se tiene que tanto en la una como en la otra se alude, en primer lugar, a que las normas aplicables al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá serán las que expresamente señale la Constitución para el mismo, esto es, las contenidas en el Título XI, Capítulo 4, artículos 322 a 327, que tratan de su régimen especial. Así mismo ambos preceptos se refieren en segundo lugar a las leyes especiales que se dicten para el Distrito Capital en cuestión, pues al hablarse en el artículo 2o. del Decreto 1421 de 1993 del "presente estatuto", es evidente que éste corresponde a las "leyes especiales que para el mismo se dicten" de que trata el artículo 322 de la Carta. Por último, ambas normas se remiten, en ausencia de disposiciones especiales constitucionales o legales para la ciudad de Santa Fe de Bogotá, a las disposiciones vigentes para los municipios, sean estas constitucionales o legales"
>
> "Lo anterior deja sin sustento el cargo aducido, ya que es la misma Constitución la que otorga prevalencia a las normas especiales que se dicten para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, sobre las normas aplicables a los municipios, se repite, sean constitucionales o legales".

El cargo formulado contra los artículos 144, 150 y 152 del Decreto 1421 de 1993, por presunta violación de los artículos 322, inciso segundo, Transitorio 41, 150, 158, 169 y 355, inciso segundo de la Carta Política, se fundamenta en que, las normas acusadas constituyen una materia ajena y extraña a la competencia señalada si se tiene en cuenta que tal competencia se atribuyó para la expedición de un régimen especial en lo político, lo fiscal y lo administrativo, mientas el Decreto 1421 en lo pertinente, la ejerce en materia contractual la cual corresponde al Congreso de manera general y principal, y al Concejo de Santa Fe de Bogotá de manera particular y residual.

Al respecto vale la pena insistir en que el Decreto acusado, sigue la jerarquía normativa que impone claramente el inciso 2o. del Artículo 322, conforme a la

cual, al Distrito Capital le son aplicables las leyes especiales que para el mismo se dicten, que en el presente caso lo es el Decreto 1421 de 1993, expedido como estatuto contentivo del régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, por mandato expreso del artículo transitorio 41 de la Constitución.

Los artículos del Decreto 1421 acusados en este último cargo, en lo esencial y pertinente a las alusiones del demandante, disponen que las normas del estatuto general de contratación pública se aplicarán en el Distrito y sus entidades descentralizadas en todo aquello que no regule el decreto, que las entidades descentralizadas podrán celebrar contratos de fiducia y de encargo fiduciario con sociedades autorizadas por la Superintendencia Bancaria (150), y que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política, el Distrito podrá celebrar contrato con entidades sin ánimo de lucro con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes distritales y locales de desarrollo, con sujeción a los reglamentos que expida el Gobierno Nacional (152).

En este aspecto vale la pena recordar que el Artículo transitorio 41 de la Carta, facultó al Gobierno Nacional, por una sola vez para expedir las normas correspondientes sobre el régimen especial para el Distrito Capital, si el Congreso no dictaba la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de la Constitución.

Significa lo anterior, que la expedición del Decreto 1421 lo fué en ejercicio de una competencia otorgada directamente por la Constitución Nacional, frente al hecho de no haber sido expedidas por el legislador las normas sobre el régimen especial del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, dentro del plazo establecido en el mismo artículo 41 transitorio. Ante tal circunstancia, el Gobierno quedó habilitado como legislador para suplir las funciones del Congreso en esta materia, de tal manera que los actos expedidos, en virtud de esta competencia son de naturaleza legislativa y tienen por lo tanto la misma fuerza de la ley y por tal razón, en virtud de ellos, podía reemplazar al legislador, en el ejercicio de las funciones conferidas a éste en el artículo 150 de la Carta, incluídas las relativas a la contratación pública, y modificar, si fuere del caso, las leyes que, en este sentido y en ejercicio de tal atribución hubiera dictado el Congreso de la República.

Ahora, como argumento adicional para descartar la violación en este aspecto alegada en la demanda, debe tenerse en cuenta que el Decreto acusado fué expedido con anterioridad al Estatuto General de Contratación Pública contenido en la Ley 80 de 1993.

Pese a lo anterior, el Decreto 1421, en el parágrafo de su artículo 144, uno de los impugnados, dispone que "Las normas del estatuto general de contratación

pública regirán en el Distrito a partir de su promulgación, inclusive las que tengan señalada fecha de vigencia posterior en el mismo estatuto...".

Por lo demás, el artículo 152 impugnado, lejos de contradecir la Carta Política, se acomoda a ella, pues según su propio texto, "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política , el Distrito podrá celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes distritales y locales de desarrollo, con sujeción a los reglamentos que expida el Gobierno Nacional." (Subraya la Sala).

Ahora, tampoco se configura la nulidad de la parte subrayada del parágrafo transcrito en la cual finca su inquietud el actor, pues en ella, en manera alguna está expresando que el Distrito al celebrar esa clase con contratos desea sustraerse al cumplimiento de las previsiones constitucionales y legales especiales que para tal efecto existan, como serían, a manera de ejemplo, las previstas en los numerales 14, 17 y 18 del artículo 12 del Decreto 1421, en concordancia con los artículos 7o. del mismo y 300 numeral 9 de la Constitución Nacional.

Finalmente, en relación con la pretendida violación de los artículos 158 y 169 de la Constitución Política, ya ha dicho esta Sala con motivo del mismo argumento que "no tiene tampoco asidero jurídico, pues no puede afirmarse que se introdujo un "mico" de autorizaciones especiales, ya que al facultarse al Gobierno Nacional para expedir un régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, precisamente por ser especial, puede contener normas de tal carácter" (Fallo citado).

Concluyendo se tiene que las disposiciones acusadas no infringen los preceptos constitucionales invocados por el demandante, motivo por el cual tendrán que desestimarse las pretensiones de la demanda.

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, en parte de acuerdo con la Procuraduría Delegada,

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese. La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 2 de marzo de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: En similar sentido puede consultarse la sentencia de 2 de febrero de 1995, Exp. 2589, ponente: Dr. *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

ESTATUTO DE BOGOTA - Carácter Legal. **NORMA CONSTITUCIONAL DISTRITO CAPITAL** Régimen Jurídico Aplicable

La expedición del Decreto 1421 se fundamenta en una competencia otorgada directamente por la Constitución Nacional, frente a la circunstancia de no haber sido expedidas por el legislador las normas sobre el Régimen Especial del Distrito Capital dentro del plazo establecido en el mismo artículo 41 Transitorio, al no expedirse la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, dentro de los dos años siguientes a la fecha de promulgación de la Constitución, el Gobierno quedó habilitado como legislador para suplir las funciones del Congreso en esta materia, de tal manera que los actos expedidos por el Gobierno en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 41 transitorio de la Carta son de naturaleza legislativa y tiene por lo tanto la misma fuerza que la ley. Las normas aplicables al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá serán, en primer lugar las que expresamente señale la Constitución para el mismo, esto es, las contenidas en el Título XI, capítulo 4, artículos 322 a 327, que tratan de su régimen especial; en segundo lugar, las leyes especiales que se dicten para el Distrito Capital, a las cuales queda asimilado el Decreto 1421 de 1993, y por último, en ausencia de disposiciones especiales constitucionales o legales, las normas vigentes para los municipios.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., tres de marzo de mil novecientos noventa y cinco

Consejero ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente No. 2731 Decretos del Gobierno. Actor: Domingo Banda Torregroza.

El Ciudadano Domingo Banda Torregroza, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demanda de esta

Corporación la declaratoria de nulidad parcial del artículo 29 del Decreto 1421 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional, "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

El actor concreta su petición a las partes que rezan "...o ajeno..." "...asuntos..." y "por interpuesta persona...", correspondientes al numeral 1 del ya citado artículo 29, mediante el cual "el Ejecutivo estableció las conductas incompatibles con el ejercicio del cargo de Concejal del Distrito Capital o, lo que es lo mismo, el Régimen de Incompatibilidades *ad-hoc* para el Concejo de Santa Fe de Bogotá".

NORMAS CITADAS COMO VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En el escrito de demanda se citan como violados por el acto acusado, el preámbulo y los siguientes artículos de la Constitución Nacional: 322, inciso 2o.; Transitorio 41; 312 inciso 2o.; 29; 113; 114; 123; 23 y 311.

En apoyo de sus pretensiones aduce el actor, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1o. Los artículos 322, inciso 2 y transitorio 41 resultan infringidos porque el Ejecutivo autorizado exclusivamente para la expedición de un régimen especial en lo político, lo fiscal y lo administrativo, abusando de su competencia establece un régimen *ad-hoc* de incompatibilidades para los concejales de Santa Fe de Bogotá.

2o. Se infringe el artículo 312, inciso 2 por la usurpación de la competencia que esta disposición otorga al Congreso, para determinar "las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los Concejales". No puede el Ejecutivo so pretexto de la expedición de un régimen especial para el Distrito Capital desarrollar legislativamente el inciso 2 del art. 312 de la Carta, cuando no existe todavía una ley que determine las calidades, inhabilidades, incompatibilidades y régimen disciplinario de los concejales como servidores públicos.

3o. Hay violación del artículo 29 de la Carta Política, especialmente por parte de las expresiones genéricas, ambiguas y equívocas, "O AJENO" "ASUNTOS" O" "POR INTERPUESTA PERSONA", pues al consagrar institucionalmente "un principio genérico de similitud punitiva disciplinario y penal", constituyen una violación al postulado de DEMOSTRABILIDAD exigido por la Constitución (arts. 29 y 6), para la calificación de toda conducta punible, que supone so sólo la claridad normativa de la descripción de una conducta sino la comprobación de ésta. No es viable condenar por una conducta que por insuficiente, equívoca, ge-

nérica y ambigua no se pueda demostrar. Del tenor literal del numeral 1 del artículo 29 acusado, se desprende la indebida exigencia a todos los concejales de comprobar, invirtiendo así la carga de la prueba, que NO GESTIONABAN, para no ser condenados por incurrir en la susodicha incompatibilidad, cuando quiera que les sea imputada.

4o. También aparecen violados los artículos 113, 114 y 123 de la Carta Magna por parte del acto acusado, porque las expresiones que contiene con significados genéricos, ambiguos y equívocos, dan lugar a que el juzgador asuma el papel de legislador, sustituya, de facto a éste y describa conductas, faltas o tipos punibles, para imputarlos y sancionarlos. Tales eventos configuran una usurpación de la competencia del Congreso y un desconocimiento a los principios constitucionales de la separación de los poderes y de la constitucionalidad y legalidad de las funciones públicas.

5o. Resulta también violado el derecho de petición por cuanto el texto de la norma es contradictorio ya que reconoce la existencia de tal derecho (inciso primero) pero, a renglón seguido, lo niega mediante la prohibición de : "Gestionar en nombre propio o ajeno, asuntos ante las autoridades distritales...".

Además, pedir y/o formular peticiones (aun a nombre de la comunidad que se representa), según las acepciones acusadas, resultan ser una especie o forma de gestión, ante lo cual se debe concluir que un concejal no puede pedir o gestionar para la comunidad en general, por ejemplo, la construcción de una escuela pública o exigir la legalización de su contratación cuando quiera que tales peticiones se formulen fuera de la sede del Concejo donde ejerce su competencia estatuída en el artículo 313 de la C.N.

6o. La violación del artículo 311 se configura por cuanto el amplio y genérico tenor literal de la norma y sus expresiones impugnadas ("o ajeno" y "asuntos") excluye y/o prohibe las conductas "para funcionales" o "para competentes" del Municipio como entidad fundamental de la división político - administrativa del Estado, tales como prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demanda el servicio local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, etc.

7o. El preámbulo de la Constitución se infringe porque la disposición acusada desconoce los postulados y propósitos contenidos en él, cuando somete la gestión mandataria de los concejales a una férrea camisa de fuerza, injusta o inequitativa, determinada y manejada por el criterio y el arbitrio del juzgador encargado de

otorgarle cabal y definido sentido a las prohibiciones por incompatibilidad, acusadas en ésta.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado judicial del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá solicita que se desestimen las pretensiones de la demanda. Fundamenta su solicitud en los argumentos que se resumen a continuación:

El Decreto 1421 de 1993 fué expedido con base en el artículo transitorio 41 de la Constitución Nacional y por ello tiene la misma fuerza que la ley.

El ejecutivo al dictar el decreto acusado no se extralimitó en sus funciones ni usurpó las del Congreso porque actuó como legislador.

El Decreto 1421 de 1993 es una norma especial que regula materias de manera expresa y por lo tanto tiene la plena capacidad de regular las conductas censuradas.

Cuando el Constituyente dispuso que el régimen político, fiscal y administrativo para el Distrito de Santa Fe de Bogotá será el que determinen la Constitución, las leyes especiales y las disposiciones vigentes para los municipios, "imprimió una claridad para la ciudad en cuanto a que podría tener un complejo normativo autónomo que le otorgara una característica especial, con una estructura político-administrativa independiente".

Finalmente la parte demandada propone la excepción de falta de jurisdicción y de competencia del Consejo de Estado, "toda vez que de conformidad con la naturaleza del acto demandado, juzgar su exequibilidad corresponde a la jurisdicción constitucional".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Décima Delegada ante el Consejo de Estado después de hacer juiciosas reflexiones sobre la naturaleza jurídica del Decreto 1421 de 1993 empieza considerando que el Gobierno Nacional no usurpó competencia alguna al expedir el acto impugnado, pues tenía plena facultad para hacerlo, al cumplirse los dos años concedidos al Congreso por el Constituyente, sin que éste desarrollara los aspectos contenidos en los artículos 322, 323 y 324 de la Carta"

Entrando ya a las particularidades del caso *sub exámine*, la señora Procuradora se refiere a las normas constitucionales citadas como violadas, en los términos que a continuación se sintetizan:

El Gobierno, por virtud de la habilitación legislativa que le otorgó el artículo 41 transitorio asumía una facultad plena y soberana, similar a la del Congreso.

En el artículo 322 de la Constitución Política, se indica que el Régimen Especial para el Distrito Capital será, en principio y como norma preferente, el establecido en la Constitución, tanto en lo general como en lo especial; en segundo orden, el que establezcan las leyes especiales, y en tercer lugar, las disposiciones vigentes para los municipios, aplicables en los eventos en que se presenten vacíos legislativos.

Dada la naturaleza legislativa del Decreto 1421, podía el Gobierno, sin incurrir en usurpación de competencias determinar el régimen de incompatibilidades que es, además del establecido en la Constitución Política (artículo 323), el propio que establezca la ley especial en este caso el Decreto 1421 de 1993, expedido con fundamento en la competencia otorgada por el artículo 41 transitorio.

En relación con la presunta violación del artículo 312 de la Carta, resultan valederos los argumentos anteriormente expuestos para demostrar que no hubo usurpación de competencias.

Para hacer alusión al artículo 29 de la C.N. también citado como violado en la demanda, dice la Procuraduría que no se puede confundir lo punitivo es decir, lo que es inherente al poder sancionatorio, con un régimen de prohibiciones, no obstante de ambos predicarse el carácter de prohibiciones. La transgresión del mandato prohibitivo podrá acarrear sanción, pero en la norma acusada no se indica la misma, pues lo que allí se establece es un postulado de comportamiento.

Las incompatibilidades señaladas en el artículo 29 acusado, contienen un supuesto que prohibe, y que en el evento de realizarse es considerado causal de mala conducta que deberá ser objeto del juicio respectivo si a él se diere origen.

No se ha invertido la carga de la prueba como lo aduce el actor. La norma se limita a prohibir un comportamiento que considera lesivo a sus intereses, pero en ningún caso le impone al Concejal la obligación de probar que no gestionaba.

No se precisa violación alguna de los artículos 113, 114 y 123 de la Constitución Nacional por parte del artículo 29 del Decreto 1421 de 1993, pues como ya

se indicó, siendo la expedición del precitado decreto el ejercicio por parte del Gobierno de una facultad legisladora directa otorgada por el Artículo 41 transitorio de la Carta, éste es la ley.

Finalmente, no encuentra la Delegada que la disposición acusada contravenga el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta, lo restrinja y desnaturalice cuando establece la incompatibilidad de gestionar asuntos ante las autoridades distritales; por el contrario, la norma reafirma la existencia de este derecho fundamental. La gestión de asuntos difiere del derecho de petición que le permite a todas las personas acudir a las autoridades y presentar peticiones por motivos de interés general o particular y obtener de ellas pronta resolución.

Durante el traslado corrido a las partes para alegar de conclusión, ni el demandante ni el demandado hicieron uso de él.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con la excepción de falta de jurisdicción y competencia propuesta por la entidad demandada, la Sala estima que no está llamada a prosperar porque la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en providencia del 13 de octubre de 1994, dirimió en favor de esta Corporación el conflicto de jurisdicción que se había suscitado entre la misma y la Corte Constitucional para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra el Decreto 1421 de 1993.

En lo que respecta al fondo del asunto, la Sala considera pertinentes las siguientes reflexiones:

El Decreto 1421 de 1993 uno de cuyos artículos se acusa en esta oportunidad fué dictado por el Gobierno Nacional en virtud de facultades que a éste le concedió el Constituyente en el artículo 41 Transitorio de la Constitución Nacional, que dispuso:

> "Si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución, el Congreso no dicta la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, sobre régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, el Gobierno, por una sola vez, expedirá las normas correspondientes".

Significa lo anterior, que la expedición del Decreto 1421 se fundamenta en una competencia otorgada directamente por la Constitución Nacional, frente a la circunstancia de no haber sido expedidas por el legislador las normas sobre el

régimen especial del Distrito Capital dentro del plazo establecido en el mismo artículo 41 Transitorio. Al no expedirse la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, dentro de los dos años siguientes a la fecha de promulgación de la Constitución, el Gobierno quedó habilitado como legislador para suplir las funciones del Congreso en esta materia, de tal manera que los actos expedidos por el gobierno en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 41 transitorio de la Carta son de naturaleza legislativa y tienen por tanto la misma fuerza que la ley.

Ya esta Sala, dentro del expediente 2651, en providencia de febrero 18 de 1995, con ponencia del Dr., Miguel González Rodríguez, al respecto expresó:

> "La interpretación lógica y sistemática de la facultad supletoria asignada al Gobierno Nacional en dicha norma transitoria lleva a concluir que el Decreto expedido con fundamento en ella tiene la misma fuerza o entidad normativa que la ley, lo que equivale a decir, que desde el punto de vista material jerárquico constituye un acto de naturaleza legislativa".

Por su parte, el inciso 2 del artículo 322 de la Constitución Política, refiriéndose al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, dice:

> "Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios".

De conformidad con el ordenamiento pretranscrito las normas aplicables al Distrito capital de Santa Fe de Bogotá serán en primer lugar las que expresamente señale la Constitución para el mismo, esto es, las contenidas en el Título XI, Capítulo 4, artículos 322 a 327, que tratan de su régimen especial; en segundo lugar, las leyes especiales que se dicten para el Distrito Capital, a las cuales queda asimilado el Decreto 1421 de 1993, y por último, en ausencia de disposiciones especiales constitucionales o legales, las normas vigentes para los municipios.

En otras palabras, de acuerdo con la jerarquía de las normas que establece el inciso 2 del artículo 322 de la Carta, a falta de disposición constitucional para el régimen especial del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, son aplicables las normas especiales que para el mismo se dicten, como en este caso, es el artículo 29 del Decreto 1421 de 1993, que conforme a lo ya expuesto es ley y por lo tanto, mediante él, puede el Gobierno establecer incompatibilidades en los casos en que la Constitución no se refiera a ellas.

Ahora, tal como lo dijo la Sala en sentencia de febrero 9 del presente año, dentro del expediente No. 2651, con ponencia del Dr. Miguel González Rodríguez:

"De otra parte, el artículo 293 de la Constitución Política defirió a la ley la determinación de las calidades, incompatibilidades e inhabilidades de los ciudadanos elegidos por voto popular y nada impide que una ley especial, como lo es el Decreto 1421 de 1993, pueda regular tales aspectos máxime si el artículo 322 de la Carta permite que a través de leyes especiales se determine el régimen administrativo del Distrito Capital, dentro del cual no resultan ajenas las prohibiciones a que se contraen las normas acusadas".

Por las anteriores consideraciones, no prosperan los cargos 1o, 2o. y 4o en los cuales dice el actor que el acto impugnado viola los artículos 322, inciso 2; transitorio 41, 312, inciso 2o, 113, 114 y 123 de la Constitución Nacional.

Tampoco se observa la violación del artículo 29 de la Carta Magna cuando la norma acusada establece para los Concejales del Distrito Capital las prohibiciones de "gestionar en nombre propio o ajeno, asunto ante las entidades distritales o ser apoderados de las mismas o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno", y "ser apoderados o defensores en los procesos en que sean parte el Distrito, sus entidades descentralizadas o cualesquiera otras personas jurídicas en las que aquél o éstas tengan participación."

No hay contradicción entre la norma constitucional citada como infringida y la legal acusada, pues las situaciones contempladas en cada una de ellas son diferentes. Mientras el debido proceso implica una actuación, un juzgamiento, ya sea judicial o administrativo, que debe adelantarse de conformidad con pautas y garantías que trae la misma norma; las prohibiciones establecidas en el Decreto se limitan a sentar una norma de conducta y de comportamiento, que únicamente en el caso de ser violada, según comprobación que haga el Estado, podría generar la actuación de la autoridad competente y la consiguiente sanción.

La norma acusada simplemente prohíbe un comportamiento en consideración a la ética y la moral, otra cosa es que la transgresión de ese mandato origine la actuación judicial o administrativa de la autoridad dentro de la cual debe observase el debido proceso con la plenitud de las formas propias de cada juicio y con la garantía indescartable del derecho de defensa.

Respecto de la alegada violación del artículo 23 de la Constitución Política en el cual se consagra el derecho de petición debe observar la Sala que tampoco se estructura en el caso sometido a estudio. Baste con hacer notar que la misma norma acusada al establecer las incompatibilidades deja a salvo el mencionado derecho, cuando en su primer inciso ordena: "Sin perjuicio de las actuaciones corres-

pondientes a las funciones propias del cargo y del ejercicio del derecho de petición, está prohibido a los Concejales..." (subraya de la Sala).

Y es que, no puede confundirse como parece creerlo el actor, el derecho de petición consagrado como derecho fundamental en el artículo 23 de la Carta Política, concedido en beneficio de toda persona, con la gestión de asuntos en nombre propio o ajeno o con el ejercicio profesional de la abogacía en calidad de apoderados o defensores en los procesos. Aunque en ambos casos puede existir un interés particular, los objetivos, los presupuestos y el mismo trámite son diferentes.

Finalmente, se dice en el escrito de demanda que el acto impugnado viola el preámbulo de la Constitución Nacional, porque al establecer las prohibiciones somete la gestión mandataria de los Concejales a una férrea camisa de fuerza, injusta e inequitativa, desconociendo la forma de democracia participativa local que tiene el régimen municipal y los postulados del interés general, la defensa y el bienestar de los asociados y el derecho de los ediles a participar de manera cívica y política en la administración municipal.

Este último cargo tampoco tiene vocación de prosperidad, de una parte porque como ya quedó expresado el Gobierno estaba facultado por el Constituyente para dictar el Decreto 1421 de 1993; que éste tiene fuerza de ley y en consecuencia podía mediante él establecer las prohibiciones que ahora se impugnan. De otra, el régimen de incompatibilidades, contrariamente a lo afirmado en el cargo, debe entenderse encaminado a preservar los intereses generales de la administración y de la ciudadanía, frente al interés particular; a lograr gestiones administrativas y judiciales transparentes y a conservar el derecho a la igualdad.

Ahora, la actividad y la participación de los concejales en la administración distrital, en manera alguna podrían considerarse eliminadas por las incompatibilidades consagradas en el acto acusado, pues aquellas puede realizarse a través del ejercicio de las funciones que competen al Concejo estipuladas en el mismo Decreto 1421 de 1993, artículo 12, y de las acciones de que son titulares todos los ciudadanos de conformidad con la Constitución y la ley.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese. La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 2 de marzo de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Se reitera la Providencia de 18 de febrero de 1995, Exp. 2651, Ponente: Dr. *Miguel González Rodríguez.* Las sentencias de 3 de marzo de 1995, Exp. 2691, Ponente: Dr. *Miguel Gonzalez Rodriguez*, Actor: Nestor Guillermo Franco Gonzalez y Exp. 2692, Ponente: Dr. *Yesid Rojas Serrano*, Actor: Domingo Banda Torregroza, también tratan del Estatuto de Bogotá.

VISITA CONYUGAL. CERTIFICACION DE SANIDAD - Reglamentación. **COMPETENCIA.MINISTERIO DE SALUD** - Funciones. **FACTORES DE RIESGO** - Control. **INPEC. DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO** - Extralimitación de Funciones.

La solicitud de datos o la realización de procedimientos relacionados con investigaciones en el campo de la salud, requiere autorización del Ministerio de Salud o de su entidad delegada, según prescripción de la Ley 09 de 1979, artículo 482. Así también, refiriéndose a la prevención y al control epidemiológicos, dispone el artículo 488, *ibídem*, que la reglamentación sobre la expedición de documentos que acrediten el estado de salud de los habitantes del país, corresponde al mismo Ministerio. El control de los factores de riesgo, entre los que se encuentran indudablemente los mencionados en la certificación que se juzga corresponde también al Ministerio de Salud, según lo dispone el artículo 9 literal d) de la Ley 10 de 1990 por la cual se organiza el sistema nacional de salud. Disposición en igual sentido está contenida en el artículo 3 del Decreto 1471 de 1990. Por su parte, el Decreto 1562 de 1994, asigna, igualmente a ese despacho, la competencia para adelantar acciones de vigilancia epidemiológica y control de saneamiento en determinados sectores de la población. En primer lugar el acto es expedido por quien no tenía competencia para hacerlo; en segundo lugar, se hace sin contar con la voluntad del "encuestado"; y, en tercer lugar, se hace con fines discriminatorios manifestados en que del éxito del exámen depende la certificación de sanidad que le daría al interesado la concesión de la visita conyugal por parte del director del centro de reclusión. Es de colegirse, que no sólo se violan con el acto demandado una a una las prohibiciones contempladas en los tres artículos mencionados sino particularmente, y en forma contundente, la tajante orden con que concluye el artículo 28: "... En consecuencia, prohíbese la exigencia de carnés o certificados con referencia a enfermedades de transmisión sexual, incluída la infección por HIV".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y cinco

Consejero ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente No. 3062 autoridades nacionales. Actor: Jaime Córdoba Triviño (Defensor del Pueblo)

Se éntra en la presente providencia a decidir la acción pública de nulidad incoada contra el numeral 5 del artículo 10 de la Resolución No. 5889 del 20 de agosto de 1993, expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC-, "por la cual se reglamenta la visita conyugal en los centros de reclusión de todo el país".

LO QUE SE DEMANDA

El actor solicita de esta corporación lo siguiente:

"Declárese la nulidad del numeral 5 del artículo décimo de la Resolución No. 5889 del 20 de agosto de 1993, "por el cual se reglamenta la visita conyugal en los centros de reclusión de todo el país", expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, por haber sido expedida por un organismo incompetente para regular la materia de que trata y por violación o desconocimiento de normas superiores de derecho, vicios señalados como causales de nulidad de los actos administrativos por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, y cuyo texto de transcribe:

"ARTICULO DECIMO: Los directores de los centros de reclusión masculinos y femeninos, concederán la visita conyugal para los internos e internas que la soliciten, previos los siguientes requisitos:

"(..)

"Certificación de sanidad, expedida por el médico del centro de reclusión, para el interno (a) en que conste que no padece de enfermedad infectocontagiosa, venérea o Sida, y si el otro cónyuge no es interno presentará el exámen médico particular con registro del profesional, donde se lean claramente los nombres y apellidos del médico y la dirección del consultorio".

LAS NORMAS VIOLADAS - CONCEPTO DE ILEGALIDAD

El actor señala como violadas, en cuanto a la incompetencia del INPEC para regular la materia, las siguientes disposiciones de la Ley 09 de 1979: "Por la cual

se dictan medidas sanitarias" (Código Sanitario Nacional): artículos 482 y 488; de la Ley 10 de 1990, "Por la cual se organiza el sistema nacional de salud", el artículo 9, literal d); el Decreto 1471 de 1990 "Por el cual se establece la estructura orgánica del Ministerio de Salud y se determinan las funciones de sus dependencias", el artículo 3o. literal d); el Decreto 1562 de 1994 "Por el cual se reglamentan parcialmente los títulos VII y IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto a vigilancia y control epidemiológico y medidas de seguridad", el artículo 13 en el que se dispone:

"El Ministerio de Salud o sus entidades delegadas serán las autoridades competentes para ejecutar acciones de vigilancia epidemiológica y de control de saneamiento de áreas portuarias, naves y vehículos. (...)".

Indica igualmente como normas superiores de derecho infringidas, los artículos 28, 37 y 38 del Decreto 559 del 22 de febrero de 1991.

Al explicar el concepto de ilegalidad manifiesta el accionante:

"1. El INPEC no es el organismo competente para expedir regulaciones en materia de control epidemiológico sobre enfermedades de transmisión sexual (ETS). Las entidades competentes para expedir reglamentos y disposiciones en materia de prevención y control epidemiológico son el Ministerio de Salud o sus entidades delegadas para tal fin".

"Los artículos 1, 5, 9, 14, 15, 62, 112, 116 y 143 de la Ley 65 de 1993, citados como fundamento de las facultades del INPEC para expedir la resolución 5889 de 1993, no le confieren autorización alguna para regular procedimientos en materia de investigación y prevención epidemiológica de enfermedades de transmisión sexual.

"La expedición de los actos administrativos por un organismo incompetente es causal de nulidad de aquellos, consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso administrativo.

"2. Violación o quebrantamiento de una norma superior de derecho: El numeral 5 del artículo Décimo de la Resolución No. 5889 de 1993 , establece una práctica considerada como discriminatoria por el artículo 28 del Decreto 559 de 1991 y una exigencia prohibida por la misma norma.

"Los artículos 37 y 38 del Decreto 559 de 1991 claramente establecen la discrecionalidad de toda persona para decidir si se practica o no esta clase de pruebas y la prohibición expresa de someter, sin su consentimiento, a las personas privadas de la libertad a pruebas para detectar la infección por el virus de inmunodeficiencia humana".

SUSPENSION PROVISIONAL

Al admitirse la demanda, se estudió la solicitud de suspensión provisional del acto acusado que había hecho el accionante y, al encontrar la Sala que era ostensible la infracción a las normas superiores por él señaladas, se decretó la medida cautelar.

En el mismo auto admisorio de la demanda, como es de ley, se ordenó la notificación al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A. Esta diligencia se cumplió el 28 de noviembre de 1994, según consta a folio 23 del expediente. La demanda no fué contestada a tiempo.

TRASLADOS PARA ALEGAR - CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

No habiendo pruebas para practicar, se dispuso correr traslado a las partes para alegar en conclusión.

La parte actora no se hizo presente en esta oportunidad. Tampoco lo hizo la entidad demandada, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC. Sólo después de vencido también el término para alegatos, se recibió en la Secretaría de la Sección un memorial en el que se dice contestar la demanda argumentando que el Decreto 559 de 1991 que fuera citado por el actor como transgredido, es una norma que regula aspectos de carácter general y la norma acusada regula una situación especial y concreta como es la visita conyugal. Considera, igualmente, que el INPEC sí es competente para dictar normas cuando se relacionan con la población reclusa.

Intervino es esta parte del proceso el señor Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, quien, al exponer su concepto sobre el asunto en litigio, se ocupó en primer lugar de la competencia del funcionario que expidió el acto. Manifiesta que el Director General del Inpec al establecer en la Resolución No. 5889 de 1993 como requisitos para la visita conyugal las certificaciones a que alude el numeral 5 del artículo décimo hizo una exigencia para la cual no tenía competencia, conforme se desprende especialmente de los artículos 37 y 38 del Decreto 559/91, pues allí se otorga dicha competencia a una autoridad sanitaria, que para el caso sería alguna dependencia del Ministerio de Salud, a no ser que medie el consentimiento del examinado (art. 37), o se exija para fines probatorios (art. 38), y agrega:

"Ahora bien, como lo advirtió el señor Defensor del Pueblo en su demanda, la condición de autoridad sanitaria no se desprende de ninguna de las normas en las que se apoyó el Director General del Inpec para expedir la Resolución No. 5889/93, por lo que el vicio de ilegalidad del numeral 5o. del artículo por este aspecto, no tiene duda alguna".

Hace luego el funcionario algunas consideraciones sobre las consecuencias en derecho de la certificación de sanidad exigida en la norma demandada con fundamento en la posición de organismos internacionales y nacionales sobre la discriminación, así como sobre la doctrina existente en ese tema, particularizando sobre lo que tiene que ver con enfermedades transmisibles, incluída el sida.

Tales puntos de vista los expone el Procurador Delegado con el fin de insistir en la nulidad del acto acusado, "por violar igualmente normas relacionadas con la prohibición de la discriminación, en aras de transmitir un discurso jurídico propio de los Estados de Derecho", no obstante considerar que las anteriores argumentaciones son suficientes para acceder a las súplicas de la demanda.

En efecto, se habla en el memorial de la normatividad nacional e internacional, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 16/72), de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (Ley 16/72), de la Convención contra la tortura y otros tratos, penas crueles, inhumanas y degradantes (Ley 78/86), de la Organización Mundial de la Salud y la posición de la OMS y, en fin, de la Organización de las Naciones Unidas. "Principios universales como la solidaridad, el respeto de la dignidad de las persona humana, el espíritu de la tolerancia, el derecho a la vida, la protección del secreto o de la confidencialidad, la libertad de movimiento, entre otros, son resaltados por la ONU como los directamente afectados por la discriminación relacionada con el sida".

Se refiere luego el Señor Delegado de la Procuraduría a la Corte Constitucional de la que afirma que no ha sido ajena al tema y que en varios pronunciamientos ha sentado criterios relacionados con los derechos de los internos, como la intimidad y la no discriminación y concluye conceptuando que la norma acusada debe desaparecer definitivamente del ordenamiento jurídico, no sólo por la falta de competencia que llevó a la suspensión provisional, sino por violar la normativa superior que se ha dejado reseñada a lo largo del presente concepto".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El señor Defensor del Pueblo, en su condición de tal, solicita de esta Corporación que se declare la nulidad de un requisito señalado en el artículo décimo,

numeral 5, de la Resolución 5889 de 1993 expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- según el cual, para conceder visita conyugal, los directores de los centros de reclusión masculinos y femeninos deberán exigir una certificación de sanidad en la que conste que el interno o interna no padece enfermedad infectocontagiosa, venérea o sida, requisito que se exigió también para el otro cónyuge.

Cuando se hizo la consideración pertinente a la solicitud de suspensión provisional, esta Sala estimó al comparar el acto acusado con las normas señaladas como violadas, que sí se daba la transgresión puesto que era perentoria la prohibición contenida en el artículo 28 del Decreto 559 de 1991 de exigir certificados con referencia a enfermedades de transmisión sexual y que estaba claro, igualmente, que los artículos 37 y 38 de la misma disposición, establecen la discrecionalidad de las personas para someterse o no a las pruebas de este tipo, "salvo para fines probatorios, en un proceso judicial o por orden de autoridad sanitaria competente".

No hubo oportuna defensa del acto por parte de quien lo expidió excepto una extemporánea nota de una abogada a quien la entidad confirió poder para que asumiera su representación en el proceso. En dicho memorial que, no tiene validez procesal dada su extemporaneidad se sugiere que no se daría la violación puesto que la norma superior presuntamente agredida regula aspectos de carácter general mientras que la norma acusada regula una situación especial y concreta.

La afirmación no resiste el más mínimo análisis jurídico ya que se está desconociendo el escalonamiento de la normatividad jurídica al pretender anteponer una resolución del director de un instituto nacional a un decreto del Gobierno Nacional.

La preferencia de una disposición relativa a un asunto especial frente a la que tenga carácter general, es predicable únicamente de aquellas normas que tengan la misma categoría según clara e indiscutible interpretación de la hermenéutica jurídica, además de taxativo mandato de la Ley 57 de 1.887, en la que se adoptan códigos y se unifica la legislación nacional.

Así pues, una resolución, como la acusada, no puede sobrevivir jurídicamente si está contradiciendo flagrantemente disposiciones contenidas en normas que le son superiores y a las cuales debe estar supeditada.

Como está demostrado en el proceso, la solicitud de datos o la realización de procedimientos relacionados con investigaciones en el campo de la salud, requiere

autorización del Ministerio de Salud o de su entidad delegada, según prescripción de la Ley 09 de 1979, artículo 482. Así también, refiriéndose a la prevención y al control epidemiológicos, dispone el artículo 488, *ibídem*, que la reglamentación sobre la expedición de documentos que acrediten el estado de salud de los habitantes del país, corresponde al mismo Ministerio.

El control de los factores de riesgo, entre los que se encuentran indudablemente los mencionados en la certificación que se juzga corresponde también al Ministerio de Salud, según lo dispone el artículo 9 literal d) de la Ley 10 de 1990 por la cual se organiza el sistema nacional de salud. Disposición en igual sentido está contenida en el artículo 3 del Decreto 1471 de 1990. Por su parte, el Decreto 1562 de 1994, asigna, igualmente a ese despacho, la competencia para adelantar acciones de vigilancia epidemiológica y control de saneamiento en determinados sectores de la población.

Pero la violación más patente en la que incurre el acto demandado, se da frente al Decreto 559 de 1991, en cuyos artículos 28, 37 y 38 se prohíbe expresamente la exigencia de certificaciones referentes a enfermedades infectocontagiosas, venéreas y sida.

Es este el texto de los artículos en mención:

"ARTICULO 28. Sin perjuicio de las medidas sanitarias de carácter individual a que haya lugar y del derecho que toda persona tiene a obtener certificado sobre su estado de salud cuando lo considere conveniente, considérase la carnetización o certificación obligatoria al respecto como una medida ineficaz y discriminatoria. **En consecuencia, prohíbese la exigencia de carnés o certificados con referencia a enfermedades de transmisión sexual, incluida la infección por HIV**". (Resalta de la Sala).

"ARTICULO 37. La práctica de pruebas serológicas para detectar infección por el virus de Inmunodeficiencia Humana (HIV) en encuestas a grupos con comportamientos de riesgo o población en general, **sólo podrá efectuarse previo consentimiento del encuestado o cuando la autoridad sanitaria competente lo determine y nunca con fines discriminatorios**" (se resalta).

"ARTICULO 38. **Las personas privadas de libertad no podrán ser sometidas a pruebas obligatorias para detectar infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (HIV), salvo para fines probatorios en un proceso judicial ò por orden de autoridad sanitaria competente**" (resalta la Sala).

Como puede verse, es tan determinante la prohibición de exigir certificaciones sobre las dichas enfermedades, que cualquier consideración que se quiera hacer sobre las normas transcritas sería incurrir en lucubraciones tautológicas. Las partes subrayadas por la Sala tienen la suficiente elocuencia para detectar, con su sola lectura, la agresión que a ellas se hace con el acto impugnado en el que se observa que, en primer lugar, es expedido por quien no tenía competencia para hacerlo; en segundo lugar, se hace sin contar con la voluntad del "encuestado"; y, en tercer lugar, se hace con fines discriminatorios manifestados en que del éxito del examen depende la certificación de sanidad que le daría al interesado la concesión de la visita conyugal por parte del director del centro de reclusión.

Es de colegirse, que no sólo se violan con el acto demandado una a una las prohibiciones contempladas en los tres artículos transcritos sino particularmente, y en forma contundente, la tajante orden con que concluye el artículo 28: "... En consecuencia, prohíbese la exigencia de carnés o certificados con referencia a enfermedades de transmisión sexual, incluída la infección por HIV".

La falta de competencia del Director del INPEC para expedir el discutido acto es relievada por la Agencia del Ministerio Público al citar una sentencia de la Corte Constitucional (T-273, julio 4/93) en la que se afirma que "quienes tienen a su cargo las cárceles del país, son autoridades sometidas al derecho vigente y, por tanto, no podrán ejercer funciones distintas de las que les atribuyen la Constitución y la Ley - Artículo 121 de la Constitución Nacional".

Está comprobado, en el caso *sub iuris*, que existe violación flagrante y manifiesta del decreto por parte de la resolución acusada y en consecuencia se declarará su nulidad. No entrará por lo tanto en pronunciamientos de otra índole que, si bien son afines a la temática del enjuiciamiento que se ha hecho, no son asunto de la decisión, tales como si existe o no violación de los derechos individuales con el acto acusado, si se atenta contra el veto a la discriminación o contra la posición de los organismos internacionales y las doctrinas cada vez más crecientes sobre la protección a la libertad y el respeto debido a la dignidad humana.

Lo dicho no obsta para que, teniendo en cuenta que el presente fallo está en directa relación con la protección de esos derechos, la Sala se declare acorde con la insistencia a que alude el señor Procurador Delegado ante esta Corporación, en la "existencia, vigencia y materialización de ámbitos éticos humanos como la dignidad, la intimidad y la autonomía de las personas en general" y en que, "una decisión como la tomada por el Director de Prisiones, pone de presente no sólo la controversia formal de contradicción jerárquica normativa, sino especialmente una

reflexión sobre el poder del Estado y su permanente pretensión de omnipresencia, que sólo el juez, en un Estado de Derecho, puede atajar".

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

FALLA:

DECRETASE LA NULIDAD del numeral 5 del artículo 10 de la Resolución No. 5889 del 20 de agosto de 1993, "por la cual se reglamenta la visita conyugal en los centros de reclusión de todo el país", expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

DEVUELVASE a la parte actora el depósito hecho para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada del día 24 de marzo de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

COLCULTURA. FACULTAD IMPOSITIVA

Teniendo el gravamen del 30% impuesto a las misiones o investigadores extranjeros, a que se refiere el artículo 3o. de la Resolución No. 626 Bis de 2 de julio de 1973, el carácter de una contribución, no queda duda para la Sala que en efecto es inconstitucional por violación directa del artículo 443 de la anterior Constitución y del artículo 338 de la actual, pues el Director del Instituto Colombiano de Cultura no tenía, ni tiene, competencia para imponer tal contribución, por ser ello del resorte del Congreso de la República.

DECLARA LA NULIDAD del artículo 3o. de la Resolución 626 de 2 de julio de 1973, expedida por el Director del Instituto Colombiano de Cultura - COLCULTURA -

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y cinco

Referencia: Expediente No. 3035 - Acción de Nulidad. Actor: Víctor Velásquez Reyes.

El ciudadano Víctor Velásquez Reyes, 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 del artículo 3o. de la Resolución No. 626 Bis de 2 de julio de 1973 "Por la cual se reglamentan las actividades de expediciones científicas extranjeras de índole antropológica en Colombia ", expedida por el Director del Instituto Colombiano de Cultura - COLCULTURA -

I. EL ACTO ACUSADO

Es el artículo 3o. de la Resolución No. 626 Bis de 2 de julio de 1973, cuyo texto es el siguiente:

"Asimismo, las misiones o investigadores extranjeros que vengan al territorio nacional con fines de investigación antropológica o arqueológica deberán suministrar en equipos y materiales investigativos al Instituto Colombiano de Antropología, adscrito al Instituto Colombiano de Cultura,-COLCULTURA- el 30% (treinta por ciento) del total del presupuesto asignado a la respectiva investigación".

PARAGRAFO.- Además, tales misiones de estudio deberán contratar un coinvestigador del Instituto Colombiano de Antropología por cada dos investigadores extranjeros. En caso de que sea un solo investigador extranjero, éste deberá contratar un coinvestigador colombiano designado por el Instituto Colombiano de Antropología".

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones de nulidad, invocó el actor la violación abierta y ostensible de los artículos 2o., 3o., 4o., 6o., 9o., 13, 23, 34, 53, 57, 58, 61, 71, 72, 74, 100, 113, 121, 150-12, 189-11-20, 330, 334, 338, 345, y 363 de la Constitución Política de 1991 y del artículo 12 de la Ley 153 de 1.887.

Para sustentar la violación adujo los siguientes cargos:

Primer cargo: El Director del Instituto Colombiano de Cultura no puede bajo ningún aspecto legislar y menos regular sobre contribuciones o imponer gravámenes que afecten el patrimonio de las personas jurídicas, así sean éstas extranjeras, máxime cuando la Carta Política consagra en su artículo 100, la igualdad en el goce y disfrute de los derechos de los colombianos.

Segundo cargo: Al establecer el artículo demandado un gravamen del 30% del total del presupuesto asignado, está constituyendo la confiscación de un derecho patrimonial, lo cual está prohibido de manera expresa por el artículo 34 de la Carta, ya sea en forma total o parcial.

Tercer cargo: Si dicho 30% se considera un gravamen, se tiene que tampoco el Director de la entidad demandada puede legislar, pues es al Congreso a quien compete señalar tales imposiciones.

Cuarto cargo: Este artículo desborda las funciones del Director y usurpa funciones del Presidente de la República a quien el Constituyente le otorgó la facultad de reglamentar las leyes.

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.- La contestación de la demanda

El Instituto Colombiano de Cultura - COLCULTURA - , a través de apoderada, contestó la demanda y para oponerse a las pretensiones del actor adujo, en esencia, lo siguiente:

Excepción:

Plantea como excepción la de "inexistencia de acto administrativo alguno generador de inconstitucionalidad", fundamentándola así:

a): El ataque del actor se dirige contra el artículo 3o. de la Resolución No. 626 Bis de 2 de julio de 1973 emanada del Director del Instituto Colombiano de Cultura.

b): La Asamblea Nacional Constituyente mediante el artículo transitorio 20, revistió al Gobierno Nacional de precisas facultades, propias del Congreso de la República, en ejercicio de las cuales el Presidente de la República expidió el Decreto No. 2128 de 1992, por medio del cual se reestructuró la entidad demandada.

En el Capítulo III, artículo 11 del citado Decreto, se dispone que el Instituto Colombiano de Antropología - ICAN - tendrá como objeto realizar funciones de carácter científico y técnico para la investigación antropológica y arqueológica nacional y para el desarrollo, defensa, preservación, conservación y difusión del patrimonio antropológico y arqueológico; en el numeral 6o. le señaló como función, la de reglamentar las investigaciones antropológicas y arqueológicas que efectúen en el país instituciones internacionales o investigadores extranjeros.

El artículo 39 *ibídem* estableció que dicho Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

c): El Decreto No. 2128 de 1992 facultó a la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Cultura para que adoptara los estatutos por los cuales habrá de regirse el mismo. En tal virtud, el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 2159 de 19 de octubre de 1993, a través del cual aprobó al Acuerdo No. 0079 de 1o. de octubre del mismo año, el cual en su artículo 57 numeral 9o. asignó como función de las Unidades Administrativas Especiales, Instituto Colombiano de Antropología, la de reglamentar las investigaciones antropológicas y arqueológicas que efectúen en el país instituciones internacionales o investigadores extranjeros. En consecuencia, dicho Acuerdo tiene fundamentos constitucionales y legales.

Así mismo, en el numeral 6o. del artículo 60 *ibídem*, se consagra como función de la División de Arqueología, Bioantropología y Etnohistoria, la de controlar, asesorar y autorizar previamente a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que desarrollen investigaciones arqueológicas en el territorio nacional.

El artículo 91 del Decreto en cuestión dispone que el Acuerdo No. 0079 de 1993 regirá a partir de la fecha de publicación en el Diario Oficial del Decreto que lo aprueba y deroga al Acuerdo No. 008 de 1990 y demás disposiciones que le sean contrarias.

d) En conclusión, de las normas referenciadas se desprende que el artículo 3o. de la Resolución No. 626 Bis de 2 de julio de 1973, emanada del Director del Instituto Colombiano de Cultura es contrario y opuesto a la normatividad contenida en el Acuerdo No. 0079 de 1o. de octubre de 1993, expedido por la Junta Directiva del mencionado instituto, razón por la cual dejó de tener vigencia por derogatoria.

III. 2.- Alegatos de conclusión

La parte actora no presentó alegato de conclusión.

La apoderada de la entidad demandada sí lo hizo en escrito mediante el cual reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, añadiendo que no se contempló en los Decretos Nos 2128 de 1992 y 2159 de 1993 lo estipulado en el artículo 3o. del acto demandado, por cuanto dicho artículo en la práctica jamás se aplicó. Desde el 2 de julio de 1973 - fecha de expedición de la resolución No. 626 Bis - hasta el 29 de octubre de 1993 - fecha de expedición del Decreto 2159 -, las dependencias y funcionarios del Instituto Colombiano de Cultura - ICAN - quienes tienen a su cargo la aplicación de las normas a las expediciones extranjeras, nunca aplicaron en la práctica el artículo acusado, por considerar que su aplicación no era procedente.

En efecto, las expediciones extranjeras que han ingresado al país no han sido objeto del gravamen establecido en el artículo 3o. de la citada Resolución.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su alegato fiscal expresa que las normas constitucionales que se invocan como violadas son posteriores a la expedición del acto acusado, razón por la cual éste no podía quebrantarlas.

Otra cosa es la aplicación del artículo 9o. de la Ley 153 de 1887 que prescribe que "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", que es a la postre la tesis planteada por la entidad demandada.

Debe admitirse que la decisión del Director de Colcultura fué emitida con desconocimiento de la normatividad vigente en su momento, pero en la demanda que da origen al presente proceso no se hace alusión a ninguna de ellas.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Debe la Sala en primer término pronunciarse sobre la excepción denominada por la demandada de "Inexistencia de acto administrativo alguno generador de constitucionalidad", la cual se interpreta como sustracción de materia por derogatoria.

En esencia, la demanda sostiene que el artículo 3o. de la resolución No. 626 Bis del 2 de julio de 1973 fué derogado por los artículos 11 del numeral 6o. y 39 del Decreto No. 2128 de 1992 y 57 numeral 9o., 60 numeral 6o. y 91 del Decreto No. 2159 de .1993, aprobatorio del Acuerdo No. 0079 de 1o. de octubre de 1993, de la Junta Directiva de Colcultura, contentivo de los estatutos internos de dicho Instituto.

Para la Sala la excepción propuesta no está llamada a prosperar toda vez que no es cierto que las normas antes enunciadas hubieran derogado la Resolución contentiva del artículo acusado por cuanto la facultad de reglamentar las investigaciones que efectúen instituciones internacionales o investigadores extranjeros, que fué la que sirvió de fundamento para su expedición, continúa vigente y su competencia sigue radicada en cabeza del Instituto Colombiano de Cultura -COLCULTURA-, ya que corresponde a una dependencia de éste, como la Unidad

Administrativa Especial denominada Instituto Colombiano de Antropología _ ICAN -. Por lo demás, en el evento de que hubiera operado la derogatoria de dicha Resolución, ello no hubiera sido obstáculo para que la Jurisdicción Contencioso Administrativa se pronunciara sobre la nulidad planteada habida cuenta que lo único que destruye la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos es tal declaratoria y nó la derogatoria, aunque debe precisarse que dicha decisión comprende el tiempo durante el cual estuvo vigente el acto administrativo y pudo éste producir efectos jurídicos, los cuales son los que se pretenden enervar.

En consecuencia, debe la Sala pronunciarse sobre el fondo del asunto y a ello se procede de la siguiente manera:

El acto acusado fué expedido bajo la vigencia de la Constitución de 1886 y aunque los artículos citados por la actora como violados corresponden a la Constitución de 1991, la Sala analizará si existe correspondencia entre unos y otros respecto de su contenido.

El primer cargo atribuído al acto acusado, lo centra la actora en la falta de competencia del Director del Instituto Colombiano de Cultura para legislar sobre contribuciones.

El artículo 338 de la Carta Política de 1991 que se considera vulnerado, y el cual reproduce en esencia la preceptiva del artículo 43 de la Constitución de 1886, estatuye:

"Artículo 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales...".

Por su parte, el artículo 43 de la Constitución de 1886, establecía:

"Artículo 43. En tiempo de paz solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales podrán imponer contribuciones".

Es evidente que tanto en la Constitución vigente como en la de 1.886, la facultad de imponer contribuciones corresponde al Congreso de la República.

Teniendo el gravámen del 30% impuesto a las misiones o investigadores extranjeros, a que se refiere el artículo 3o. de la Resolución No. 626 Bis de 2 de julio de 1973, el carácter de una contribución, no queda duda para la Sala que en efecto es inconstitucional por violación directa del artículo 43 de la anterior Constitución y del artículo 338 de la actual, pues el Director del Instituto Colombiano de Cultura no tenía, ni tiene, competencia para imponer tal contribución, por ser ello del resorte del Congreso de la República.

Encontrándose probado el quebrantamiento de los artículos antes citados, la Sala se releva de entrar a analizar los restantes cargos propuestos.

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 del artículo 3o. de la resolución No. 626 Bis de 2 de julio de 1973, expedida por el director del Instituto Colombiano de Cultura - COLCULTURA -.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 9 de marzo de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONCEJO MUNICIPAL. Atribuciones. ALCALDE MUNICIPAL. Atribuciones. PODER DE POLICIA. PODER SUPLETORIO DE POLICIA. REGLAMENTO DE POLICIA. JUEGOS PERMITIDOS. JUEGOS PROHIBIDOS.

La tesis de esta providencia se refiere exactamente a la de la providencia del 11 de noviembre de 1994, Exp. 1831, Ponente: Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Actor: JUAN BERNARDO PAREDES USQUIANO, y cuyo texto es el siguiente: El ejercicio del poder de policía, "como competencia jurídica asignada", puede ser ejercido exclusivamente, por quienes tiene origen representativo, lo cual implica que, en el ámbito territorial de los municipios, éste reposa, de manera supletoria, en cabeza de los concejos municipales. A los alcaldes municipales también se encuentra atribuída dicha competencia supletoria para expedir dichos reglamentos, en la medida en que mediante ellos se regulen únicamente materias policivas, mas nunca para dictar reglamentaciones en asuntos penales, contravencionales o disciplinarios. Si bien los alcaldes pueden dictar, en ciertos casos, reglamentaciones de policía, tal facultad no implica el que puedan prohibir por simple vía enunciativa juegos que según ordenanzas departamentales y acuerdos municipales se consideran por regla como permitidos.

LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO. JUEGOS PERMITIDOS. JUEGOS DE SUERTE Y AZAR. ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO-Distancia.

De la lectura de las disposiciones que integran el Decreto 972 de 1992, acusado, en especial de su artículo 3o. que sujeta el otorgamiento de permisos de funcionamiento de los nuevos establecimientos que se dediquen a la explotación de juegos de suerte, habilidad y similares al requisito de que conserven una distancia mínima de 100 metros sobre los existentes, no se evidencia que esa medida esté encaminada "...a beneficiar a un sector reducido de ciudadanos en perjuicio de mayoría", como sim-

plemente lo afirma el apelante, sin aportar elementos de juicio que sustenten tal aseveración y de cuyo análisis pudiera derivarse su ilegalidad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., diez de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 3105 Actor: Harold Alberto Martínez.

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 Nariño el 16 de septiembre de 1994.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

El ciudadano y abogado Harold Alberto Martínez López. demandó ante el Tribunal Administrativo de Nariño la declaratoria de nulidad del Decreto 972 de octubre 20 de 1992, "por el cual se modifica parcialmente el Decreto 16 de 1989", expedido por el Alcalde del Municipio de Pasto. Subsidiariamente solicitó la nulidad de su artículo 3o.

b.- El acto acusado

Mediante el citado acto se derogó el parágrafo primero del artículo 5o. del Decreto 161 de julio 18 de 1989 (art. 1o.); se dispuso que dicho parágrafo quedará así: "El Alcalde Municipal, por razones de orden público podrá limitar el número de establecimientos donde funcionan juegos de suerte y habilidad, tales como máquinas electrónicas, nintendos, tragamonedas y similares" (art. 2o.); se estableció que "los permisos de funcionamiento de los nuevos establecimientos dedicados a los juegos de suerte, de habilidad y similares serán otorgados siempre y cuando conserven una distancia mínima de 100 metros sobre los establecimientos ya existentes" (art. 3o.) y se determinó la fecha de su vigencia (art. 4o.)

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

El actor considera que el acto acusado viola las siguientes normas, por las razones que, expresadas en su demanda y en el alegato de conclusión, se sintetizan a continuación (fls. 3 a 10 y 50 a 52 Cdno. Ppal.):

Artículos 6o., 13, 21, 25 y 26 de la Carta Política; 1o., 2o., 6o., 9o. y 13 literal d) del Decreto 1355 de 1979; 2o. y 3o. del Decreto 2137 de 1983; 93 del Decreto 1333 de 1986 y 61 del Decreto Departamental 479 de 1986.

Primer cargo.- Incompetencia del Alcalde para expedir el acto acusado, pues a ellos no les corresponde dictar en el ámbito de su jurisdicción ningún reglamento de policía de carácter general, ya que esa competencia está reservada a los concejos municipales según el artículo 93-3 del Decreto 1333 de 1986. Igualmente dicho funcionario excedió las facultades del artículo 61 del Código de Policía de Nariño, todo lo cual constituye causal de ilegalidad conforme al artículo 84 del C.C.A.

Segundo cargo.- Violación de la regla de derecho por error de derecho y de hecho e interpretación errónea, pues el artículo 3o. del acto desconoce los artículos 6o., 13, 21, 25 y 26 de la Constitución, 13 del Código Nacional de Policía y 93-3 del Decreto 1333 de 1986 al desproteger el derecho de toda persona al trabajo, a escoger libremente profesión u oficio, ya que establece limitaciones a elegir el lugar que desee para establecer su negocio, Además, con dicho acto se quiere proteger a los propietarios de establecimientos que los poseen con anterioridad a su expedición, sin señalar ninguna causa o razón que perturbe la seguridad, tranquilidad, moralidad, ecología u ornato públicos, que corresponde proteger a los alcaldes o a la policía para restablecer el orden público o preservarlo.

Tercer cargo.- Violación de los principios generales del derecho, pues el acto acusado quebranta con la limitación impuesta los principios de igualdad ante la ley, de imparcialidad de la administración pública y el de que todo acto administrativo debe expedirse con miras al interés general y no particular.

Cuarto cargo.- Violación por falsa motivación, pues aún aceptando en gracia de discusión que la norma derogada por el artículo 1o. del acto acusado desconocía los conceptos constitucionales, con lo cual se justificaría tal decisión, lo curioso es que en el artículo 2o. se revive en esencia la disposición derogada por razones de orden público, pero en cabeza del Alcalde. Con el artículo 3o. de dicho acto se requiere evitar que nuevos establecimientos destinados a los juegos de suerte, de habilidad y similares, estén cerca de los ya existentes para protegerlos laboralmente.

Quinto cargo.- Desviación de poder como causal de nulidad del acto acusado, pues el Alcalde se apartó del interés general y favoreció a un determinado sector particular.

d.- **Las razones de la defensa**

En la contestación de la demanda la parte demandada expresa los siguientes argumentos (fls. 45 a 46 Cdno, Ppal.):

El artículo 61 del Código de Policía de Nariño (ordenanza 056 de 1985) faculta a los alcaldes o concejos para determinar cuáles son los juegos permitidos y prohibidos en el territorio de su jurisdicción, y atendiendo a esa norma la Administración Municipal expidió los Decretos 161 de 1989 y 972 de 1992 sobre la materia.

Se debe tener en cuenta "...que una cosa es limitar la proliferación de los juegos permitidos, y otra cosa es reglamentar los juegos permitidos en una determinada jurisdicción y en un determinado espacio de tiempo".

e.- **La actuación surtida**

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes situaciones:

Por auto de 25 de mayo de 1994 se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó el trámite de rigor (fls. 36 a 37 Cdno, Ppal.).

Dentro del Término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, hicieron uso de tal derecho la parte actora y el último de los mencionados (fls. 50 a 53 y 56 a 60 ib.).

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el tribunal a quo denegó las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 63 a 70 Cdno. Ppal.).

En relación con el primer cargo.- El Alcalde de Pasto era el competente para derogar el parágrafo primero del artículo 5o. del Decreto 161 de 1989 por tratarse de un acto dictado por él mismo, pudiendo hacerlo en forma total o parcial. No se comparte la apreciación del actor en cuanto a que a los alcaldes les esté vedado expedir reglamentos policivos de carácter general en el ámbito municipal, toda vez que en sentencias de 13 de diciembre de 1979 y 11 de agosto de 1981, que se transcriben en lo pertinente, el Consejo de Estado les reconoce esa facultad mediante reglamentos secundarios o complementarios, siempre y cuando cumplan

con los ordenamientos previstos por el artículo 13 del Decreto 1355 de 1970 y se sometan a los dispuesto por la Constitución, las leyes y las ordenanzas departamentales . De otra parte, observa el tribunal, "... el Código de Policía Departamental sólo habla de que el alcalde únicamente podrá determinar cuáles son los juegos prohibidos o permitidos, más no dice que las atribuciones allí dadas a los alcaldes están supeditadas a las reglamentaciones que dicten la Asamblea y los Concejos Municipales, situación que tampoco la contempla el Código Nacional de Policía. Pero en gracia de discusión y si así fuera, encuentra la Corporación, que la determinación administrativa impugnada, también se apoya en otras disposiciones, que no son otras que las de la ley y constitucionales allí mismo señaladas y lógicamente las del Código Nacional de Policía, lo que ciertamente y por tal aspecto, justificarían o darían motivo para haberla dictado, ya que se pone de presente no solamente la necesidad de controlar adecuadamente las actividades laborales de los ciudadanos, sino la de velar también por la seguridad de los mismos".

En relación con el segundo cargo.- Este carece de vocación de prosperidad, no sólo por las razones antes expuestas, sino, además, por cuanto "recalcamos e insistimos consiguientemente en que el Alcalde de Pasto, sí tenía competencia para proferir el ordenamiento criticado en la demanda". Además, si bien es posible que el Decreto 161 de 1989 contravenga las normas que se consideran infringidas, ese ordenamiento no fué demandado y, por tanto, el tribunal se abstiene de hacer cualquier consideración al respecto.

En relación con el tercer cargo.- Los principios fundamentales que en él se invocan "...no pueden haber sido vulnerados por el Decreto acusado porque este tiene carácter general, aunque hace referencia a las precisas materias o actividades que el mismo regula".

En relación con el cuarto cargo.- La disposición del acto acusado que faculta al alcalde para limitar el número de establecimientos donde funcionen juegos de suerte y habilidad, tales como máquinas electrónicas, nintendos, tragamonedas y similares y aquella según la cual los permisos de funcionamiento se otorgarán siempre y cuando conserven una distancia mínima de 100 metros sobre los establecimientos ya existentes, "...únicamente constituyen, en opinión del tribunal, una mera limitación al ejercicio de una actividad posiblemente comercial, puesto que la restricción se refiere a razones de orden público y para evitar seguramente la entrada de menores y la desorganización de los hogares entre la proliferación de las diversiones de azar que impliquen gastos desproporcionados de dinero, amen de que ellos funcionan en horas de la noche, en sitios peligrosos, donde puede verse atentada la seguridad de las personas". Por consiguiente, "...no existe falsa moti-

vación del acto acusado, "...porque aun tratándose del derecho al trabajo, él puede ser limitado y reglamentado...", como quiera que el ejercicio de las actividades en comento pueden ir en contra de las buenas costumbres, la moral o el orden público.

En relación con el quinto cargo.- El tribunal considera que el cargo de desviación de poder no se probó en forma suficiente, pues "...del simple texto del acto acusado no se desprende ni podemos llegar a pensar, en que el funcionario que lo produjo se haya apartado del interés general para favorecer a un determinado sector".

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso, el actor fundamenta su desacuerdo con la sentencia en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 72 a 75 Cdno. Ppal.).

1.- **Incompetencia del Alcalde**.- Si bien es cierto que un funcionario puede modificar o derogar un acto por él expedido en el caso que no reconozca un derecho particular, también lo es que en el primer evento no puede invadir una competencia asignada a otra autoridad pública. Además, los actos generales únicamente pueden modificarse por circunstancias especiales "...como la oportunidad, la utilidad y sobre todo que de conformidad con la ley, esté envuelto el interés general de la Comunidad".

El tribunal interpretó erradamente la Jurisprudencia que cita en la sentencia, pues lo que allí se sostiene "...es que existen dos tipos de reglamentos, los principales y los secundarios. En los primeros, que son de carácter general, dice, tienen competencia el Congreso y los cuerpos administrativos Colegiados, las Asambleas y los Concejos; con respecto a los secundarios que son subordinados a los primeros, pueden dictarlos los Gobernadores y los Alcaldes, siempre que se sometan a la Constitución, las leyes nacionales y las ordenanzas departamentales".

2.- **Violación de la regla de derecho**.- El tribunal derivó la competencia del alcalde para proferir el acto acusado del hecho que aquél cuya derogatoria dispuso había sido expedido por él mismo, sin importar o no la extralimitación de sus funciones al invadir la competencia que corresponde a otras autoridades. Si el tribunal acepta que el Decreto 161 de 1989, en el cual se basó el decreto acusado, contraviene las normas que se citan como infringidas, no repara que las mismas razones son aplicables a dicho acto.

3.- **Violación de los principios generales de derecho**.- Si bien el acto acusado tiene carácter general, ello "...no significa que no se violen esos principios y más cuando del texto mismo se deja expresamente establecido el beneficio para un sector reducido de ciudadanos en perjuicio de toda la mayoría".

4.- **Falsa motivación**.- No se comparten las conclusiones del tribunal para desechar el cargo pues no se encuentran en el acto acusado ni la parte demandada hace alusión a ellas en sus alegaciones. Además, la medida tendiente a evitar que los nuevos negocios estén cerca de los antiguos no elimina el ingreso de los menores a esos establecimientos, ni significa que se erradiquen sitios peligrosos. Finalmente, "La limitación al trabajo en cambio, jamás puede ser un factor que reduzca los factores de perturbación del orden público de modo permanente" (sic).

5.- **Desviación del poder.-** Del texto del acto acusado surge "...que el Alcalde ha protegido de manera inequívoca a un sector de comerciantes al impedir que otros de igual actividad puedan trabajar junto a ellos...".

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Noventa Delegada ante la Corporación solicita confirmar la sentencia recurrida, con base en los argumentos que se sintetizan a continuación (fls. 8 a 16 Cdno. No. 2).

En relación con los cargos primero y segundo.- El acto acusado no quebranta los artículos 93-3 del Decreto 1333 de 1986 y 61 del Código Departamental del Policía de Nariño, pues si bien el primero de ellos atribuye a los concejos la función de arreglar la policía en sus diferentes ramos, debe precisarse que el segundo otorga competencia a los alcaldes para determinar cuáles son los juegos prohibidos y permitidos, sin señalar que dichos funcionarios estén supeditados a la reglamentación que expida la Asamblea o los concejos sobre esa materia. Además, el acto demandado no se fundamentó en la última de las citadas normas. "...y si el Decreto 161 de 1989 modificado por este lo infringió, no es del caso cuestionarlo por este aspecto, pues no ha sido acusado".

En relación con los cargos tercero a quinto.- Mal puede afirmar el actor que el Alcalde de Pasto expidió el acto acusado con desviación de poder y lo sustentó en una falsa motivación, ya que "...según el texto del Decreto 972 de 1991, este fué expedido con apoyo en normas que protegen al trabajo y en él se está buscando la protección del trabajo de los comerciantes que se dedican a la actividad de juegos, habilidad y similares en general y no para un sector reducido".

De otra parte, lo dispuesto por el artículo 3o. del acto acusado "...no está limitando las actividades comerciales ni el derecho al trabajo, ni se está favoreciendo a un grupo determinado de personas, pues no se les está trasladando del sector, y como bien lo dice el tribunal, estas actividades no se pueden ejercer en forma desordenada, deben reglamentarse para que no vayan en contra de las buenas costumbres o de la moral, previniendo de paso la conservación del orden público".

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo.- En el cual se insiste en la incompetencia del Alcalde de Pasto para expedir las disposiciones policivas contenidas en los artículos 2o. y 3o. del Decreto acusado, bajo el argumento de que es de competencia exclusiva del Concejo Municipal de acuerdo con lo normado por el artículo 93-3 del Decreto 1333 de 1986, la Sala considera que no tiene vocación de prosperidad, toda vez que en sentencia de 6 de noviembre de 1992 esta misma Sección, al resolver un asunto similar al sub judice, concluyó que la competencia en el ámbito territorial de los municipios reposa de manera supletoria tanto en los concejos como en los alcaldes municipales.

En efecto, en dicha oportunidad la Sala expresó lo siguiente:

"De otra parte como marco y para efecto de las subsiguientes consideraciones, la Sala transcribe a continuación algunos apartes del fallo proferido por la H. Corte Suprema de Justicia el 21 de abril de 1982, con ponencia del Magistrado doctor Manuel Gaona Cruz, dentro del proceso a que dió lugar la demanda de inexequibilidad de los artículos 13 literal a), 20 y 57, en parte, 100 inciso primero y 180 en parte del Decreto Extraordinario 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía):

'Tercera.- Poder de policía, función de policía y actividad policial.

'1.- Distingue nuestra legislación entre poder de policía, función de policía y mera ejecución policiva.

'a.- El poder de Policía, entendido como competencia jurídica asignada y no como potestad política discrecional (arts. 1o. y 3o. del Código), es la facultad de hacer la ley policiva, de dictar reglamentos de policía, de expedir normas generales, impersonales y preexistentes, reguladoras del comportamiento ciudadano, que tienen que ver con el orden público y con la libertad. En nuestro Estado de Derecho, conforme a las competencias que se señalarán adelante, lo

ejercen únicamente quienes tienen origen representativo: el Congreso, El Presidente de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales.

'b.- La función de policía es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por éste; la desempeñan las autoridades administrativas de policía, esto es, el cuerpo directivo central y descentralizado de la administración pública, como un superintendente, un alcalde, un inspector. El ejercicio de esta función no corresponde, de principio, a los miembros de los cuerpos uniformados de la policía.

'c.- En cambio, los oficiales, suboficiales y agentes de policía, no son los jefes de la policía, ya que éstos son civiles (art. 30 del Código)'por lo tanto, aquéllos **no expiden actos sino que actúan**, no deciden sino que ejecutan, son ejecutores del poder y de la función de policía; despliegan por orden superior la fuerza material instituida como medio para lograr los fines propuestos por el poder de policía; sus actuaciones se tildarían de discrecionales sólo debido a que no son actos jurídicos, por no tener competencia para expedirlos, pero están limitadas por actos jurídicos reglados de carácter legal y administrativo. Una instrucción, una orden, que son ejercicio concreto de la función de policía, derivado de la competencia atribuída por el poder de policía, limitan el campo de acción de un agente de policía, quien es simple ejecutor, **quien manda obedeciendo,** y hace cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionario de policía.

'2.- Colígese de lo precedentemente expresado que:

'a.- **El poder de policía es normativo,** legal o reglamentario. Corresponde a la facultad legítima de regulación de la libertad. En sentido material es de carácter general; e impersonal. Conforme al régimen del Estado de Derecho, además, preexistente.

'b.- **La función de policía es reglada y se halla supeditada al poder de policía.** Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por éste a las autoridades administrativas de policía. Más repárese en que dicha función no otorga competencia de reglamentación ni de regulación de la libertad.

'c.- **La actividad de policía, asignada a los cuerpos uniformados, es estrictamente material y no jurídica,** corresponde a la competencia de ejercicio reglado de la fuerza, y está necesariamente subordinada al poder y a la fun-

ción de policía. Por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni menos reguladora de la libertad.

'3.- Pero, aunque ni la función de policía ni la actividad de los miembros de los cuerpos uniformados de policía, son de carácter reglamentario de la libertad, sin embargo, **sí son esencialmente reglamentables.** De no serlo, dichas actuaciones quedarían sueltas, no serían siempre regladas y constituirían, ahí sí, seria amenaza contra el ejercicio de las libertades ciudadanas, O sea que, frente a la función y la actividad policial, el reglamento, en vez de ser obstáculo o negación de la libertad es una de sus fuentes válidas y legítimas de garantía; es, para mejor decir, su fundamental asidero.

'4.- Ahora bien, en el avatar cotidiano de la acción estatal por preservar el orden público, la actividad material de los funcionarios y de los miembros uniformados de policía es permanente, inmediata, indeclinable, no se puede evitar ni aplazar, y constituye un constante asecho con la libertad. **Sólo la ley, o en su defecto el reglamento,** nacional o local, autónomo o de la ley, que es el medio supletivo o apenas complementario de la tarea reguladora de aquélla, aunque necesariamente derivado de competencia axplícitamente asignada, constituyen de consuno la base normativa que supedita dicha acción administrativa o material.

'Así las cosas, no se entiende cómo, por pregonar que frente a la Constitución sea únicamente la ley la reguladora legítima de la libertad, así no se expida, se descarte por inconstitucional la valiosa competencia autónoma, supletiva, complementaria o subsidiaria del reglamento de policía, por considerarlo atentatorio contra la libertad; siendo que, en la realidad, es mayor garantía para la libertad de acción policial reglada, que la que se despliegue sin supeditación a reglamentación alguna.

'5.- En principio, pues, por este aspecto, **el reglamento se aviene a la Constitución como competencia supletiva y explícita legítima, reguladora de la libertad, en vez de contradecirla, ya que es mucho más grave la carencia de reglamentación de la actividad policial, que su vigencia.**

"Cuarta.- **El Reglamento de policía**

"El reglamento, como acto jurídico material, supone la regulación de un órgano, o de una función o actividad, en forma preexistente, impersonal, objetiva, abstracta y general. Como acto jurídico orgánico - funcional significa, además, que es expedido por la rama administrativa del poder público. Si quien

lo profiere es funcionario administrativo del orden nacional, tendrá este carácter, si el competente es funcionario descentralizado territorial, será departamental o municipal.

'Según la Constitución, el reglamento de policía, en lo nacional, corresponde al Presidente de la República en su calidad de suprema autoridad administrativa, bien sea que se expida con fundamento en la ley (art. 120-3), o de manera autónoma o subsidiaria (art. 120-7). En lo departamental, la autoridad administrativa encargada de reglamentar lo relativo a la policía, en defecto de la ley, es la asamblea departamental (art. 187-9). En el municipio, es el concejo el que, conforme a la ley, reglamenta la actividad policial (art. 197-8).

'3.- Reglamentos subsidiarios o supletorios

'1.- Hay sin embargo otros reglamentos directos de la Constitución que suponen una competencia supletiva de la ley o subsidiaria; que tienen validez únicamente en la medida en que la ley no se haya ocupado de las materias reguladas por ellos, y, sólo mientras la ley no lo haga; que son provisorios sustitutos de la ley, que no se pueden expedir sino a falta de la ley y en lo que ella regule, **y que corresponden entonces a una competencia reglamentaria constitucional de carácter apenas subsidiario o supletorio.**

'Encuentra la Corte que dentro de esta categoría de reglamentos se hallan los relativos a la competencia subsidiaria de **'conservar en todo el territorio el orden público'** entregada por el ordinal 7o. del artículo 120 de la Constitución al Presidente de la República, así como los de la atribución también supletiva de reglamentación de **la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal**, prevista para las asambleas departamentales en el artículo 187-9 del mismo estatuto.

'Sabiamente, el Constituyente ha entendido que en nuestro Estado de Derecho, de naturaleza esencialmente reglada, tanto la función administrativa de policía como la actividad policial, de carácter material, son de naturaleza reglamentable, esto es, están supeditadas a normas previas que garanticen y protejan de manera clara y objetiva las libertades ciudadanas, y que, además, dentro de un régimen jurídico básicamente preventivo de la libertad, cómo lo es el de policía, es imposible vaticinar y cubrir por medio de ley todas las actividades y situaciones relativas al orden público, por lo cual es necesario consolidar aquél principio otorgándole a la Administración la facultad subsidiaria o supletiva de reglamentación. **Anótese, eso sí, que el reglamento**

subsidiario tampoco constituye en ningún caso facultad implícita de regulación, la cual, según lo ya afirmado, sólo es de la ley.

'Tradicionalmente, la función de guarda del orden público, dada su complejidad y dificultad, es propia del ejecutivo: corresponde al denominado' **poder de Estado'** (Cfr, Paul M. Gaudement, "*Le pouvoir exécutif dans les pays occidentaux*" Ed. Montchrestein, 1966, París, p. 14 y Georges Burdeau "Les libertés Publiques", Ed. L.G.D.J., 1966, París, p. 18) o sea, el poder de tomar rápidamente en las horas críticas las grandes decisiones que comprometen el destino del país (Gaudemet) o 'la facultad de dictar y tomar las medidas necesarias al mantenimiento o 'restablecimiento del orden público' (Burdeau). A punto tal que, de no ser posible para el ejecutivo hacerlo, el país se verá abocado a una mayor alteración del orden público', o la anarquía y, casi siempre, a la arbitrariedad, en desmedro, absoluto, ahí sí, de la libertad.

'Nótese además que conforme a la filosofía de nuestro Estado de Derecho el reglamento es impersonal y no subjetivo, general y no individual, ejercicio de competencia explícita y no implícita, preexistente y no *ex-post facto*, regulador y no ejecutor, acto jurídico y no actividad material; todo lo cual constituye garantía y no atentado de la libertad, y por lo tanto, dentro de la jerarquía de los valores de aquella doctrina, es no sólo preferible sino necesario el reglamento de policía frente a la alternativa de carencia de reglamentación de la actividad material de la policía.

'2.- De otra parte, la función constitucional subsidiaria de conservación y guarda del orden público asignada en la parte inicial del ordinal 7o. del artículo 120 al Presidente de la República en su condición de Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa nacional, supone indeclinablemente la competencia o capacidad para poder desempeñarla y el obvio otorgamiento de la atribución reguladora de las actividades ciudadanas en materia de policía sobre aquello que no haya sido normado por la ley.

'Si dicha atribución correspondiera apenas al reconocimiento formal de la mera 'función de policía' o de la 'actividad material de policía', que por la naturaleza de las cosas atañe al ejecutivo, se llegaría al absurdo de tener que afirmar entonces que la función y la actividad policivas sólo pueden ser ejercidas directamente por el Presidente de la República, en lo nacional, por las asambleas departamentales en lo departamental y acaso por los concejos en lo municipal y no por lo funcionarios administrativos restantes, ni por los agentes del orden público a quienes la Carta no les reconoce expresamente esas facultades.

'Así, por sentido común, la tarea subsidiaria de regulación policiva asignada en el artículo 187-9 de la Carta a las asambleas departamentales, no puede asimilarse a la que desempeña un agente uniformado de policía, encargado de desplegar la fuerza material que garantice la preservación del orden, o a la de ejecutar cotidianamente y por doquier las reglas de policía; la enormidad constituiría no solo un imposible lógico, sino físico.

'A otro objetivo tuvo que apuntar el Constituyente cuando le entregó al Presidente, a las asambleas y a los concejos, aquella facultad, que por lo hasta aquí expresado la Corte denomina "poder subsidiario de policía" y no simplemente "función o actividad de policía". (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Actor: Carlos Fernando Osorio Bustos, Expediente No. 893. Foro Colombiano, año 14, Tomo XXVI, junio de 1982, No. 156; págs. 548 a 567).

"De la jurisprudencia que antecede, la cual acoge en su integridad la Sala, resulta que el ejercicio del poder de policía, como competencia jurídica asignada, puede ser ejercido , exclusivamente, por quienes tienen el origen representativo, lo cual implica que, en el ámbito territorial de los municipios, este reposa, de manera supletoria, en cabeza de los concejos municipales, de acuerdo con lo que disponía el ordinal 8o. del artículo 197 de la Constitución Política de 1.886, y dispone el numeral 10 del artículo 313 de la Carta Política actual, en concordancia con la atribución tercera del artículo 93 del Decreto Ley 1333 de 1986, este último que atribuye a tales Corporaciones la potestad de 'Arreglar la policía en sus diferentes ramos, sin contravenir a las leyes y ordenanzas, ni a los decretos del Gobierno, ni del Gobernador respectivo', obviamente con las mismas limitaciones de que se habla a renglón seguido.

"De igual manera, según la misma jurisprudencia, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 9o. del Decreto Ley 1355 de 1970, a los alcaldes municipales también se encuentra atribuída dicha competencia supletoria para expedir dichos reglamentos, en la medida en que mediante ellos se regulen únicamente materias policivas, más nunca para dictar reglamentaciones en asuntos penales, contravencionales o disciplinarios". (Consejero Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez, Actor: Juan Bernardo Paredes Usquiano. Exp. No. 1831).

En consecuencia, dado que los argumentos del recurrente no desvirtúan las conclusiones anteriormente reseñadas, la Sala las reitera en esta oportunidad como fundamento para denegar la prosperidad del cargo bajo estudio.

En relación con el segundo cargo.- Según el cual el tribunal *a quo* desechó las acusaciones en él formuladas con el argumento de que el Alcalde estaba facul-

tado para expedir el Decreto cuya nulidad se pretende, la Sala considera que no asiste razón al recurrente en tal sentido, pues si bien es cierto que en el correspondiente acápite de la sentencia reitera dicha competencia en el sentido expresado, no lo es menos que las razones esenciales para declarar su no prosperidad se hicieron consistir en las expuestas en el análisis del primer cargo de la demanda, sobre la competencia para dictar reglamentaciones subsidiarias de policía.

De otra parte, la Sala considera que la circunstancia de haberse advertido por el tribunal la posibilidad de que el Decreto 161 de 1989 contravenga las normas que se citan como infringidas por el acto acusado, en manera alguna sirve de fundamento válido para derivar su desconocimiento por parte de este último, toda vez que la referencia a dicho ordenamiento sólo tuvo por finalidad hacer notar que al no haberse demandado el primero, " no se hacen consideraciones al respecto", sin derivar ninguna otra consecuencia.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

En relación con el tercer cargo, en el cual se reitera la violación de los principios fundamentales de igualdad ante la ley, imparcialidad de la administración pública y el que todo acto administrativo debe expedirse con miras al interés general, la Sala considera que adolece de vocación de prosperidad, por cuanto de la lectura de las disposiciones que integran el Decreto 972 de 1992, acusado, en especial de su artículo 3o. que sujeta el otorgamiento de permisos de funcionamiento de los nuevos establecimientos que se dediquen a la explotación de juegos de suerte, habilidad y similares al requisito de que conserven una distancia mínima de 100 metros sobre los existentes, no se evidencia que esa medida esté encaminada "...a beneficiar a un sector reducido de ciudadanos en perjuicio de la mayoría", como simplemente lo afirma el apelante, sin aportar elementos de juicio que sustenten tal aseveración y de cuyo análisis pudiera derivarse su legalidad.

En consecuencia, este cargo tampoco prospera.

En relación con los cargos cuarto y quinto, según los cuales los argumentos aducidos por el tribunal *a quo* para desechar las acusaciones de falsa motivación y desviación de poder no están consignados en el texto del acto acusado ni fueron alegados por la defensa, la Sala considera que la prosperidad de dichos cargos, tanto en la primera como en la segunda instancia del proceso, no dependía ni depende de una u otra circunstancia, sino de que el actor hubiese acreditado la inexactitud material del motivo o motivos invocados por la administración para expedir el acto *sub júdice* o demostrando que el mismo se profirió por razones ajenas

al interés general y al mantenimiento del orden público en el Municipio de Pasto, lo cual no sucedió.

Por lo tanto, estos cargos tampoco prosperan.

Las precedentes consideraciones llevan a la Sala a concluir que el recurrente no logró desvirtuar la presunción de legalidad que lleva implícita y ampara todo acto administrativo, como el acusado, cuya eficacia se apoya en la presunción *iuris tantum* de que están conforme con el ordenamiento jurídico, así como tampoco logró desvirtuar los fundamentos de la sentencia de primera instancia, por lo cual ha de procederse a confirmar esta última.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

Primero.- CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 16 de septiembre de 1994.

Segundo.- En firme esta providencia, remítase el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha nueve de marzo de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ECOSALUD. Creación

El artículo 43 de la Ley 10 de 1990 autorizó la Constitución y organización de una sociedad de capital público con la participación de la Nación y las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, cuyo objeto sería la explotación y administración del monopolio rentístico de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes, declarado, como de la Nación por el artículo 42 de la misma ley. Con fundamento en los artículos 42 y 43 de la citada Ley 10 de 1990 y en el Decreto 130 de 1976, se constituyó la sociedad denominada Empresa Colombiana de Juegos de Suerte y Azar Ltda. -COLJUEGOS-, la cual posteriormente se transformó en la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. -ECOSALUD S.A.- cuyos estatutos sociales fueron aprobados por el Gobierno Nacional mediante Decreto 271 de 1991.

MONOPOLIO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR. Administración. LOTERIAS. APUESTAS PERMANENTES

La Sala no encuentra que la Ley 10 de 1990 sea incompatible con el inciso tercero del artículo 336 de la Constitución, pues ella regula, así sea de manera muy genérica, tanto la organización como la administración y la explotación del monopolio de todas las modalidades de suerte y azar diferentes de loterías y apuestas permanentes. En efecto, respecto de la organización del monopolio el artículo 43 de la ley establece que ella se traduce en la existencia de una sociedad de capital público con participación de la Nación y de las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, titulares de monopolios rentísticos y de las loterías existentes. En cuanto a la explotación y administración del monopolio, la misma norma legal establece que esas actividades corresponden precisamente a la socie-

dad que se ordena crear y que actualmente es la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. -ECOSALUD-. En consecuencia, mientras no se dicte una ley más, específica sobre esos aspectos, de iniciativa gubernamental, el régimen legal propio a que se refiere el inciso tercero del artículo 336 de la Constitución es el previsto en el artículo 43 de la Ley 10 de 1990.

MONOPOLIO DE JUEGOS. Administración y Explotación. **JUEGO ILEGAL**

El artículo 4o. del Acuerdo 04 de 1993, en el cual se clasifican los juegos y apuestas de suerte y azar por razón de la existencia, licitud o forma de explotación en irregulares e ilegales, irregulares o implantados o autorizados por ECOSALUD, no incurre en infracción del artículo 336, inciso 3o. de la C.P., pues si la calificación de los juegos como irregulares se deriva del hecho que éstos funcionen sin el cumplimiento de los requisitos o sin el permiso de explotación por parte de ECOSALUD, y la clasificación de ilegales obedece a que los mismos funcionen sin cumplir con los requisitos exigidos por las autoridades de policía, tales regulaciones sólo pueden ser consideradas, a juicio de esta Sala, como herramientas básicas e inescindibles del ejercicio de las funciones de administración y explotación del monopolio rentístico asignadas a dicha Empresa, comoquiera que su finalidad no puede ser otra que la de lograr que el funcionamiento de los juegos de suerte y azar se realice de acuerdo con las disposiciones que lo gobiernan, a efecto de que todos ellos queden dentro de la órbita del monopolio.

MONOPOLIO RENTISTICO. JUEGO DE SUERTE Y AZAR. RENTA DE ENTIDAD TERRITORIAL. Inexistencia.

Se plantea el desconocimiento de los artículos 362 de la Carta Política, 227 y 228 del Decreto 1333 de 1986, debido a que la clasificación de determinados juegos como de suerte y azar por parte de los actos acusados implica un traslado hacia la Nación de las rentas que obtienen las entidades territoriales del impuesto sobre juegos permitidos, la Sala considera que tampoco tiene vocación de prosperidad, por la sencilla y potísima razón de que el monopolio rentístico establecido mediante el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 recae exclusivamente sobre la explotación de los juegos de suerte y azar, de lo cual ninguna de dichas entidades derivaba o deriva recurso alguno, pues ellos eran considerados en la legislación anterior

como prohibidos, conforme a lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto 1986 de 1927.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., trece de marzo de mil novecientos noventa y cinco

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 2906 Actor : José James Cháves Muñoz.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada por el ciudadano y abogado José James Cháves Muñoz en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad de los artículos 1o., 2o., 3o. y 4o. del Acuerdo No. 004 de 16 de marzo de 1993, "por medio del cual se regula la explotación de modalidades de juegos de suerte y azar a través de terceros", expedido por el Consejo Directivo de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. ECOSALUD S.A., y de los artículos 1o. y 2o. de la Resolución No. 207 de 1o. de septiembre de 1992, "por lo cual se señalan los trámites y requisitos para las apuestas de suerte y azar de los juegos intermedios y menores, expedida por el Presidente de la mencionada Empresa.

I.- ANTECEDENTES

a.- Los actos acusados

Son los indicados al inicio de esta providencia y su tenor es el siguiente:

1o.- Acuerdo No. 004 de 1993:

"Artículo 1o.- Del juego. Se entiende por juego el contrato aleatorio en virtud del cual las partes entregadas a un ejercicio recreativo, se obligan a pagar al ganador una determinada suma de dinero, o a realizar otra prestación en su favor.

"Artículo 2o.- De la apuesta: Se entiende por apuesta el contrato aleatorio en virtud del cual las partes, en desacuerdo acerca de un acontecimiento cualquiera, convienen en que aquella cuya opinión resulte infundada, pagará a la otra una suma de dinero o realizará otra prestación en su favor.

"Artículo 3o.- Del juego y de la apuesta de suerte y azar: Se entiende por juego y apuesta de suerte y azar aquellos en que la contingencia de ganancia o pérdida depende de la casualidad y no de la acción del jugador o jugadores o del apostador o apostadores.

"Parágrafo: Cuando en una misma actividad concurran la casualidad y la destreza, el Presidente de ECOSALUD S.A., mediante Resolución motivada, determinará la parte proporcional de derechos y garantías que correspondan a la empresa en forma directa a la cuota parte de la actividad regida exclusivamente por la casualidad y si esta fuere la principal, se aplicará lo dispuesto en el primer inciso de este artículo.

"Artículo 4o.- De la clasificación: En términos generales, por razón de su existencia, licitud o forma de explotación, los juegos y las apuestas de suerte y azar se agruparán así:

"1. Juegos y apuestas de suerte y azar irregulares e ilegales: Son los que funcionan sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por ECOSALUD S.A., y las autoridades de policía de la respectiva jurisdicción donde se encuentren funcionando.

"2. Juegos y apuestas de suerte y azar irregulares: Son los que funcionan mediante la simple autorización de tipo policivo pero que no cuentan con el permiso de explotación de ECOSALUD S.A., aunque el mismo se encuentre en trámite.

"3. Juegos y apuestas de suerte y azar implantados o autorizados por ECOSALUD S.A., en su función de administrar y explotar el monopolio rentístico creado por la Ley 10 de 1990".

2o.- Resolución No. 207 de 1992:

"Artículo 1o.- Determinar como modalidades de juegos intermedios clasificados por Ecosalud S.A., los siguientes:

"Los casinos de juegos; los bingos electrónicos, y las empresas productoras e importadoras de máquinas electrónicas -tragámonedas-, explotadas en forma directa y a través de terceros partícipes del producto del negocio.

"Artículo 2o.- Determinar como modalidades de juegos menores clasificados por Ecosalud S.A., los siguientes:

"Los juegos con naipes; rumi; black jack o veintiuno; tute con condición; poker, tele o apuntado, baccarat o ferrocarril; punto y banca. Juegos de ruleta, esferódromos, plumilla y bola. Rifas y bingos, incluídas las combinaciones conocidas como 'Cinco' y 'Lotería Popular'.

"Las máquinas tragamonedas, conocidas como Jackpots, máquinas de monedas, máquinas misterio, baby fruit, catarata y todas las demás que se asimilen. Los juegos como : Billar plato numerado; tabla de 18 colores; juego 24, 36, 18; billar de precisión; ñongo, veinticuatro y polisuma. Los juegos de da-

dos; cacho y guimba. Las apuestas deportivas independientes: hípica, fútbol; galleras y otros.

"Parágrafo. Los juegos de 'Ruleta', 'Black Jack', 'Punto y Banca' y 'Baccarat', que se consideran como propios de los casinos, serán clasificados como juegos menores por Ecosalud, teniendo en cuenta la conveniencia económica, técnica y política de la explotación".

b.- Los hechos de la demanda

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones anulatorias, pueden resumirse así (fl. 47 a 49):

El artículo 42 de la Ley 10 de 1990, modificado por el artículo 285 de la Ley 100 de 1993, declaró como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes.

El artículo 43 de la citada Ley 10 de 1990 autorizó la Constitución y organización de una sociedad de capital público, hoy denominada Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. ECOSALUD S.A., cuyo objeto se contrae a la explotación y administración del monopolio rentístico creado por el artículo 42 *ibídem*.

A pesar de que en la parte motiva de la Resolución 207 de 1992 se expresa que su objeto es el de señalar "... los trámites y requisitos para las apuestas de suerte y azar de los juegos Intermedios y Menores", lo que realmente hace en los artículos acusados 1o. y 2o. es clasificar la actividad de los juegos. De manera específica, el artículo 2o. somete la actividad de los esferódromos a la competencia de ECOSALUD S.A., como una de las modalidades de juego de suerte y azar, dentro de la clasificación de los juegos menores. Se anota que el juego de esferódromo venía siendo ejercido por particulares antes de la vigencia de la Ley 10 de 1990.

La sujeción al régimen monopólico de la actividad de los juegos y apuestas irregulares, ilegales y autorizados, por una parte, y menores e intermedios, por otra, son una forma de clasificar las modalidades de juegos de que trata la Ley 10 de 1990, clasificación que está reservada al Legislador, como lo advirtió la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de febrero 25 de 1994, expediente No. 2407.

Como no se ha expedido la ley que prescribe el artículo 336 inciso tercero de la Constitución, mal puede ECOSALUD S.A. clasificar los juegos, como al efecto procedió mediante los actos acusados.

c.- 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 las razones que se resumen a continuación, expresadas en la demanda y en el alegato de conclusión (fls. 49 a 55 y 132 a 137):

Primer cargo.- Violación del artículo 336 incisos segundo y tercero de la Constitución Política.

Se quebranta el inciso tercero de la indicada norma, pues si éste prescribe que "la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental", y dicha ley no se ha expedido, de ello resulta que al no existir el régimen propio del monopolio establecido por el artículo 42 de la Ley 10 de 1990, ECOSALUD no podía proceder mediante los actos acusados a clasificar las actividades que entrañan suerte y azar, ya que tal clasificación constituye uno de los elementos del régimen propio de los monopolios rentísticos, objeto de regulación legal, como lo consideró la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 25 de febrero de 1994 (Expediente No. 2407).

De otra parte, para efectuar la clasificación de los juegos y apuestas, los artículos 1o., 2o. y 3o. del Acuerdo 4 de 1993 se vieron precisados a definir los criterios de lo que es "juego", "apuesta" y "juego o apuesta de suerte y azar", los cuales son también elementos de la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos, cuya previa existencia se requiere para verificar la clasificación de los juegos, "pues previo a toda ordenación debe suponerse la definición."

El artículo 2o. de la Resolución 207 de 1992 viola el inciso segundo del artículo 336 de la Constitución, pues si en la mencionada sentencia de 25 de febrero de 1994 "... también se expuso la tesis según la cual, dentro del régimen propio de los monopolios rentísticos debe figurar en la respectiva ley las pautas como ha de operar la indemnización y en qué casos hay lugar, pues tales aspectos -dice el fallo- son precisamente los que conciernen a la organización, control, administración y explotación de los monopolios", el citado acto somete al régimen de ECOSALUD la actividad del juego denominado esferódromo, sin mediar la fórmula y los even-

tos de indemnización previa a la monopolización, ya que dicho juego se venía ejerciendo por los particulares antes de la expedición del artículo 42 de la Ley 10 de 1990 como se demostrará en el curso del proceso. Es decir, cuando el artículo 2o. de la Resolución 207 realiza la clasificación de los juegos menores y somete a la administración del monopolio el juego de esferódromos, para ello no contó con la respectiva previsión de la indemnización a todos los particulares que venían ejerciendo esa actividad económica. En consecuencia, para separar a los particulares de la actividad que se les despoja, ECOSALUD debe esperar la ley que suministre las formas, las condiciones y el procedimiento de indemnización.

Segundo cargo.- Violación de los artículos 1o., 113, 114, 150 y 200 de la Constitución, pues al definirse y clasificarse en los actos acusados los juegos y apuestas, se desarrolla una materia de naturaleza legal, apropiándose ECOSALUD de una atribución reservada al Congreso, a iniciativa del Gobierno, diluyendo la separación funcional de las ramas del poder público y afectando el Estado Social de Derecho.

Tercer cargo.- Violación del artículo 362 de la Carta Política y de los artículos 227 y 228 del Decreto 1333 de 1986, pues los recursos tributarios que los municipios y el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, derivan del gravamen sobre juegos, sólo podrán verse afectados en la medida en que el legislador defina y clasifique de una vez cuáles seguirán gravados en favor de los entes territoriales, por exclusión de los clasificados como de suerte y azar.

De otra parte, aquello que garantiza el artículo 362 de la Carta es que no se vaya a operar una transferencia de los recursos territoriales hacia la Nación. Por consiguiente, "... si no es el órgano legislativo, como lo señala el artículo 336 inc. 3o. de la C.N., el que realice la definición y clasificación de las modalidades de juegos de suerte y azar, se está incurriendo en la desprotección que no quiere el artículo 362 *ibid.* pues ECOSALUD S.A. con sus actos denunciados pudo haber abarcado todo el mercado de juegos más allá de los de suerte y azar, y con esto despojando hacia la Nación de ingresos ordinarios provenientes de las tarifas impositivas que gravan aquellos juegos que no son de suerte y azar, contemplados como de propiedad exclusiva de los municipios".

El planteamiento de la demandada, en el sentido de que el impuesto municipal sobre juegos perdió vigencia con el establecimiento del monopolio sobre ellos, sólo es válido en la medida en que aparezca la ley que regule el monopolio rentístico.

Por último, con el alegato de conclusión el actor acompaña copia de la Gaceta del Congreso No. 35 de abril 26 de 1994, e indica que en ella "... aparece el ape-

nas Proyecto de Ley No. 186 de 1994 de que habla el artículo 336-3 Constitucional y en sus primeros artículos (3, 4, 5 y 8) la iniciativa gubernamental propone la clasificación y definición de los juegos, que indebidamente han efectuado los actos demandados".

d.- Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 102 a 117):

En relación con el primer cargo.- Al erigir la Ley 10 de 1990 en monopolio de la Nación todas las modalidades de juego y apuestas de suerte y azar diferentes de las loterías tradicionales y de las llamadas apuestas permanentes, aparece claro que todo aquello que sea juegos o apuestas de suerte y azar es el objeto y contenido de dicho monopolio, administrado y explotado por ECOSALUD, quien tiene la obligación legal de producir recursos para la atención del servicio público de salud.

Como quiera que, en sentido material o funcional, "administrar" es la actividad de manejar una entidad, negocio o empresa y "explotar" es sacar provecho o utilidad, "... de ello fluye que ECOSALUD tiene que desplegar toda la actividad consistente en manejar el negocio de los juegos de suerte y azar para sacar provecho o utilidad con la destinación..." anotada.

Con fundamento en lo anterior y en los artículos 5o. y 6o. de los Estatutos Sociales de ECOSALUD, aprobados mediante Decreto 271 de 1991, según los cuales en desarrollo de su objeto le corresponde "... realizar todos los actos directamente relacionados con éste y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir con las obligaciones legal o convencionalmente derivadas de su existencia o actividad tales como mejorar, extender, modernizar, dirigir y administrar las actividades propias de este monopolio ..." y "expedir los actos y celebrar todos los contratos y convenios para el cumplimiento de su objeto ...", aparece claro que "... sabiamente el legislador defirió al ente administrador tales materiales (léase con estricta sujeción a las reglas por el mismo legislador establecidas) de conformidad con la detección de sus prácticas, usos, costumbres, evolución y régimen, pues, como gran corolario, el objeto del monopolio está en vía de primigenia expedición normativa".

Por todo lo expuesto "... bien puede concluirse que el Consejo Directivo y el Presidente de ECOSALUD S.A. al expedir el Acuerdo 004 de 1993 y la Resolución 207 de 1991, dispusieron del instrumental administrativo para regular la ex-

plotación de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, señalar los trámites y requisitos para las apuestas de suerte y azar de los juegos intermedios y menores, respectivamente, con fundamento en los preceptos emanados de la Ley 10 de 1990 y de sus estatutos sociales"

En relación con el segundo cargo.- Si bien en sentencia de 25 de febrero de 1994 el Consejo de Estado señaló en relación con el artículo 336 inciso tercero de la Constitución Nacional que "no puede por lo mismo, ninguna autoridad administrativa entrar a definir cuando se está en presencia de juegos en donde sólo tiene incidencia la suerte, el azar, la habilidad, la destreza, la inteligencia de los jugadores, etc., y cuáles quedan enmarcados dentro de la actividad monopolística, pues ello es y debe ser objeto de regulación legal", olvida dicha Corporación que la Carta Política de 1991 es posterior a la Ley 10 de 1990, la que estableció la organización administrativa, control y explotación del monopolio rentístico en materia de juegos de suerte y azar, sometido a un régimen propio fijado por la ley (Ley 10 de 1990) y de iniciativa gubernamental, con fundamento en la Constitución de 1886. En las anotadas condiciones, antes de entrar en vigencia la Constitución de 1991, el Gobierno y el Congreso se adelantaron a las previsiones del artículo 336 de la nueva Carta, en cuanto al monopolio rentístico sobre juegos de suerte y azar. "En virtud de la expedición de la Ley 10 de 1990 todas las normas y disposiciones que regulaban juegos de suerte y azar quedaron derogadas y perdieron vigencia, dado que la explotación y administración monopólica de éstos se le trasladó a la Nación, a través de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, continuando tan sólo vigentes las normas que regulan las loterías y apuestas permanentes".

De otra parte, en sentencia de 20 de agosto de 1993, el Consejo de Estado, al referirse a la expresión "de todas las modalidades de suerte y azar" contenida en el artículo 42 de la Ley 10 de 1990, consideró que ella quiere decir "... que el arbitrio rentístico opera sobre el juego en sí, en sus diversas modalidades, no sobre la entidad que lo administra o explota así sea eventualmente. Y de ello se deduce que cualesquiera sean los objetivos de una empresa o persona natural o persona jurídica o su razón social, la circunstancia de organizar y explotar alguna modalidad de juegos de suerte y azar de carácter promocional, aún ocasionalmente, está sometida a las normas tantas veces citadas y en las cuales se apoya la resolución demandada. Se excluyen de esta declaración legal solamente las loterías y apuestas permanentes, existentes (artículo 42 *ibídem*), referidas por la misma Ley de 1990".

En relación con el tercer cargo.- El impuesto municipal sobre juegos de suerte y azar, cuyo fundamento jurídico es la Ley 33 de 1968 y sus antecedentes son las Leyes 12 de 1932 y 69 de 1946, perdió vigencia al ser declarada la explo-

tación de esos juegos como monopolio rentístico de la Nación y destinarse su producido, con exclusividad, al sector de la salud. Tal es el sentido del salvamento de voto a la consulta absuelta por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 29 de marzo de 1993 sobre el impuesto municipal a juegos de suerte y azar.

Por consiguiente, si todos los municipios se deben beneficiar con las rentas provenientes de juegos de suerte y azar obtenidas a través de ECOSALUD, "... no parece lógico que los mismos municipios estén cobrando impuestos sobre boletas y cupones que ofrezcan participación en tales juegos y, simultáneamente, pretendan participación en las actividades".

Finalmente el apoderado de la entidad demandada solicita a esta Sección abstenerse de pronunciarse sobre la legalidad del artículo 2o. de la Resolución 207 de 1992, en razón a que mediante sentencia de 25 de febrero de 1994 se denegaron las pretensiones de la demanda formulada por el mismo actor en este proceso.

e.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 10 de junio de 1994 se dispuso la admisión de la demanda, se ordenó el trámite de rigor y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados (fls. 63 a 71).

Mediante proveído de 12 de agosto de 1994 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las solicitadas exclusivamente por la parte actora, a excepción de aquella respecto de la cual renunció oportunamente (fls. 127 a 129).

Dentro del término de traslado a las partes y al Ministerio Público para que formulasen sus alegatos de conclusión, hicieron uso de este derecho la parte actora y la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación (fls. 132 a 137 y 150 a 153).

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto la señora Procuradora Segunda Delegada manifiesta que es procedente acceder a las súplicas de la demanda, por las mismas razones expresadas por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 25 de

febrero de 1994, al referirse al contenido del artículo 336 inciso tercero de la Constitución Política (Actor : José James Cháves Muñoz, Exp. No. 2407).

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo.- Como marco de referencia para su estudio se precisan los siguientes aspectos:

El artículo 43 de la Ley 10 de 1990 autorizó la Constitución y organización de una sociedad de capital público con la participación de la Nación y las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, cuyo objeto sería la explotación y administración del monopolio rentístico de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes, declarado como de la Nación por el artículo 42 de la misma ley.

Con fundamento en los artículos 42 y 43 de la citada Ley 10 de 1990 y en el Decreto 130 de 1976, se constituyó la sociedad denominada Empresa Colombiana de Juegos de Suerte y Azar Ltda.- COLJUEGOS, la cual posteriormente se transformó en la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. -ECOSALUD S.A., cuyos estatutos sociales fueron aprobados por el Gobierno Nacional mediante Decreto 271 de 1991.

Por su parte, el Decreto 2433 de 29 de octubre de 1991, "Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 43 de la Ley 10 de 1990", establece:

"Artículo 1o.- La Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A., Ecosalud S.A., podrá realizar todas las operaciones comerciales que comporta la explotación económica del monopolio rentístico creado por virtud del artículo 42 de la Ley 10 de 1990, en forma directa o a través de terceros.

"Artículo 2o. Corresponde a la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A., Ecosalud S.A., en relación con la administración del monopolio rentístico constituído por la Ley 10 de 1990:

"a) Fijar la política general de explotación de juegos de suerte y azar de que trata la Ley 10 de 1990;

"b) Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas para que exploten alguna modalidad de juego o apuesta de suerte y azar u otorgar a las mismas permiso para su explotación;

"c) Regular su operación".

A su vez, los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 336 de la Constitución Política señalan:

"La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

"La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

"Las rentas obtenidas en ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud".

De las normas anteriormente citadas y transcritas, la Sala deduce lo siguiente:

a) Como a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, "la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental", ello implica que se trata de una ley especial no sólo respecto de su iniciativa sino de su contenido, en cuanto ella debe regular necesariamente lo referente a las actividades mencionadas de organización, administración, control y explotación.

b) Sin embargo, ello no quiere decir que las leyes dictadas sobre la materia con anterioridad a la nueva Constitución hayan perdido vigencia automáticamente si fueron expedidas de acuerdo con el régimen anterior y su contenido no es incompatible con la nueva disposición, pues si ello no fuera así implicaría, entre otros efectos, que se produciría un vacío legal que haría inaplicable la nueva Constitución mientras se dicta la nueva ley prevista en ella.

c) En ese orden de ideas, la Sala no encuentra que la Ley 10 de 1990 sea incompatible con el inciso tercero del artículo 336 de la Constitución, pues ella regula, así sea de manera muy genérica, tanto la organización como la administración y la explotación del monopolio de todas las modalidades de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes. En efecto, respecto de la organización del monopolio el artículo 43 de la ley establece que ella se traduce en la existencia de una sociedad de capital público con participación de la Nación y las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes. En cuanto a la explotación y administración del monopolio, la misma norma legal establece que esas actividades corresponden precisamente a la sociedad que se ordena crear y que actualmente es la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. -ECOSALUD S.A.-

d) En consecuencia, mientras no se dicte una ley más específica sobre esos aspectos, de iniciativa gubernamental, el régimen legal propio a que se refiere el inciso tercero del artículo 336 de la Constitución es el previsto en el artículo 43 de la Ley 10 de 1990.

e) Y como es natural a toda ley, con mayor razón cuando apenas contiene normas muy generales como la Ley 10 de 1990, su contenido es desarrollado a través de Decretos Reglamentarios, como es el caso de los Decretos 271 y 2433 de 1991, de tal manera que ellos, a través de sus normas reglamentarias, que se enmarcan dentro de la ley, contribuyen a configurar el régimen propio que la Constitución prevé para la organización, administración, control y explotación del monopolio citado.

f) Como consecuencia de lo anterior, la Sala rectifica la posición asumida en la sentencia de 25 de febrero de 1994 (Exp. No. 2407, Actor : José James Chávez Muñoz, Consejero Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz) y en los autos del 30 de junio y 5 de septiembre de 1994 (Exp. No. 2957, Actor : Jaime Vidal Perdomo, Consejero Ponente: Miguel González Rodríguez), en cuanto en la citada sentencia, a pesar de no haberse declarado la nulidad del artículo 2o. de la Resolución 207 de 1992, igualmente aquí demandada, se expresó que sólo una ley especial puede fijar el régimen propio de los monopolios en lo referente a organización, administración, control y explotación de los mismos, dando a entender, como lo plantea el actor en el presente proceso, que los artículos 42 y 43 de la Ley 10 de 1990, no constituyen el régimen propio del monopolio de los juegos de suerte y azar. A su vez, en los autos citados se decretó la suspensión provisional de los literales a) y c) del artículo 2o. del Decreto Reglamentario 2433 de 1991, considerando que los aspectos allí previstos debían estar regulados en la ley especial, mientras que después de este nuevo análisis la Sala considera que ellos constituyen desarrollo normal de las normas muy generales contenidas en los artículos 42 y 43 de la Ley 10 de 1990.

Ahora bien, en relación concretamente con el cargo de violación del inciso tercero del artículo 336 de la Carta Política por parte de los actos acusados en este proceso, la Sala, dentro del marco argumental desarrollado anteriormente, considera lo siguiente:

1o.- Acuerdo No. 004 de 1993

a) Los artículos 1o. y 2o., en los cuales se explican los conceptos de "juego" y de "apuesta", no son susceptibles de incurrir en violación de la indicada norma constitucional, pues, de acuerdo con el marco conceptual explicado, la expedición

de dichas disposiciones debe entenderse como ejercicio de las funciones de administración y explotación del monopolio que el artículo 43 de la Ley 10 de 1990 entregó a ECOSALUD. Además de lo anterior, de la lectura de su texto claramente se advierte que tales conceptos se adecúan en esencia a la definición de contrato aleatorio, contenida en el artículo 1498 del Código Civil, en concordancia con el artículo 2282 *ibídem*, en los siguientes términos:

> "El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio".

b) El artículo 3o., según el cual "se entiende por juego y apuesta de suerte y azar aquellos en que la contingencia de ganancia o pérdida depende de la casualidad y no de la acción del jugador o jugadores o del apostador o apostadores", tampoco puede ser considerado como transgresor del artículo 336, inciso tercero de la Carta Constitucional, toda vez que también su expedición debe entenderse como ejercicio de las funciones de administración y explotación del monopolio atribuidas a ECOSALUD, además que sus previsiones se ajustan a la noción legal que de juegos de suerte y azar consagra el artículo 17 del Decreto Extraordinario 1986 de 1927 para efecto de la prohibición que respecto de ellos existía con anterioridad al establecimiento de su monopolio rentístico mediante el artículo 42 de la Ley 10 de 1990. En efecto, la citada disposición señala lo siguiente:

> "Artículo 17.- Se consideran como juegos prohibidos aquellos en que la ganancia depende exclusivamente de la suerte o del azar sin que los jugadores mediante su habilidad y de buena fé puedan hacer inclinar la fortuna favorablemente".

c) El artículo 4o., en el cual se clasifican los juegos y apuestas de suerte y azar por razón de la existencia, licitud o forma de explotación en irregulares e ilegales, irregulares e implantados o autorizados por ECOSALUD, no incurre en infracción de la citada norma constitucional, pues si la calificación de los juegos como irregulares se deriva del hecho que éstos funcionen sin el cumplimiento de los requisitos o sin el permiso de explotación por parte de ECOSALUD, y la calificación de ilegales obedece a que los mismos funcionen sin cumplir con los requisitos exigidos por las autoridades de policía, tales regulaciones sólo pueden ser consideradas, a juicio de la Sala, como herramientas básicas e inescindibles del ejercicio de las funciones de administración y explotación del monopolio rentístico asignadas a dicha Empresa, como quiera que su finalidad no puede ser otra que la

de lograr que el funcionamiento de los juegos de suerte y azar se realice de acuerdo con las disposiciones que lo gobiernan, a efecto de que todos ellos queden dentro de la órbita del monopolio.

2o.- Resolución No. 207 de 1992

Los artículos 1o. y 2o., acusados, determinan y precisan las modalidades de juegos y apuestas de suerte y azar intermedios y menores.

Luego del estudio de los argumentos expresados por la parte actora y por la defensa, la Sala considera que el cargo de violación del inciso tercero del artículo 336 de la Carta Política no tiene vocación de prosperidad, pues si bien es cierto que la indicada disposición señala que la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio fijado por la ley de iniciativa gubernamental, y que esta Sección en sentencia de 25 de febrero de 1994 estimó que conforme a tal mandato no está permitido a las autoridades administrativas definir "... cuándo se está en presencia de juegos en donde sólo tiene incidencia la suerte, el azar, la habilidad de los jugadores, etc. y cuáles quedan enmarcados dentro de la actividad monopolística, pues ello es y debe ser objeto de regulación legal", dicha posición jurisprudencial debe ser rectificada en esta oportunidad, ya que al haberse declarado por el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 como arbitrio rentístico de la Nación la explotación de "... todas las modalidades de juegos de suerte de azar ..." y al haberse confiado su administración y explotación a una sociedad de capital público, hoy denominada ECOSALUD S.A., necesariamente debe entenderse que toda clase de juego en que la ganancia o pérdida dependa de la casualidad y no de las capacidades de quienes en él intervienen, queda inmersa dentro de esa noción y, por lo mismo, se convierte en sujeto pasivo del monopolio.

En consecuencia, la Sala considera que al precisarse en los actos acusados las modalidades de juegos de suerte y azar intermedios y menores ello no contraviene el inciso tercero del artículo 336 de la Carta Política e, igualmente, que en la hipótesis de que los mismos o algunos no reúnan las características o elementos que los distinguen como tales, lo pertinente será controvertir dicha calificación en vía jurisdiccional, lo cual no es la finalidad de la acción intentada.

En lo relativo al cargo de violación del inciso segundo de la indicada norma constitucional en razón a que el artículo 2o. de la Resolución 207 de 1992 clasifica como juego menor de suerte y azar los "esferódromos", sin que previamente se haya indemnizado a quienes ejercían esa actividad, la Sala considera que carece de

vocación de prosperidad, toda vez que en el proceso no obra prueba alguna acerca de que tal juego tuviese el carácter de permitido y, en tal virtud, su explotación constituyera "... el ejercicio de una actividad lícita", a pesar de haber expresado el demandante que ello sería probado dentro del proceso y, por el contrario, renunció a la prueba que pretendía demostrar esa circunstancia, como aparece a folio 125 y se aceptó por auto de 12 de agosto de 1994 (fls. 127 a 129).

En relación con el segundo cargo, consistente en la violación de los artículos 1o., 113, 114, 150 y 200 de la Carta Política, la Sala considera que al no haber prosperado el anterior cargo éste correrá con la misma suerte, pues su quebrantamiento reposa en la transgresión del artículo 336 ibidem, ya analizado.

En relación con el tercer cargo, en el cual se plantea el desconocimiento de los artículos 362 de la Carta Política, 227 y 228 del Decreto 1333 de 1986, debido a que la clasificación de determinados juegos como de suerte y azar por parte de los actos acusados implica un traslado hacia la Nación de las rentas que obtienen las entidades territoriales del impuesto sobre juegos permitidos, la Sala considera que tampoco tiene vocación de prosperidad, por la sencilla y potísima razón de que el monopolio rentístico establecido mediante el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 recae exclusivamente sobre la explotación de los juegos de suerte y azar, de lo cual ninguna de dichas entidades derivaba o deriva recurso alguno, pues ellos eran considerados en la legislación anterior como prohibidos, conforme a lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto 1986 de 1927.

De otra parte, si bien el demandante plantea también en este cargo que al clasificar ECOSALUD algunas modalidades de juegos como de suerte y azar estaría trasladando al monopolio juegos que no tienen esa calidad, ello implicaría un análisis probatorio tendiente a demostrar cuáles de los juegos clasificados por ECOSALUD efectivamente son juegos de suerte y azar y cuáles no, sin que el actor haya desplegado alguna actividad para lograr tal fin, por lo cual la Sala no tiene elementos dentro de este proceso para realizar tal análisis.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En las anotadas circunstancias al no prosperar las acusaciones formuladas en la demanda, ha de procederse a denegar sus pretensiones anulatorias.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Segundo.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercero.- En firme esta sentencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha trece de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Libardo Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* salva voto *Miguel González Rodríguez,* salva voto; *Yesid Rojas Serrano; Néstor Castillo Varilla;* Conjuez.

NOTA DE RELATORIA: Por medio de la presente providencia se hace **rectificación jurisprudencial** de la sentencia de 25 de febrero de 1994, Exp. 2407, Ponente: Dr. *Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* Actor: *José James Chaves Muñoz* y en los autos de 30 de junio y 5 de septiembre de 1994, Exp. 2957, en el sentido de afirmar que para reglamentar el inciso 3o. del artículo 336 de la Constitución no es solamente a través de la ley especial y posterior a la vigencia de la Constitución de 1991, como se había sostenido en la jurisprudencia que se rectifica. El salvamento del Dr. Ariza al cual adhirió el Dr. *Miguel González Rodríguez* mantiene el criterio anterior sostenido por la Sección, según el cual se requiere la ley especial que reglamente el artículo 336 inciso 3o.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ERNESTO RAFAEL ARIZA

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala me ha separado de la anterior decisión ya que estimo que ha debido declararse la nulidad de los artículos 1o. a 4o. del Acuerdo No. 004 de 16 de marzo de 1993, expedido por el Consejo Directivo de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A., ECOSALUD S.A., y de los artículos 1o. y 2o. de la Resolución no. 207 de 1o. de septiembre de 1992, expedida por el Presidente de la citada Empresa, por las siguientes razones:

1-. Según el artículo 336 de la Constitución Política ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley (inciso 1o.); la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental (inciso 3o.).

Es del caso resaltar que la regulación consagrada en el inciso 1o. antes citado correspondía a la del artículo 31 de la Constitución de 1886. En cambio la preceptiva del inciso 3o. es nueva en materia constitucional.

2-. El artículo 43 de la Ley 10a. de 1990 autorizó la Constitución y organización de una sociedad especial de capital público, con la participación de la Nación y las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, que es ECOSALUD S.A., cuyo objeto es la explotación y administración del monopolio rentístico de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes, monopolio este último que el artículo 42 de la misma Ley había declarado como de la Nación.

El citado artículo 43 en lo relativo al expresado monopolio contiene además regulaciones sobre los costos y gastos de inversión, producción, administración,

venta y publicidad, la forma de distribuir el producto resultante de las ventas netas y las utilidades que pueda obtener ECOSALUD S.A.

De lo anterior se infiere que la Ley 10a. de 1990 en los preceptos enunciados estableció el monopolio, autorizó la Constitución y organización de la sociedad especial de capital público encargada de su administración y explotación y reguló algunos aspectos atinentes a dicha administración y explotación, pero no señaló qué modalidades de juegos de suerte y azar y apuestas permanentes eran objeto de dicho monopolio ni confirió facultad a organismo alguno para que las determinara.

3-. El Acuerdo No. 004 de 16 de marzo de 1993, expedido por el Consejo Directivo de ECOSALUD S.A., que en su encabezamiento reza "por medio del cual se regula la explotación de modalidades de juegos de suerte y azar a través de terceros", define el juego (artículo 1o.); la apuesta (artículo 2o.); el juego y la apuesta de suerte y azar (artículo 3o.); y clasifica los juegos y apuestas de suerte y azar en irregulares e ilegales, irregulares e implantados o autorizados por ECOSALUD S.A. (Artículo 4o.).

El contenido del Acuerdo No. 004 acusado pone en evidencia que ECOSALUD S.A. está señalando el régimen sobre explotación y control de los juegos y apuestas de suerte y azar que son objeto de su actividad social y pública, contrariando abiertamente la preceptiva del inciso 30. del artículo 336 de la Carta Política que defirió la regulación de estos aspectos al igual que los de organización y administración a la ley de iniciativa gubernamental.

Es de advertir que implicando el monopolio la privación del ejercicio de una actividad económica lícita para los particulares, la Constitución Política atribuyó el señalamiento del ámbito del mismo al legislador y fué muy clara en señalar las actividades propias de aquél que serían objeto de regulación por éste.

4-. La Resolución No. 207 de 1o. de septiembre de 1992, expedida por el Presidente de ECOSALUD S.A. determina en los preceptos acusados cuáles son las modalidades de juegos intermedios (artículo 1o.); y las de juegos menores (artículo 2o.).

Al contenido de las normas acusadas caben las mismas reflexiones expresadas en el punto anterior, esto es, que el Presidente de ECOSALUD S.A. se arrogó facultades privativas del legislador y quebrantó también el inciso 3o. del artículo 336 de la Carta Política.

5-. Si bien es cierto que en la decisión de la mayoría tanto el Acuerdo como la Resolución acusados derivan su sustento del artículo 1o. literal c del Decreto No.

2433 de 29 de octubre de 1991, que reglamenta parcialmente el artículo 43 de la Ley 10a. de 1990, en cuanto él faculta a ECOSALUD S.A. en lo tocante a la administración del monopolio en referencia para "regular su operación", también lo es que, a mi juicio, conforme lo sostuve en Sala, esta atribución quebranta ostensiblemente el inciso 3o. del artículo 336 de la Carta, por cuanto, como ya se puso de presente, la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos están sometidos a un régimen señalado por la ley de iniciativa gubernamental, y no lo hace totalmente la Ley 10a. de 1990, pues ésta solamente se limita a regular los aspectos referentes a los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, la forma de distribuir el producto resultante de las ventas netas y las utilidades que pueda obtener ECOSALUD S.A., pero nó lo atinente a las modalidades de juegos de suerte y azar y apuestas permanentes que comprenden el objeto del monopolio.

De ahí que considere, en consecuencia, que no es válida la afirmación que se hace en la decisión mayoritaria de que la expresada Ley "regula, así sea de manera muy genérica, tanto la organización como la administración y la explotación del monopolio de todas las modalidades de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes".

Fecha ut supra, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz* Consejero

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

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

Ref: Expediente # 2906. Actor: José James Chávez Muñoz

Me adhiero al salvamento de voto del honorable consejero, doctor ERNESTO RAFAEL ARIZA, por coincidir con los argumentos expuestos por él, que nos llevaron a no compartir el proyecto de sentencia acogido por la mayoría de la Sala. Atentamente,

Miguel González Rodríguez

FECHA UT SUPRA.

JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Objeto. **COMPETENCIA. CONTRAVENCION ADMINISTRATIVA. CONTROL JURISDICCIONAL**

La función de esta jurisdicción es esencialmente la de revisar las actuaciones de las autoridades administrativas, y particularmente cuando ellas versan sobre contravenciones administrativas, como las *sub, exámine*, se traduce en entrar al fondo del asunto, esto es, establecer si se configura o nó la tipicidad, juridicidad y culpabilidad en lo tocante a dichas infracciones, sin que ello de lugar en manera alguna a convertirse en una tercera instancia, dado que el ejercicio del control jurisdiccional es de naturaleza diferente a las instancias administrativas. Tan cierto es ello que puede invalidar o dejar sin efecto las decisiones adoptadas en éstas.

BEBIDAS ALCOHOLICAS. Almacenamiento. **DECOMISO. MERCANCIA EN TRANSITO. TORNAGUIA. RENTAS DEPARTAMENTALES.** Autorización. **FRAUDE DE RENTAS.** Inexistencia. **PRESUNCION DE FRAUDE**

La conducta de almacenar sin autorización o permiso, en tratándose de bebidas alcohólicas en tránsito, tiene aplicación cuando se cuente con la correspondiente tornaguía, que es el requisito que ampara dichos productos y, por ende, cuando el artículo 125 del referido Código de Rentas, que también se invoca en los actos acusados como fundamento para su expedición, prevé como conducta sancionable la de almacenar sin autorización, se está refiriendo al caso en que el tránsito de las bebidas alcohólicas no esté respaldado con la tornaguía, documento éste que indica, entre otros aspectos, el destino de la mercancía, y sólo a falta de él es procedente presumir el fraude a las rentas, que, según las voces del artículo 286 del mismo Código, también invocado como sustento de los actos acusados, se presenta cuando se trata, entre otros productos, de licores, cuya intro-

ducción al territorio no se encuentre legalizada, esto es, respaldada por la correspondiente tornaguía.

PERJUICIOS MORALES. PRUEBA

En lo tocante a los perjuicios morales no se accederá a su reconocimiento por no haberse demostrado en el curso del proceso.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero ponente : *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente No. 2416. Recurso de apelación contra la sentencia de 23 de marzo de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño. Actor: Henry Neyra Marín.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del actor contra la sentencia de 23 de Marzo de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que denegó las súplicas de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I. 1-. El señor HENRY NEYRA MARIN, por medio de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Nariño, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

a): Son nulas las providencias de 25 de noviembre de 1992, expedidas por el Juzgado de Rentas del Departamento de Nariño-Distrito de Pasto-, mediante las cuales se declaran como bienes del Departamento de Nariño 41.822 medias botellas y 6893 botellas de aguardiente Cristal decomisadas en los sumarios nos. 4420 y 4421 seguidos en contra de SOOTRASUR y TRANSPACIFICO.

b): Son nulas las actas administrativas "sentencias" proferidas en primera y segunda instancia por los Juzgados Distrital y Superior de Rentas y Ejecuciones Fiscales del Departamento de Nariño mediante las cuales se condena y ordena el decomiso del aguardiente Cristal antes mencionado.

c): Se restablezca el derecho del actor ordenando el reintegro en su totalidad de la mercancía o la retribución de su valor comercial, en caso de haberse dispues-

to de ella, que de acuerdo con el avalúo del acta de entrega No. 041 de 1o. de diciembre de 1992, efectuado por el Juzgado de Rentas del Departamento de Nariño-Distrito de Pasto-, asciende a la suma de $38.925.600.oo.

d): Se condene al Departamento de Nariño, por fallas de la Administración, a pagar a favor del actor por perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) la suma de $10.000.000.oo más el incremento legal hasta cuando se termine el proceso; y por perjuicios morales un mil gramos de oro fino, teniendo en cuenta el prestigio del comerciante y los daños inferidos con la sentencia condenatoria.

e): Se ordene dar cumplimiento al fallo dentro de los 30 días siguientes a la comunicación y se ordene repetir contra los funcionarios responsables ante el Departamento de Nariño, de acuerdo con el artículo 77 del C.C.A.

I. 2-. Hechos :

Son principalmente los siguientes:

1o): El señor HENRY NEYRA MARIN, reside en la ciudad de Leticia (Amazonas), donde ejerce la actividad de comerciante como distribuidor exclusivo de Licores de Caldas.

Para el transporte de los licores ha utilizado la vía Manizales, Cali, Popayán, Pasto, Puerto Asís, Leticia, teniendo en cuenta que es la única vía terrestre y fluvial que existe.

2o): Durante los últimos días de mayo de 1992 hizo varios despachos de aguardiente Cristal con destino a Leticia, de acuerdo con las tornaguías, nos. 72330-72331-72344-72350-72354 y 72357, las que respaldan más de 4000 cajas.

Para el transporte se contrató a la Empresa COOTRANSITUL con sede en Tuluá (Valle) y Manizales, y ésta a su vez subcontrató con las Empresas "SOOTRASUR" y "TRANSPACIFICO" del Departamento de Nariño.

3o): El 30 de mayo los camiones que venían de Manizales estaban descargando las cajas de aguardiente Cristal en las bodegas de "COOTRASUR", para después despachar a Puerto Asís. Esta actividad la observó un funcionario del Resguardo, quien informó a sus superiores y éstos ordenaron incautar el licor al considerar ese acto como fraude a las rentas. Lo mismo hicieron con el licor que tenía la Empresa "TRANSPACIFICO" en sus bodegas.

4o): Con fundamento en los informes del Jefe del Resguardo de Rentas se inició la investigación por la contravención de "fraude a las rentas del Departamento", en contra de los gerentes de esas Empresas transportadoras, HERNANDO DIAZ PAGUAY y SEGUNDO ALONSO BETANCOURT ORTIZ, a quienes se les sindicó como defraudadores y se les dictó medida de aseguramiento.

En la investigación se estableció que el propietario del licor incautado era el actor y por simple lógica el infractor. A pesar de ello los Juzgados de Renta no lo vincularon al proceso por ningún motivo, ni siquiera como testigo, situación esta negativa que le impidió el ejercicio de su derecho de defensa ya que no fué parte en el proceso.

5o): A pesar de que la Ordenanza No. 16 de 1988, que es el Código de Rentas del Departamento, desconoce a los terceros civilmente responsables y a los terceros incidentalistas de buena fé, el actor por intermedio de abogado presentó un incidente para reclamar sus derechos y demostrar que su conducta era lícita y que con su mercancía no se cometió ni siquiera tentativa de fraude a las rentas.

6o): El Juzgado Distrital de Rentas no le imprimió al incidente el trámite procesal que ordena la ley. Posteriormente y ante la insistencia de los apoderados del actor y después de analizar la prueba idónea, consideró que no había fraude a las rentas y que no se le podía decomisar a éste el aguardiente.

7o.): Como la providencia era consultable, el Juez Superior de Rentas y Ejecuciones Fiscales del Departamento de Nariño la revocó, desconociendo los derechos del actor y violando el derecho de defensa, y ordenó además declarar el aguardiente Cristal como bien del Departamento y entregarlo al Fondo Rotatorio del Resguardo de Rentas para rematarlo y pagar el porcentaje al personal que lo incautó y al informante.

I.3-. En apoyo de sus pretensiones adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1o): Se violaron los artículos 2o. y 4o. de la Constitución Política, porque en lugar de protegerse la propiedad privada, que es un bien, se ha conculcado con el decomiso indebido, y porque en los procesos Nos. 4420 y 4421 se aplicaron normas del Código de Rentas que son contrarias al mandato consagrado en el artículo 4o. de la Carta, como es la responsabilidad.

2o): Con la actuación de los Jueces de Rentas se violaron los artículos 25 y 29 de la Constitución Política, al privársele al actor de ejercer su acción lícita de co-

merciante y se afectó su patrimonio económico fuente de trabajo, porque el decomiso sacó del comercio un capital considerable sin justa causa y sin habérsele sorprendido en actos ilícitos. Además, el debido proceso y el derecho de defensa fueron violados desde el inicio de la investigación, su perfeccionamiento y hasta la sentencia, por lo siguiente:

Una de las formas del debido proceso es que si la conducta de una persona es sospechosa o sus actos violatorios de una norma penal, contravencional o administrativa, para que se le permita el derecho de defensa debe vinculársele al proceso como parte. En el caso concreto, se estableció desde el principio que Henry Neira Marín era el propietario del aguardiente Cristal y claramente el artículo 376 del Código actual de Rentas lo hace "responsable de las contravenciones a que diere lugar". Este precepto, en concordancia con los artículos 13, 125 y 188 del anterior Código, determina que el propietario también es infractor y como tal debe vinculársele al proceso. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el Juez Superior dice en la parte motiva de la sentencia, a folio 288, "Debido a la experiencia del Señor NEYRA MARIN, como comerciante debió conocer lo celosos que son los Departamentos del territorio en cuanto a la introducción y almacenamiento de licor". Con esta afirmación el Juzgado está juzgando su conducta, sin habérsele oído en indagatoria y ni siquiera en una versión.

No se tuvo en cuenta la presunción de inocencia consagrada en el citado artículo 29 de la Carta Política, que el artículo 211 del Código de Rentas la contempla así: "Nadie podrá ser condenado por fraude a las Rentas, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión". Y otra violación al debido proceso es que el Juzgado de Rentas aplicó el artículo 220 de ese Código, que declara la responsabilidad de fraude a las rentas, violando los artículos 4o. de la Constitución Política, así como el 5o. del Código Penal que habla de la culpabilidad.

Debe tenerse en cuenta también que al tenor del artículo 222 del Código de Rentas, el decomiso es una pena accesoria.

La imposición de la pena sin culpabilidad es otra violación del artículo 29 de la Constitución Política, porque, como se ha venido sosteniendo, el actor fué condenado, sin antes ser oído y vencido en juicio.

Hay incongruencia en la sentencia, lo cual conduce a una falsa motivación, dado que se condena por fraude a las rentas y en aquélla se menciona el artículo 286 del Código de Rentas que se refiere a la presunción de fraude. Este hecho contradice el artículo 284 de la misma norma que habla de la certeza procesal.

Otra incongruencia y contradicción en la sentencia consiste en que se estableció la relación de causa-efecto entre los gerentes de las empresas "SOOTRASUR" y "TRANSPACIFICO", quienes fueron condenados en primera instancia y el Juez Superior de Rentas y Ejecuciones Fiscales decidió absolverlos en la segunda, determinando de esta manera que no hubo contravención, porque de existir, ellos serían los culpables.

Sin embargo, sin haber sido oído y vencido en juicio, se condena a Henry Neyra Marín con el decomiso y pérdida de la mercancía incautada.

Si no existe responsabilidad por fraude por parte de los gerentes y empresas, el hecho no es típico ni antijurídico, entonces por qué se condena al decomiso de las mercancías, lesionando el derecho de propiedad de HENRY NEYRA MARIN?.

Se pregunta, las mercancías constituyen por sí solas delito o contravención? Quién es el condenado entonces?

Esta serie de interrogantes constituyen los actos violatorios del debido proceso y del derecho de defensa y como tal caen en una falsa motivación.

3o): Se violaron también los artículos 34 y 38 de la Constitución Política, porque en la sentencia se declaró extinguido el derecho de dominio de los bienes (aguardiente Cristal) adquiridos lícitamente por el actor, y se está desconociendo el derecho de trabajar asociados como empresas transportadoras, que por una inveterada costumbre y necesidad del servicio actuaron de buena fé y sin ánimo de defraudar.

4o): Se vulneraron los artículos 83 y 84 de la Constitución Política, porque se presume la buena fé del actor y porque se exigieron ciertos permisos, como el de guardar el licor mientras se despacha, regulación que es contraria a la Constitución.

El tránsito por el territorio nacional no está prohibido y como requisito exige un tornaguías. Como el actor cumplió este requisito la sentencia viola este mandato.

5o): Se violó igualmente el artículo 116 de la Carta Política, porque los Jueces de Rentas no ejercen funciones jurisdiccionales, por eso sus actos no tienen el carácter de jurisdiccionales sino administrativos.

Como la ley no ha reglamentado la Jurisdicción de Rentas, las Asambleas no pueden darle otra categoría que la de autoridades administrativas.

La Ley 14 de 1983 establece: "Las bebidas alcohólicas destinadas a la exportación no serán objeto de gravamen". Esta ley, en concordancia con el artículo 180 del Código de Rentas, determina que no son necesarios permisos especiales, por no existir contribución.

6o): **Criterios para fijar la sanción:**

Todo código procedimental o en la parte objetiva establece los límites para aplicar la sanción, de acuerdo con las modalidades del delito, la contravención y el grado de culpabilidad del agente. Así lo establèce el artículo 174 del actual Código de Rentas. En consecuencia, el desbordamiento o la extralimitación del Juez, constituye una violación al debido proceso.

7o): **Tercero incidentalista:**

El restablecimiento del derecho es una institución que protege los derechos de los ciudadanos cuando son lesionados y están amparados por normas jurídicas y constitucionales. El artículo 14 del C. de P.P., lo contempla como principio rector.

Con fundamento en estos principios al actor le asiste el derecho de recuperar su patrimonio afectado por una injusta y violatoria decisión del Juzgado de Rentas y del Departamento de Nariño.

Por último, cabe resaltar que la Ordenanza No. 016 de 1988 o "Código de Rentas", al no consagrar el derecho de los terceros incidentalistas está violando el derecho de defensa formal y material, porque lo deja desprotegido de los abusos que puedan cometerse, y la inobservancia de un procedimiento adecuado acarrea una nulidad absoluta que de oficio debe decretarse y que si no se hace vicia todo el proceso por falta de control de legalidad. Esta situación hace también palmaria la violación del debido proceso.

I.3-. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 23 de marzo de 1994, la cual fué oportunamente apelada por el apoderado del actor.

II-. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las súplicas de la demanda el *a-quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

El análisis se reducirá únicamente a estudiar la legalidad de las actuaciones cumplidas en los dos procesos por parte de los Jueces de Rentas que intervinieron en los mismos, ya que otra alternativa diferente implicaría constituirse el Tribunal en Juez de una tercera instancia.

En ninguno de los dos procesos que adelantaron los Juzgados de Renta se atentó contra principio alguno que implique violación al derecho de defensa o del debido proceso.

El proceso No. 4420 se originó por denuncia formulada ante las autoridades administrativas de Rentas sobre la existencia en bodega particular de una considerable cantidad de aguardiente Cristal, que no había pagado impuesto alguno al Departamento. Se abrió la investigación mediante el auto de 8 de junio de 1992 y luego de surtirse varias diligencias, se profiere la providencia de 30 del mismo mes y año, la cual ordena la devolución del licor incautado. Sin embargo, el Juzgado Superior de Rentas en grado de consulta revoca esa decisión y ordena el decomiso de los elementos constitutivos de la contravención investigada. Siguen luego otra serie de actuaciones de uno y otro Juzgado, ya para decretar el decomiso de la mercancía incautada, ya para declarar como bien del Departamento dicha mercadería.

Al revisarse todas y cada una de las actuaciones, se advierte que en ellas se observaron las disposiciones contenidas en la Ordenanza No. 016 de 1988, que es el Código de Rentas del Departamento, principalmente en lo que se relaciona con los derechos de audiencia, defensa y contradicción para la persona que se consideró como afectada con la medida tomada por los Juzgados.

Igual suerte corrió la tramitación del proceso No. 4421, al aplicarse las disposiciones del mencionado Código de Rentas, en especial los artículos 13, 125, 194, 231 y 286.

Las autoridades de Rentas del Departamento no podían abstenerse de iniciar investigación sobre el licor, cuando desde un comienzo surgieron indicios de que se podía tratar de un licor de contrabando. Pues, si bien se había exhibido una tornaguía que justificaba el transporte del licor desde Manizales a Leticia, resultaba bastante sospechoso que gran cantidad de botellas del mismo se hubiesen depositado en una bodega sin autorización alguna del Resguardo de Rentas y sin que sirva de excusa la alegación referente a que era menester transbordar la mercadería a un vehículo de menor tonelaje, dadas las condiciones especiales y precarias de la vía que conduce de Pasto a Puerto Asís, toda vez que tal transbordo pudo efectuarse de vehículo a vehículo y además teniendo de presente siempre que una

sola persona era la autorizada para hacer el transporte de la misma. Esta situación se echó por la borda, porque la mercadería fué llevada en varios automotores y por persona diferente a la legalmente autorizada, con mayor razón si se tiene en cuenta que en la misma tornaguía se hace clara mención de la obligación que tiene el interesado de presentar la misma con el cargamento en los municipios de tránsito obligado y a los funcionarios que lo soliciten, concretamente a los del Resguardo de Rentas.

Además, la empresa transportadora no tenía autorización para mantener en bodega la mercancía, y menos para mantener existencias diferentes a las que constaban en los documentos exhibidos, siendo muestra de ello lo que se encontró: se tenía autorización para conducir 26880 botellas y se encontraron 41641.

La actuación de los Jueces de Rentas tiene fundamento en la misma Constitución y la ley, precisamente cuando ellas les confieren a las autoridades administrativas en general, y en particular a éstas, poderes y funciones de policía administrativa que se ven concretadas en los Códigos de Rentas de los diferentes entes territoriales, donde se vé con claridad la tipificación como contravenciones de conductas constitutivas de fraude a la renta, como es el caso presente.

Los procesos que culminaron con las decisiones discutidas no hay la menor duda que se sujetaron estrictamente a los mandatos legales, resaltándose, como puede observarse en los cuadernos adjuntos, que los ahora demandantes intervinieron en todas y cada una de las actuaciones de instancia surtidas ante los funcionarios de Rentas, desde su iniciación y hasta su terminación, "ya haciéndose parte, ya pidiendo pruebas, ya contradiciendo las de la acusación, ya interponiendo recursos y finalmente, hasta sustentando los mismos en segundo grado. No hubo un momento de desamparo a las investigaciones".

Las argumentaciones contenidas en la demanda y referentes a la violación de las normas que allí se citan, no tienen respaldo en autos, porque la verdad es que "para llegar a tales asertos se hacía indispensable por lo menos probar, que el afectado Henry Neyra Marín, fué atropellado por la Administración Departamental (Jueces de Rentas) al no habérsele permitido ejercer su defensa, porque no se le permitió presentar sus descargos frente a los hechos imputados, porque no tuvo oportunidad de pedir pruebas, porque no las tuvo también para interponer recursos gubernativos (no se olvide que está determinado que las sentencias dictadas han sido consideradas como actos administrativos) y en resumen, porque no tuvo cómo contradecir la verdadera causa de la incautación de su mercadería".

A este respecto, cobra importancia el concepto del agente del Ministerio Público al observar que el actor actuó dentro del proceso como tercero incidentalista, habiendo allegado pruebas, interpuesto recursos y su apoderado intervino en las audiencias de juzgamiento, lo cual demuestra que no estuvo huérfano de defensa y de intervención en los dos procesos en su calidad de propietario del licor.

Si se analiza el contenido de las decisiones impugnadas, se advierte que se efectúo el análisis del material probatorio recaudado en las respectivas investigaciones contravencionales.

En suma, el actor fué sujeto de las investigaciones por fraude a las rentas, adelantada por funcionarios competentes, conforme a leyes preexistentes a los actos imputados y con la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio, esto es, sin que se hubiera infringido la ley, pues los Juzgados que expidieron los actos acusados actuaron en ejercicio de una facultad otorgada por disposiciones de carácter local.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Para impetrar la revocatoria de la sentencia apelada el apoderado del actor adujo, en síntesis, lo siguiente:

1o): El Magistrado Sustanciador no ha querido tocar el fondo del asunto, porque considera que de hacerlo así, sería convertirse en el funcionario de tercera instancia.

Precisamente las pretensiones de la demanda están encaminadas a pedir al Estado, a implorar a sus autoridades, que tutelen el derecho procesal como el derecho del asociado. En consecuencia, el Tribunal debió estudiar el proceso en su conjunto o integridad, porque en ese proceso está integrado no sólo el derecho adjetivo (procesal) sino el sustantivo, pues el adjetivo no es más que el motor que pone a funcionar la norma sustantiva.

Qué objeto tendría recurrir a la acción de restablecimiento del derecho, si no se van a estudiar todos los factores, los elementos que lo conforman, y los actos del hombre (Juez) que lo determinan?

2o): La sola interpretación literal del artículo 29 de la Constitución Política está diciendo que el debido proceso, no sólo es el control de la legalidad de los actos procesales sino de la norma de la ley sustantiva y de su aplicación correcta.

Qué importancia tiene, como en el caso presente, si el hecho no es típico ni antijurídico, que se observe la legalidad de las pruebas o se le permita intervenir al sindicado?

No es acertado el fallo impugnado porque con un análisis superficial en que sólo se limita a decir que se le permitió el derecho a intervenir al actor se reviste de legalidad un acto administrativo arbitrario, abusivo y erróneo debido a la impericia de los Juzgadores.

3o): El Tribunal a pesar de manifestar que estudiar a fondo el caso demandado sería convertirse en tercera instancia, sí sostiene que la actuación de los Jueces de Rentas estuvo ajustada a la ley, que se practicaron pruebas y que se le permitió actuar al actor. Para el recurrente esto es estudiar el caso en forma parcial y nó total, pues únicamente tocó los actos procesales formales, como es la intervención mediante apoderado del que presuntamente debía ser el sindicado del fraude, Henry Neyra Marín, para concluir diciendo que no se violó el debido proceso ni el derecho de defensa.

Para llegar a esa afirmación hay que profundizar en la demanda, en la cual hay claridad en las denuncias de las leyes y normas violadas y ese conjunto de normas violadas constituyen el debido proceso porque rodean el acto del tipo contravencional supuestamente violado.

No hay claridad en el fallo, porque si la conducta criminosa o contravencional investigada, como ocurre en el evento presente, no es típica ni antijurídica, por qué puede ser culpable si el fraude no existió, por qué puede haber sanción? Y ser legal esta sanción?

Para determinar esa culpabilidad hay que indagar si el hecho existió, si el acto fué ilícito y si es antijurídico.

Si en el presente caso no están los elementos para determinar la culpabilidad, entonces cómo justificar y aprobar e investir de carácter legal un acto como las sentencias, si están viciadas de nulidad.

Por lo anterior, se considera que el fallo no se ajusta a la verdad procesal y menos a la verdad ontológica que es la que se busca descubrir en los procesos.

El fallo impugnado justifica una actuación formal procesal de los Juzgados y dice que es legal.

El Juez se equivoca si se limita a un procedimiento legal formal y a pesar de que el hecho no es típico ni antijurídico establece una responsabilidad y sanciona.

Si el Juez con su inteligencia, errónea o dolosamente le dá el carácter delictual o contravencional a un acto o hecho, que realmente no lo es, no será justificada su conducta, ni legal su actuación ni valedero el acto que la ejecuta.

4o): El Tribunal, de acuerdo con el Agente del Ministerio Público, dice que aunque el Código de Rentas no contempla la figura del "Tercero Incidentalista" se le permitió actuar como tal a Henry Neyra Marín, garantizándole el derecho de defensa. Pero de acuerdo con el artículo 150 del C. de P.P., el tercero incidentalista es la persona que sin estar obligada a responder penalmente por el hecho punible, tenga un derecho económico afectado.

Si Henry Neyra Marín era el directo responsable de cometer el fraude a las rentas, si estaba obligado a responder y como tal debió estar vinculado al proceso y ser oído en indagatoria, se puede afirmar que se le permitió el derecho de defensa de una manera técnica? En el presente caso no ocurrió de esa manera pues presentó unos memoriales por intermedio de abogado, que el Juzgado no los tramitó como incidente, debiéndolo hacer de conformidad con el artículo 152 *ibídem*.

5o): El acto acusado está violando todos los preceptos contenidos en el artículo 84 del C.C.A., porque desconoce desde los mismos postulados del Código de Rentas hasta el artículo 29 de la Constitución Política.

Un acto es irregular cuando vá en contravía de la norma y la motivación es falsa, cuando se aparta de los hechos; y existe exceso de poder cuando, como en el presente caso, el Juzgador en lugar de interpretar la norma, se convierte en modificador de los legisladores.

Cómo pasar por alto estos desatinos, estas irregularidades con el pretexto de que la Corporación no puede ser "Autoridad de Tercera Instancia" cuando precisamente el artículo 84 del C.C.A. le está atribuyendo al Contencioso Administrativo las facultades de decretar la nulidad del acto demandado que esté violando la ley.

6o): En la sentencia debe haber concordancia entre los hechos, la prueba y la culpabilidad, y además debe tener ese ingrediente fundamental de la certeza. En el acto acusado no existe cita del artículo 286 del Código de Rentas que habla de presunción de fraude, sabiendo que el artículo 284 habla de certeza.

Se habla de relación de causalidad y los hechos demuestran lo contrario.

Absuelve a los presuntos contraventores y condena al tercero incidentalista con el decomiso de la mercancía. Acaso esto no es violar el debido proceso; condenar sin ser oído y vencido en juicio no es violar la Constitución Nacional; o será que quitarle un patrimonio a HENRY NEYRA MARIN no será una sanción?

7o): En la corrección de la demanda se solicitó con prueba pedir a la Fiscalía 12 de Pasto copia del proceso No. 20678, que por el delito de prevaricato cursa en contra de los Jueces de Rentas de Nariño, por las sentencias de autos. Se decretó la prueba pero no fué allegada al proceso.

Se aportó copia de la providencia que definió la situación jurídica de jueces y se pidió que en auto de mejor proveer, antes de fallar se tuviera en cuenta. Sin embargo, el Tribunal en el fallo nada dijo al respecto.

En esa providencia la Fiscalía dice que no hubo fraude a las rentas de Nariño y que tampoco había lugar al decomiso del aguardiente Cristal que se convirtió en bien del Departamento.

Si los hechos que dieron lugar a la investigación del Juzgado de Rentas, para la justicia penal no constituyen contravención, porque no hubo fraude, dado que el hecho no es típico ni es antijurídico. Constituirá fraude ante la Jurisdicción Administrativa? Esto es lo que no se ha detenido a estudiar el Honorable Tribunal Administrativo.

III. 1-. En el alegato de conclusión, con apoyo de las pruebas practicadas en la segunda instancia, se reitera por el apoderado del actor la solicitud de la revocatoria de la sentencia apelada.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA :

Los actos acusados declararon como bienes del Departamento de Nariño y, en consecuencia, dispusieron el decomiso de 41822 medias botellas y 6893 botellas de aguardiente Cristal, en virtud de las diligencias adelantadas en los sumarios Nos. 4420 y 4421.

Observa la Sala que la conducta que dió lugar a dicha sanción fué la consistente en no haberse obtenido permiso para almacenar la mercancía en tránsito, pues, de una parte, las normas invocadas como fundamento para la expedición de los actos acusados se refieren a la conducta de almacenar sin autorización y a la exigencia de permisos; y, de la otra, si bien es cierto que lo que originó la denuncia por parte de los funcionarios de Rentas, tanto en el sumario No. 4420 como en el

No. 4421, fué la incompatibilidad en los números de botellas de aguardiente que aparecían en las tornaguías y las existentes en las bodegas al momento del decomiso, también lo es que las explicaciones dadas por los representantes legales de las empresas transportadoras, en el sentido de que las tornaguías que presentaron amparaban un número mayor de botellas al encontrado porque éste correspondía a un saldo de un número mayor que ya había sido despachado parcialmente, no fueron desestimadas. Así se infiere claramente de las providencias de 21 de octubre de 1992, proferidas por el Juzgado Distrital de Rentas de Pasto dentro de los sumarios Nos. 4420 y 4421, en las cuales se dice: "... las pruebas que fueron presentadas oportunamente y que corresponden a las Tornaguías, éstas se refieren al tránsito de la mercancía, pero la Empresa no pudo presentar el permiso o el trámite ante las Autoridades del Resguardo de Rentas de Nariño, con las cuales se puede justificar la permanencia de este aguardiente en esas bodegas ..." (Folios 61 y 62 y 78 del cuaderno No. 3).

De la misma manera en las providencias 9 y 10 de noviembre de 1992, emanadas del Juzgado Superior de Rentas y Ejecuciones Fiscales del Departamento de Nariño, en los referidos sumarios se expresó que: "... Del estudio del proceso se determina claramente que los funcionarios de la Transportadora conocían que era obligatorio solicitar permiso a Rentas Departamentales e indican que con este cargamento no lo hicieron ..." para concluir que "los interesados en el caso *sub exámine* actuaron omisivamente y con culpa grave" (folios 61 y 72 *ibídem*).

Para la Sala ciertamente asistió razón al *a quo* en haber desestimado el cargo de violación del debido proceso fundamento en que el actor no se le oyó en indagatoria y sin embargo fué condenado o vencido en juicio. En efecto, a pesar de que formalmente nó se le citó a los procesos a rendir descargos, no en calidad de tercero incidental, como se reclama, pues por ser verdadera parte no posee tal calidad, lo cierto es que compareció a los mismos, tuvo oportunidad de dar sus explicaciones y éstas fueron estudiadas, como quiera que en las providencias de los Jueces Distrital y Superior de Rentas concretamente se hace referencia a ellas para concluir que al actor no demostró el permiso que se exige para la permanencia de la mercancía, por lo cual, a juicio de las autoridades departamentales de rentas, se violaron los artículos 13, 125, 133, 180, 231 y 286 del Código de Rentas del Departamento de Nariño.

Sin embargo, no acertó el Tribunal de instancia al considerar que no se puede efectuar un análisis de fondo porque ello implicaría constituirse en Juez de tercera instancia, ya que precisamente la función de esta Jurisdicción es esencialmente la de revisar las actuaciones de las autoridades administrativas, y particularmente cuando ellas versan sobre contravenciones administrativas, como las *sub exámine*,

se traduce en entrar al fondo del asunto, esto es, establecer si se configura o nó la tipicidad, juridicidad y culpabilidad en lo tocante a dichas infracciones, sin que ello de lugar en manera alguna a convertirse en una tercera instancia, dado que el ejercicio del control jurisdiccional es de naturaleza diferente a las instancias administrativas. Tan cierto es ello que puede invalidar o dejar sin efecto las decisiones adoptadas en éstas.

La perspectiva errada del a quo le impidió analizar el cargo que se fundamenta en que la exigencia del permiso no tiene respaldo legal alguno.

Para la Sala dicho cargo está llamado a prosperar. En efecto, el artículo 36 del Código de Rentas del Departamento de Nariño es claro en señalar que "Las bebidas alcohólicas destinadas a la exportación o en tránsito no serán objeto de gravamen. PARAGRAFO: Se tienen como bebidas alcohólicas en tránsito, las que no han llegado a la Entidad Territorial destinataria, donde serán objeto del respectivo gravamen, **pero estas mercancías deberán estar amparadas por su respectiva tornaguía de tránsito**" (Las subrayas son de la Sala).

Si bien es cierto que el artículo 180 *ibídem* consagra un permiso, previo el lleno de los requisitos de que trata el artículo 176, entre otros productos, para las mercancías en tránsito, no lo es menos que el mismo se refiere a los productos que TRIBUTEN A LAS RENTAS DE NARIÑO. Y habida cuenta que las bebidas alcohólicas en tránsito no pagan gravamen, es decir, no tributan a dicho Departamento, no puede afirmarse válidamente que este requisito sea exigible frente a tales mercancías.

Luego, forzoso es incluir que la conducta de almacenar sin autorización o permiso, en tratándose de bebidas alcohólicas en tránsito, tiene aplicación cuando no se cuente con la correspondiente tornaguía, que es el requisito que ampara dichos productos y, por ende, cuando el artículo 125 del referido Código de Rentas, que también se invoca en los actos acusados como fundamento para su expedición, prevé como conducta sancionable la de almacenar sin autorización, se está refiriendo al caso en que el tránsito de las bebidas alcohólicas no esté respaldado con la tornaguía, documento este que indica, entre otros aspectos, el destino de la mercancía, y sólo a falta de él es procedente presumir el fraude a las rentas, que, según las voces del artículo 286 del mismo Código, también invocado como sustento de los actos acusados, se presenta cuando se trata, entre otros productos, de licores, cuya introducción al territorio no se encuentre legalizada, esto es, respaldada por la correspondiente tornaguía.

Habrá pues la Sala de revocar la sentencia apelada, y, en su lugar, decretar la nulidad de los actos acusados.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, deberá el Departamento de Nariño reconocer en favor del actor, por concepto de daño emergente, la suma de $ 38.925.600.oo, que corresponde al valor de la mercancía decomisada y entregada al Fondo Rotatorio del Resguardo de Rentas de Nariño, según consta en las actas de entrega nos. 041 y 042 de 1o. de diciembre de 1992 (folios 276 del sumario No. 4420 y 95 del cuaderno No. 3), debidamente actualizada desde la fecha de entrega: 1o. de diciembre de 1992, hasta la de ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta el índice de precios al por mayor certificado por el DANE.

Dicha suma devengará el interés técnico legal del 6% anual (artículo 1617 del C.C.), durante el mismo lapso, a título de lucro cesante.

No tiene en cuenta la Sala para efectos de determinar el lucro cesante el dictamen pericial practicado por el a quo, obrante a folios 128 a 133 del cuaderno No. 2, habida cuenta que el mismo se limita a afirmar que es el resultado de averiguaciones realizadas sobre la ganancia en la venta al público del aguardiente Cristal, sin respaldo alguno que ofrezca credibilidad.

La misma censura cabe hacer respecto de la cuantía señalada por los señores peritos por concepto de daño emergente dado que no existe documento alguno que respalde los valores allí determinados a título de honorarios, capital de la compra del licor, viajes aéreos y pago de transporte del licor.

Estas consideraciones conducen a denegar la pretensión señalada en el literal d del petitum del libelo demandatorio ante la ausencia de prueba atendible al respecto.

En lo tocante a los perjuicios morales no se accederá a su reconocimiento por no haberse demostrado en el curso del proceso.

Finalmente, en cuanto concierne a la pretensión de repetir contra los funcionarios responsables del Departamento de Nariño, a que se contrae la parte final del literal e ibídem, también se despachará desfavorablemente como quiera que el actor no individualizó a los mismos en su demanda y por ello no fueron vinculados al 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:

REVOCASE la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone:

1o): DECRETASE la nulidad de las siguientes providencias: de 21 de octubre de 1992, proferidas en los sumarios nos. 4420 y 4421 por el Juzgado Distrital de Rentas del Departamento de Nariño; de 10 y 9 de noviembre de 1992, proferidas, en su orden, en los sumarios nos. 4420 y 4421 por el Juzgado Superior de Rentas y Ejecuciones Fiscales del mismo Departamento; y de 25 de noviembre de 1992, proferidas en los mismo sumarios por el Juzgado Distrital de Rentas antes mencionado.

2o): Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, deberá el Departamento de Nariño reconocer y pagar en favor del actor, HENRY NEYRA MARIN, por concepto de daño emergente, la suma de $38.925.600.oo, que corresponde al valor de la mercancía decomisada y entregada al Fondo Rotatorio del Resguardo de Rentas de Nariño, según consta en las actas de entrega nos. 041 y 042 de 1o. de diciembre de 1992, debidamente actualizada desde la fecha de entrega: 1o. de diciembre de 1992, hasta la de ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta el índice de precios al por mayor certificado por el DANE.

Dicha suma devengará el interés técnico legal del 6% anual (artículo 1617 del C.C.), durante el mismo lapso, a título de lucro cesante.

3o): DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

4o): Dése cumplimiento a esta sentencia en la forma prevista en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 16 de marzo de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

RECURSO DE APELACION. LICENCIA DE CONSTRUCCION. Régimen de Aplicación

La enumeración de las providencias susceptibles del recurso de apelación que consagra el artículo 181 del C.C.A. no es taxativa sino enunciativa. De tal manera que bien puede hacerse la remisión a las normas del Estatuto Procedimental Civil, pero en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de los procesos que corresponden a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como lo manda el artículo 267 del C.C.A. En tratándose de actos administrativos que conceden una licencia de construcción, la situación se gobierna por la Ley 9a. de 1989.

LICENCIA DE CONSTRUCCION. VECINOS INDETERMINADOS. NOTIFICACION. LITIS CONSORCIO NECESARIO. Inexistencia. **RECURSO APELACION.** Improcedencia

Si el acto administrativo que concede la licencia es perjudicial a algún vecino, éste puede interponer los recursos contra el mismo en la vía gubernativa y en caso de ser resueltos desfavorablemente acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, si a bien lo tiene. Bajo esta perspectiva, no se está en presencia de un litis consorcio necesario pues cada vecino tiene un derecho autónomo e independiente del otro y por lo mismo la providencia que dirime la controversia sólo se referirá a quien haya hecho uso del derecho de accionar y en la oportunidad que prevé el artículo 136 del C.C.A. El artículo 351 núm. 2o. del C. de P.C. es incompatible, en cuanto a la materia que ocupa la atención de la Sala, con las disposiciones que regula el C.C.A., ya que para éste sólo existe obligación de citar al proce-

so al tercero que tenga un interés directo en las resultas del proceso, que no es el caso de los vecinos indeterminados de un inmueble respecto del cual se haya otorgado una licencia de construcción, pues en relación con éstos, el derecho es autónomo e independiente y no todos pueden resultar afectados con el acto administrativo, motivo por el cual bien pueden no ejercer su derecho a accionar por no considerarse lesionados.

Consejero de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente : *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente No. 3212. Recurso de queja contra la providencia de 10 de octubre de 1994, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actora: Sociedad Andara Limitada y Otros.

Se decide el recurso de queja oportunamente interpuesto por el apoderado de la sociedad Promotora Gudavi Ltda., contra el proveído de 10 de octubre de 1994, proferido por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto rechazó el recurso de apelación presentado en forma subsidiaria contra el auto de 31 de agosto de 1993, por el cual el Magistrado ponente no accedió a llamar al proceso a los vecinos indeterminados.

I-. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El *a quo* rechazó el recurso de apelación que en forma subsidiaria interpuso el apoderado de la sociedad Promotora Gudavi Ltda contra el proveído de 31 de agosto de 1994, por el cual la Magistrada ponente no accedió a la petición de vincular al proceso a los vecinos indeterminados, por cuanto estimó que conforme al artículo 181 del C.C.A., sólo son apelables los autos proferidos por las Salas de Decisión allí enumerados y que contra los autos proferidos por el Magistrado ponente cabe bien el recurso de reposición o bien el de súplica, más no el de apelación.

II-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La inconformidad del recurrente descansa esencialmente en los siguientes argumentos:

1o): El artículo 181 del C.C.A. no enumera dentro de las providencias susceptibles del recurso de apelación el auto por medio del cual se niega la citación de los vecinos para conformar el litis consorcio de la parte actora.

Conforme lo expresó la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia de 19 de Octubre de 1984, aunque la enumeración parece taxativa, por la intención de la Comisión Asesora se debe afirmar que es meramente enunciativa y los vacíos deben llenarse con las normas del Código de Procedimiento Civil.

2o): Este Código en su artículo 351 numeral 2o. establece que también es apelable el auto que en primera instancia resuelve sobre la citación o la intervención de sucesores procesales o de terceros, o rechace la representación de alguna de las partes.

Es decir, por remisión al Código de Procedimiento Civil, la providencia recurrida es susceptible del recurso de apelación interpuesto.

III-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En el caso *sub exámine* se observa que la controversia que se suscita ante el *a quo* guarda relación con actos administrativos que concedieron una licencia de construcción (folio 4).

Según se lee en las providencias que se acompañan con el cuaderno contentivo del recurso de queja, el recurrente solicitó en escrito de 8 de julio de 1993 a la Magistrada conductora del proceso que vinculara al mismo a los vecinos indeterminados, es decir, que se conformara el litis consorcio por activa.

Mediante proveído de 31 de agosto del mismo año la citada Magistrada negó tal petición por cuanto consideró que no se habían determinado otros vecinos diferentes de los que confirieron poder para demandar y que conforman la parte activa.

Contra esta providencia el apoderado de la sociedad Promotora Gudavi Ltda interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación.

Finalmente, mediante proveído de 13 de Septiembre de 1994 la Magistrada conductora del proceso no repuso su proveído de 31 de Agosto de 1993 y dispuso que volviera el expediente al Despacho para resolver sobre el recurso subsidiario de apelación.

En proveído de 10 de octubre de 1994, el *a quo* rechazó dicho recurso y es éste el que es objeto del recurso de queja que ahora nos ocupa.

Para la Sala no existe duda alguna en cuanto a que la enumeración de las providencias susceptibles del recurso de apelación que consagra el artículo 181 del

C.C.A. no es taxativa sino enunciativa. De tal manera que bien puede hacerse la remisión a las normas del Estatuto Procedimental Civil, pero en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de los procesos que corresponden a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como lo manda el artículo 267 del C.C.A.

En este caso advierte la Sala que, en tratándose de actos administrativos que conceden una licencia de construcción, la situación se gobierna por la Ley 9a. de 1989.

Esta Ley en su artículo 65 le otorga un interés a los vecinos en la actuación administrativa y por ello exige que sean notificados personalmente en la forma prevista en los artículos 44 y 45 del C.C.A. y que la parte resolutiva del acto administrativo que concede la licencia de construcción se publique en un periódico de amplia circulación en el municipio donde se encuentre ubicado el inmueble objeto de la licencia a fin de que los vecinos puedan hacer valer sus derechos en caso de que con aquel se afecten sus intereses.

Esto significa que si el acto administrativo que concede la licencia es perjudicial a algún vecino, éste puede interponer los recursos contra el mismo en la vía gubernativa y en caso de ser resueltos desfavorablemente acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, si a bien lo tiene.

Bajo esta perspectiva, no se está en presencia de un litis consorcio necesario pues cada vecino tiene un derecho autónomo e independiente del otro y por lo mismo la providencia que dirime la controversia sólo se referirá a quien haya hecho uso del derecho a accionar y en la oportunidad que prevé el artículo 136 del C.C.A.

Siendo ello así, bien puede afirmarse que el artículo 351 numeral 2o. del C. de P.C. es incompatible, en cuanto a la materia que ocupa la atención de la Sala, con las disposiciones que regula el C.C.A., ya que para éste sólo existe obligación de citar al proceso, que no es el caso de los vecinos indeterminados de un inmueble respecto del cual se haya otorgado una licencia de construcción, pues en relación con éstos, como ya se dijo, el derecho es autónomo e independiente y no todos pueden resultar afectados con el acto administrativo, motivo por el cual bien pueden no ejercer su derecho a accionar por no considerarse lesionados.

Finalmente, cabe tener en cuenta que quien debe resolver la petición de vincular a personas indeterminadas al proceso es el Magistrado conductor del mismo y

contra dicha petición, que es de carácter interlocutorio, únicamente procede el recurso ordinario de súplica.

De tal suerte que al haberse interpuesto el recurso de reposición, que no era viable porque la providencia no la profirió la Sala, y subsidiariamente el de apelación, que tampoco era procedente porque en este caso resulta incompatible con la naturaleza de los procesos que corresponden al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la regulación a que se contrae el artículo 351 numeral 2o. del C.de P.C., concluye la Sala que estuvo bien denegada la concesión de este último 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:

DECLARASE bien denegado el recurso de apelación interpuesto contra el proveído de 31 de Agosto de 1993. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 16 de Marzo de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO ADMINISTRATIVO. TECNICO ELECTRICISTA. Ejercicio Profesional. INGENIERIA. Ejercicio Profesional. EMPRESAS DE ENERGIA-Reglamento. SERVICIO PUBLICO DE ELECTRICIDAD

Tanto el memorando como el oficio no constituyen actos administrativos, toda vez que si bien en ellos la administración exterioriza su concepto u opinión " desde el punto de vista técnico" sobre el alcance del ejercicio de la profesión de Técnico Electricista con base en el análisis de las disposiciones legales que se citan en sus textos, en los mismos no se adopta decisión alguna que produzca mutaciones en el régimen jurídico del país, es decir, de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas con carácter ejecutorio, ya que el hecho de consignar la recomendación que " ... dentro de la responsabilidad que tienen las empresas del sector de garantizar un servicio confiable y seguro a los usuarios de la electricidad, en sus reglamentos internos para la prestación del servicio se debe establecer con claridad cuando exigir planos de diseño, memorias de cálculo, dirección e interventoría de proyectos por parte de ingenieros y qué tipo de trabajos se pueden confiar a los técnicos electricistas, sin que se requiera del aval de un ingeniero", en ningún momento implica que dicha recomendación, por su propia naturaleza, deba materializarse por parte de las empresas prestatarias del servicio eléctrico de acuerdo con los parámetros expresados en el concepto, sino simplemente, considera la Sala, persigue como finalidad ilustrar su criterio para la adopción de los respectivos reglamentos de servicio en materia de trabajos a ser realizados por parte de ingenieros y de técnicos electricistas, éstos últimos que dado el caso y en lo pertinente, así como las aplicaciones individuales, si serían susceptibles de enjuiciamiento jurisdiccional y eventualmente anulables en la medida en que se evidencie el desconocimiento de las normas que se invoquen en la demanda que llegare a presentarse.

CONCEPTO. ACTO ADMINISTRATIVO. Inexistencia. **CONTROL JURISDICCIONAL.** Improcedencia. **DEMANDA.** Ineptitud.

No era procedente la expedición de la Resolución acusada con calidad de acto administrativo por cuanto la solicitud que le dió origen tendía a cuestionar la legalidad de conceptos que carecían de la naturaleza de actos administrativos y, por lo mismo la citada resolución, a pesar de su presentación formal, no constituye acto administrativo pues se limita a acoger distintas opiniones expresadas por otras depedencias del Estado y por entidades particulares, como fundamento para " negar la revocatoria directa" del Memorando y Oficio cuya nulidad se solicita, sin adoptar ninguna otra decisión que tenga la virtualidad de producir efectos jurídicos autónomos. En consecuencia, al no ser los actos acusados objeto pasivo de control jurisdiccional, ello imposibilita a la Sala para conocer de las pretensiones anulatorias formuladas en su contra y conduce indefectiblemente a que en la parte dispositiva de esta providencia se declare la inhibición frente a la demanda planteada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.
Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cinco

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia.: Expediente No. 2667. Actor : Felipe Sepúlveda Oviedo y otros.

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 ciudadanos Felipe Sepúlveda Oviedo, Jesús Antonio Cacua Portilla y Luis Ángel Torres Gómez, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra el Memorando No. 027385 de 10 de Febrero de 1993 de la División de Energía Eléctrica del Ministerio de Minas y Energía; el Oficio No. 53028028 de 17 de Febrero de 1993 de la Jefatura de la División Legal de Energía Eléctrica de la misma entidad; y la Resolución No. 3-1626 de 3 de Septiembre de 1993 proferida por el Ministerio de Minas y Energía.

ANTECEDENTES

a.- Las pretensiones de la demanda

La demanda instaurada busca la nulidad de los actos citados y que se comunique tal decisión a todas y cada una de las empresas electrificadoras del país, para que se abstengan de aplicarlos.

b.- Los actos acusados

Ellos son los siguientes:

1o. El Memorando No. 027385 de 10 de Febrero de 1993, por medio del cual se limitó a la profesión de técnicos en electricidad a " ... desempeñar trabajos bajo la dirección y vigilancia de ingenieros electricistas y/o a colaborar en los trabajos de estudio y perfeccionamiento de instalaciones y equipo eléctrico, pero en ningún momento la autorizan a realizar diseños sin la dirección y responsabilidad del Ingeniero" y dispuso que las empresas del sector para garantizar un servicio confiable y seguro a los usuarios, en sus reglamentos internos deben " ... establecer con claridad cuando exigir planos de diseño, memorias de cálculo, dirección e interventoría de proyectos por parte de ingenieros y qué tipo de trabajos se puedan confiar a los técnicos electricistas, sin que se requiera del aval de un ingeniero" .

2o. El Oficio No. 53-028028 de Febrero 17 de 1993, a través del cual se transcribe el Memorando No. 027385 de 10 de Febrero de 1993.

3o. La Resolución No. 3-1626 de 3 de Septiembre de 1993, por medio de la cual se niega la revocatoria directa de los actos descritos en los numerales 1o. y 2o.

c.- Los hechos de la demanda

Los hechos que citan los actores como fundamento de sus pretensiones son, en forma resumida, los siguientes:

1o.- La Ley 19 de 24 de Enero de 1990 reglamentó en todo el territorio nacional la profesión de técnico electricista, entrando a regir desde la fecha de su sanción y derogando las disposiciones que le fueran contrarias.

2o.- Habiendo sido demandada su constitucionalidad, fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia No. C-177/93 de 6 de Mayo de 1993, salvo los siguientes apartes del literal b) del artículo 3o.: " Por el término de (2) dos años contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley; y " ... expedidos por empresas y, en general, personas jurídicas de carácter público o privado relacionadas directamente con las actividades de la construcción o la ingeniería eléctrica" .

3o.- La Ley 19 de 1990 fue reglamentada mediante el Decreto No. 991 de 12 de Abril de 1991, habiendo sido demandada su nulidad en el proceso No. 2120,

Consejero Ponente Dr. Miguel González Rodríguez, denegándose las súplicas de la demanda, salvo en lo que se refiere al parágrafo del artículo 23 que disponía: " Se exceptúan de lo establecido en el presente artículo los Ingenieros Electricistas" .

4o.- La susodicha ley reguló íntegramente y en todo el territorio nacional la profesión de técnico electricista y expresó claramente que se ejercería a nivel medio o como auxiliar de ingenieros electricistas o similares, sin ninguna otra limitación.

5o.- Los artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto Reglamentario No. 991 de 1991 señalaron respectivamente, qué se entiende por ejercicio de la profesión de técnico electricista a nivel medio; que la realización de actividades y labores relacionadas con el estudio y las aplicaciones de la electricidad que requieren la dirección, coordinación y responsabilidad de los ingenieros electricistas constituyen el ejercicio de la profesión de técnicos electricistas como auxiliares de los ingenieros electricistas, sin precisar cuáles; y la relación de una serie de actividades que el técnico electricista puede ejercer independientemente y bajo su absoluta responsabilidad (Clases TE-1, TE-2, TE-3, TE-4, TE-5 y TE-6), así como la única actividad que ha de ejercer bajo la dirección, coordinación y responsabilidad del ingeniero electricista o similar: la clase AUX.

6o.- No obstante que las normas anteriormente citadas no estatuyen para el técnico electricista la prohibición de diseñar, calcular y hacer especificaciones, el Ministerio de Minas y Energía mediante el memorando acusado de nulidad, sostiene, estableciendo limitaciones no previstas por el legislador, que los profesionales técnicos electricistas no están autorizados para realizar diseños, y exige que éstos a nivel medio sean hechos por los ingenieros electricistas y bajo su responsabilidad y dirección. Agrega que la entidad demandada apoya lo anterior errónea y falsamente sobre la base de que la ley que reglamentó la profesión de técnico electricista " ... guardó relación con el alcance dado a las profesiones del ingeniero en el artículo 1o. de la Ley 64 de 1978 y en particular el Ingeniero Electricista en la Ley 51 de 1986, en las cuales se expresa relación con la " Clasificación Internacional de Ocupaciones" de la Oficina Internacional del Trabajo adoptada para el país mediante la Resolución 1186 de 1970 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que se conoce como la " Clasificación Nacional de Ocupaciones" .

7o.- Así mismo, el Ministerio de Minas y Energía delegó en las empresas electrificadoras la facultad legislativa de reglamentar las profesiones, no mediante ley, sino a través de los estatutos o " ... reglamentos internos para la prestación del servicio ..., estableciendo cuándo exigir planes de diseño, memorias de cálculo,

dirección e interventoría, de proyectos por parte de ingenieros y qué tipo de trabajos se pueden confiar a los técnicos electricistas, sin que se requiera del aval de un ingeniero", que son limitaciones al derecho del trabajo y a aspectos no previstos en la ley.

8o.- El memorando impugnado fue transcurrido por la Jefe de la División Legal de Energía Eléctrica y remitido a las electrificadoras de Santander, Tolima y otras, así como a la Federación Nacional de Técnicos Electricistas y Afines de Colombia "FENALTEC", causando graves, injustificados e irreparables perjuicios a los técnicos electricistas, usuarios y comunidad en general, como que su trabajo se vió limitado al no recibírseles los diseños (proyectos, planos) y memorias de cálculo elaborados por ellos desde hace más de 50 años.

9o.- Mediante escrito de 9 de Marzo de 1993 se solicitó al Ministerio de Minas la revocatoria del memorando y oficio impugnados, siendo denegada dicha solicitud a través de la Resolución No. 3-1626 de 1993, sin tenerse en cuenta los argumentos de la petición y fundándose en la recomendación del "Consejo de Apoyo Jurídico" reunido el 2 de Julio de 1993 que dice que "... el diseño eléctrico será ejercido únicamente por los Ingenieros Eléctricos y no por los Técnicos Electricistas".

Dicho Consejo está conformado por representantes de las diferentes empresas electrificadoras del país y no forma parte de la Administración por no estar integrado totalmente por funcionarios del Ministerio de Minas y Energía.

10o.- La resolución acusada transcribe apartes de conceptos proferidos por ingenieros electricistas solicitados por el Ministerio de Minas y desconoce los aportados por los solicitantes, tales como los emitidos por el Ministerio de Educación Nacional y la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

11o.- Apoyado en el artículo 1o. del Decreto 991 de 1991 concluye la entidad demandada falsa y erróneamente, que por no estar determinado en dicho decreto que el técnico electricista pueda diseñar ello significa que es una actividad asignada "... única y exclusivamente a los Ingenieros Electricistas".

12o.- Además la entidad demandada erróneamente interpreta la Constitución Nacional, al afirmar que no le es dable al ministerio conocer lo que la ley no permite expresamente, como si las disposiciones permisivas debieran constar siempre por escrito y no las prohibitivas, olvidando que a los particulares les está permitido hacer lo que la Constitución y la ley no les prohibe expresamente, a tiempo que a los funcionarios públicos sólo les está permitido hacer lo que las

leyes les dice, respondiendo por el incumplimiento de ellas y por la omisión o extralimitación de funciones.

13o.- La resolución acusada cita las causales de revocación directa sin mayor comentario y de manera simplista concluye que " ... Los actos atacados no están en oposición a la Constitución Política ni a la ley ni dentro de las demás causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo" .

d.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación.

Los demandantes consideran que los actos acusados incurren en varias causales de anulación, así: (fls. 178 a 193)

Primer cargo.- Incompetencia. Conforme a la sentencia de la Corte Constitucional de 6 de Mayo de 1993, sólo el legislador está autorizado por la Carta Política para reglamentar el ejercicio de una profesión. Tal competencia la deriva la Corte del artículo 26 de la Carta Fundamental.

Por lo anterior, la Jefatura de la División de Energía Eléctrica y de la División Legal de Energía Eléctrica del Ministerio de Minas y Energía, al establecer la prohibición a los técnicos electricistas para diseñar sus obras eléctricas a nivel medio, usurparon la competencia del Congreso de la República pues dichos funcionarios administrativos son incompetentes para asumir labores y atribuciones legislativas.

El Gobierno Nacional mediante el Decreto 991 de 1991 ejerció respecto a la Ley 19 de 1990 la facultad reglamentaria estatuida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, decreto que fue declarado ajustado a la Carta Magna en sentencia del Consejo de Estado de 14 de Diciembre de 1992, de donde se colige que no le asiste competencia a los funcionarios subalternos del Ministerio de Minas ni al Ministro para hacer reglamentaciones como las acusadas, siendo por este aspecto también anulables los actos acusados.

Lo mismo es predicable frente a la delegación efectuada a las empresas electrificadoras, toda vez que la facultad para reglamentar las profesiones es del resorte exclusivo del legislador y la de reglamentar las leyes es competencia exclusiva del Ejecutivo Nacional, por lo que no podrá delegarse lo indelegable y menos si se carece de competencia.

Segundo cargo.- Falsa motivación. Los actos acusados incurren en errores de interpretación de la Ley 19 de 1990, constitutivos de falsas motivaciones, así:

a.- Dice que la ley del profesional técnico electricista al definirlo " guardó" relación con el alcance de las profesiones del ingeniero y en particular con la del ingeniero electricista reglamentadas por las Leyes Nos. 64 de 1978 y 51 de 1986, lo cual no es cierto.

b.- Al leer el texto del artículo 1o. de la Ley 19 de 1990, no se encuentra ninguna alusión a las leyes de la ingeniería antes citadas.

c.- A igual conclusión se llega si se miran los antecedentes legislativos que dicen: " Desde el año 1900 se conoció la electricidad en Colombia y han sido los profesionales Técnicos Electricistas quienes han ejecutado directamente el mayor número de obras de instalación de plantas de generación, de redes de transmisión, redes de distribución, instalaciones industriales, comerciales y residenciales; obras realizadas por unos pioneros que se graduaron en la práctica a base de superar los inconvenientes que se presentaron con una profesión desconocida y con el ánimo de llevar al desarrollo eléctrico al país y transmitiendo sus conocimientos a sus descendientes.

La Empresa de Energía Eléctrica del país en sus reglamentos y resoluciones ha limitado el trabajo del profesional técnico electricista, violando con ésto la Constitución Nacional que ampara el derecho al trabajo y a la escogencia de una profesión u, oficio..." (Sustentación de motivos transcrita por el Señor Procurador General de la Nación en su concepto de constitucionalidad de la Ley 19 de 1990).

d.- Ninguna alusión se hace a las leyes de la ingeniería, pues el legislador reglamentó la profesión de Técnico Electricista para impedir que se siguiera violando la Constitución Nacional.

e.- La Ley 51 de 1986 que reglamentó la profesión de ingeniero electricista y afines, si hace alusión a la Resolución No. 1186 de 1970 del Ministerio de Trabajo, pero debe observarse que aunque se trata de otro profesional de la electricidad, dicha ley es específica de los ingenieros y no se aplica a los técnicos electricistas, pues para éstos rige la Ley 19 de 1990.

f.- La Ley 19 de 1990 al contemplar todos los aspectos de la profesión de técnico electricista (definición, requisitos, matrícula, autoridad de inspección y vigilancia, ejercicio legal, sanciones, etc.), derogó la Resolución No. 1186 de 1970 en lo referente a los técnicos electricistas y en particular el numeral 0-34 que subordinaba el técnico al ingeniero, por lo que hoy se habla en tratándose de electricistas, de dos profesionales independientes: el ingeniero y el técnico electricista, pudiendo este último colaborar con aquel como su auxiliar en labores propias de la

ingeniería, es decir, en aquellas labores que no están contempladas en la Ley 19 de 1990 y en particular en el artículo 3o. del Decreto 991 de 1991.

g.- La Resolución No. 1186 de 1970 contemplaba al profesional, al técnico y a los trabajadores, empero tratándose de electricistas y en virtud de la ley, el técnico electricista fue elevado al grado de profesional y por ende las categorías aludidas se redujeron a dos: los profesionales y los trabajadores. Los profesionales comprenden a los ingenieros y a los técnicos electricistas.

h.- En virtud de la ley se derogó la supeditación del técnico electricista y sólo cuando actúa en labores propias de la ingeniería, es decir cuando es auxiliar del ingeniero (clase AUX), depende de la dirección, coordinación y responsabilidad de él.

i.- En lo que toca al diseño, la ley no estableció prohibición alguna. En consecuencia, el técnico electricista puede diseñar sus propios trabajos en el ejercicio a nivel medio como lo sostienen el Ministerio de Educación y la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

j.- El diseño o proyecto es consustancial con el estudio de la electricidad para su posterior aplicación. Además, no se explica cómo antes el técnico electricista podía hacer sus propios diseños y ahora no, ni que habiendo recibido los conocimientos técnicos pertinentes al diseño, no los pueda aplicar.

k.- Al proceder en sentido contrario se desconoce lo expuesto por el legislador en la sustentación de motivos y la realidad, pues son muchos los técnicos que han presentado sus diseños o proyectos y obtenido la aprobación, como se puede comprobar con las certificaciones de las empresas electrificadoras.

l.- Desde 1900 los técnicos electricistas vienen ejerciendo la profesión y haciendo sus propios proyectos o diseños, razón por la cual el Ejecutivo incurre en falsa autorización, pues sólo el legislador la puede establecer y mientras tanto está permitido lo que no se encuentre expresamente prohibido en la ley.

m.- La electricidad es una ciencia que ofrece un riesgo social y en tal virtud compete al legislador su reglamentación, como en efecto lo hizo mediante la Ley 19 de 1990. Es cierto lo manifestado en la resolución acusada en lo relacionado con la garantía y seguridad del servicio, pero no es cierto que ello sea facultad de las empresas electrificadoras sino que es potestad del legislador a quien compete entre otras, la exigencia de títulos de idoneidad y el establecimiento de requisitos básicos como lo hizo en la ley.

n.- Se incurre en falsa motivación al establecerse la obligación de las empresas para que en sus reglamentos determinen cuándo exigir planos elaborados por ingenieros y qué tipos de trabajos se pueden confiar a los técnicos electricistas, pues como quedó establecido, ello se hizo mediante la Ley 19 de 1990 y su Decreto Reglamentario 991 de 1991, amen de que la facultad legislativa y la potestad reglamentaria de la ley no compete ni a los funcionarios administrativos ni a las empresas electrificadoras.

ñ.- El Ministerio de Minas para ratificar las autorizaciones o concesiones hechas, o la prohibición de diseño estatuidas en los actos acusados, no puede fundarse en una recomendación del " Consejo de Apoyo Jurídico" , pues no es un organismo del Estado ni está integrado en su totalidad por funcionarios del sector central, por lo que si se les consultó su recomendación no tiene fuerza vinculante ni es obligatoria su observancia.

o.- Alude la resolución impugnada al artículo 26 de la Carta Política. El ejercicio del derecho consagrado en este artículo e interpretado en conexión con el conjunto de principios y derechos que en aquella se consignan, se encuentra protegido por las mismas garantías que protegen el derecho al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad y en general por los principios de libertad e igualdad que dan contenido a estos derechos.

Al reglamentar una profesión, el legislador no puede exigir requisitos que vulneren el principio de igualdad o que restrinjan más allá de lo necesario el acceso a un trabajo o que impongan condiciones exageradas o poco razonables.

p.- Tanto la resolución como la recomendación del " Consejo de Apoyo Jurídico" contradicen la Constitución al infringir el principio de igualdad (artículo 13 de la Constitución Nacional) y el propio artículo 26, pues funcionarios de la Administración descentralizada asumen posiciones legislativas, y de contera establecen requisitos para un tipo de profesionales desconociendo que es facultad del legislador, luego no es cierto que el memorando esté plenamente ajustado a las normas, como lo dice la demandada.

q.- El que el decreto reglamentario no haya establecido expresamente la palabra diseño no significa que se le pueda cercenar a los técnicos electricistas la facultad de diseñar y otorgárseles única y exclusivamente a otra profesión, por el sólo hecho de tener mayor formación académica.

r.- Yerra el ministerio cuando afirma que no puede conceder lo que la ley no permite expresamente, ya que el principio opera al contrario: a los particulares les

está permitido hacer lo que la ley expresamente no les prohibe, mientras que los funcionarios sólo pueden hacer lo que las leyes les permiten, respondiendo por la infracción de la Constitución y la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6o. C.N.).

s.- No es cierto que los conceptos recaudados por el Ministerio correspondan a lo considerado por el mismo, ya que desechó sin motivación alguna los conceptos del Ministerio de Educación Nacional, de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de la presidencia del CONTE, única autoridad creada por ley para la inspección y vigilancia de la profesión de técnico electricista. El ministerio toma solamente algunos conceptos proferidos incluso por ingenieros electricistas, quienes aprovechando los errores de interpretación anotados quieren suprimir de un tajo e ilegalmente una actividad propia de ellos y de otros profesionales (técnicos electricistas), privando a éstos de algo que siempre han hecho a su nivel (medio).

Tercer cargo.- Desviación de poder. Compete al Ministerio de Minas y Energía trazar la política energética del país como máxima autoridad del sector eléctrico.

La inspección y vigilancia de las profesiones del ramo está adjudicada por el legislador al Consejo Profesional de la Ingeniería (Ley 51 de 1986 para los ingenieros electricistas) y al Consejo Nacional de Técnicos Electricistas - CONTE (artículo 4o. Ley 19 de 1990 para los técnicos electricistas).

Dicha Ley 19 autoriza al Ministerio de Minas y Energía la expedición de la matrícula con base en una solicitud elevada y estudiada por el CONTE para decidir sobre la suspensión o cancelación de la misma.

Tales atribuciones fueron usadas indebidamente por la entidad demandada con desviación, al pretender legislar sobre la profesión de técnico electricista, conceder autorizaciones e imponer requisitos y prohibiciones como las contenidas en los actos demandados.

Lo anterior indica que el Ministerio de Minas incurrió en una extralimitación de funciones que vicia de nulidad los actos impugnados.

Cuarto cargo.- Violación de la Constitución y la ley. A más de los artículos 6o., 26 y 189 de la Constitución Política, los actos acusados vulneran los siguientes:

a.- Artículo 1o. que señala que Colombia es un Estado de Derecho habiéndose quebrantado al desconocer las normas en que debían fundarse los actos demandados.

b.- El artículo 2o. por cuanto en vez de proteger los derechos al trabajo y a escoger profesión u oficio, atentó contra ellos al establecer limitaciones que sólo el legislador puede hacer.

c.- El artículo 3o. ya que los actos impugnados le dan mayor jerarquía normativa a la Resolución No. 1186 de 1970 del Ministerio del Trabajo que a la Ley 19 de 1990.

d.- El artículo 13 al establecer disquisiciones y diferencias no estatuidas en la ley, e inclinar la protección estatal hacia los ingenieros electricistas en perjuicio de los técnicos electricistas.

f.- El artículo 16 que establece el libre desarrollo de la personalidad, al subordinar un profesional a otro simplemente por tener mayor formación académica, desconociendo su propia ley y la ley del técnico electricista que lo elevó a la categoría de profesional nivel medio con absoluta autonomía y responsabilidad.

g.- Los artículos 25 y 26 que tutelan los derechos al trabajo y a escoger profesión, y una vez escogida a ejercerla, por lo que al establecer sin competencia alguna limitaciones, impide que se siga trabajando como se venía haciendo, y mengua los ingresos.

h.- El artículo 29 que consagra el derecho de defensa, ya que no se tuvieron en cuenta para nada las argumentaciones hechas por los demandantes y se hace escasa alusión de las peticiones y a lo concertado entre el Ministerio de Minas, la Asociación de Ingenieros " ACIEM" y los técnicos electricistas, en el sentido que éstos si podían diseñar sus propios trabajos para lo cual se requería acreditar idoneidad.

i.- Se violó igualmente la Ley 19 de 1990 al hacerle decir cosas no previstas en su texto y contenido, al desconocer lo en ella dicho y al desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, pues se le dió el carácter de ley o de interpretación con autoridad, a pasajes claros de la misma ley, presumiendo oscuridad o vagaje e imputándole omisiones a unas interpretaciones muy subjetivas amañadas en favor de la ingeniería y violatorias de la ley y la Constitución Política.

Por último afirma que se le da a una resolución el mismo nivel de una ley sin sujeción al orden jerárquico, desconociendo que la ley posterior prima sobre la anterior, así como el principio de favorabilidad que consagra la Constitución Política.

e.- Las razones de la defensa

El Ministerio de Minas y Energía expuso en la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión, los siguientes razonamientos para su defensa (fls. 289 a 297 y 642 a 647):

Respecto de los hechos acepta como ciertos algunos, solicita se prueben otros y afirma que el Decreto Reglamentario No. 991 de 1990 en su artículo primero, que señala todas las actividades de los técnicos electricistas a nivel medio, no le otorgó a éstos lo relativo a diseños, planos, memorias de cálculo, dirección e interventoría de proyectos.

Añade que lo anterior se confirma con lo expuesto por el Consejo de Estado, Sección Primera, expediente No. 2144, Consejero Ponente, Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, en providencia de 2 de Julio de 1993:

> " Del señalamiento de funciones antes transcritas se deduce que las actividades de colaboración, preparación, estudio y análisis, vigilancia e instrucción que señala el artículo 1o. acusado con formas de ejercicio a nivel medio de la profesión de técnico electricista, deben desempeñarse bajo la dirección y vigilancia de un Ingeniero Electricista, lo cual descarta la preparación que pretenden ver los demandantes y, por tal razón, la transgresión del artículo 1o. de la Ley 51 de 1986, además de que éste sólo regula las actividades de los Ingenieros Electricistas". En lo que toca con la Resolución No. 1186 de 1970 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sostiene que sus numerales 0-23 y 0-34 definen plenamente el alcance de las profesiones de ingeniero y del técnico de electricidad, limitando a éste último a desempeñar trabajos bajo la dirección y vigilancia de ingenieros electricistas y/o colaborar en los trabajos de estudio y perfeccionamiento de instalaciones y equipo eléctrico, sin que lo autorice a realizar diseños sin la responsabilidad y dirección del ingeniero.

Agrega que lo expuesto guarda estrecha relación con lo expresado por esta Corporación el 14 de Diciembre de 1992, dentro del expediente No. 2120, Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez:

> " Observa la Sala que la Ley 19 de 1990, que reglamenta la profesión de Técnico Electricista, expresamente al definir en su artículo 1o., lo que debe entenderse por tal, prevé que dicha persona pueda ejercer su profesión a nivel medio o como Auxiliar de los Ingenieros Electricistas. De tal suerte que, el Decreto 991 de 1991, no hace más que precisar las actividades que a nivel medio o como auxiliar puede desempeñar el técnico electricista requiriéndose para el último caso de la dirección, coordinación y responsabilidad de los in-

genieros electricistas. No asiste pues razón a la actora cuando afirma que la Ley 19 de 1990, no hizo tal distinción pues como ya se dijo la citada ley consagra dos modalidades. Por lo anterior no se advierte la violación aducida por exceso en la potestad reglamentaria".

De otra parte, argumenta que las empresas del sector eléctrico por razones de responsabilidad y en aras de garantizar un servicio confiable y seguro a los usuarios o a la comunidad, deben establecer en sus reglamentos internos qué tipos de trabajos se les puede confiar a los ingenieros electricistas y a los técnicos electricistas, y cuáles a estos últimos sin el aval de los primeros, siguiendo unos parámetros cuales son su mayor o menor grado de formación intelectual.

En cuanto a los cargos atribuidos a los actos acusados señala que éstos no fueron proferidos por los funcionarios del Ministerio de Minas y Energía con el fin de usurpar la competencia y tomarse atribuciones legislativas que sólo le atañen al Congreso de la República, pues fueron emitidos y ajustados a la luz de la Constitución y la ley.

Respecto del memorando impugnado proferido por la Jefe de la División de Energía Eléctrica señala que se observa con transparencia tanto en la Resolución No. 1186 de 1970 como en el Decreto 991 de 1991 reglamentario de la Ley 19 de 1990, que dentro de las actividades que puede realizar el técnico electricista no aparece comprendida la de los diseños de obras eléctricas a su nivel, de donde se colige que la autoridad que profirió el acto no está limitado o prohibiendo nada distinto acerca de lo que la ley autoriza en materia de actividades de los técnicos electricistas.

El Jefe de la División Legal no quiso reglamentar la profesión de técnico electricista; por razones de responsabilidad en la prestación del servicio, las empresas del sector eléctrico deben hacer uso de los reglamentos internos estableciendo los tipos de trabajo que se pueden confiar a los técnicos electricistas, dependiendo de su formación intelectual.

En cuanto a la falsa motivación aducida, afirma que no es cierto que la Ley 19 de 1990 haya derogado la Resolución No. 1186 de 1970 y en particular el numeral 0-34 que subordina el técnico al ingeniero, por cuanto el artículo 13 de la primera de las citadas deroga las disposiciones que le sean contrarias, no siendo la Resolución 1186 de 1970 contraria pues clasifica nacionalmente las ocupaciones y manifiesta la supeditación del técnico electricista al profesional ingeniero electricista. Añade que no es cierto que en virtud de la ley el técnico electricista haya sido elevado al grado de profesional.

Precisamente por ser la electricidad una ciencia que ofrece un riesgo social (como lo reconocen los actores), la Ley 19 de 1990 y el Decreto 991 de 1991 no autorizan a los técnicos electricistas a realizar diseños en obras eléctricas.

Acerca de la desviación de poder alegada, señala que el Ministerio de Minas y Energía representado en sus funcionarios, no tomó ninguna atribución contraria a la ley ni pretendió legislar sobre la profesión de técnico electricista, conceder autorizaciones o imponer requisitos y prohibiciones como lo afirman los actores, sino que simplemente ajustó sus actos a la Constitución y a la ley.

Respecto de la violación de los artículos 6o., 26 y 189 de la Carta Política, considera que ella no se presenta por cuanto el cargo que se indica parte de un presupuesto fáctico erróneo, en razón a que los actos impugnados se desarrollaron y elaboraron de conformidad con la Resolución 1186 de 1970, la Ley 19 de 1990 y el Decreto Reglamentario No. 991 de 1991: porque los actos acusados no están prohibiendo ni limitando el libre ejercicio de escoger profesión, ni exigiendo títulos, advirtiéndose si, que la prestación de un excelente, eficaz y seguro servicio debe hacerse por personas capaces y con formación académica suficiente; y porque el Ministerio de Minas no se ha atribuido funciones distintas a las de su cargo y mucho menos las que taxativamente le corresponden al Presidente de la República.

Por último, en su alegato de conclusión ratifica lo expuesto en la contestación de la demanda y trae a colación la consulta " sobre el ejercicio en la profesión de Técnico Electricista y la naturaleza jurídica y funciones del Consejo Nacional de Electricistas", radicada bajo el No. 622 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Dr. Javier Henao Hidrón del 24 de Agosto de 1994 y en la que se consideró:

> " 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".

f.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto del 11 de Noviembre de 1993 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite correspondiente y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados (fl. 214).

Por auto visible a folio 266 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por la parte actora, que cumplían con los requisitos legales exigidos.

Dentro del término para alegar de conclusión, hicieron uso de tal derecho la parte demandante (fl. 648) y la parte demandada (fl. 642).

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación expresa que existe legislación especial no sólo respecto del ejercicio de cada actividad que pueda ser desarrollada por el técnico electricista, sino del título que acredita su idoneidad y de la matrícula que deben obtener para ejercerla (artículos 3 a 8 del Decreto No. 991 de 1990).

Agrega que la entidad que suscribió el memorando acusado no es competente para hacer consideraciones diferentes a las prescritas por la legislación citada y trae a colación el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 15 de Septiembre de 1975, Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica:

> " ... Ha de recordarse que en el Estado de derecho repugna al espíritu del derecho público el criterio de la analogía, puesto que según el principio de legalidad que debe regir todos los actos de la administración, la interpretación de sus competencias es restrictiva para la debida protección de los administrados" .

Concluye diciendo que la Jefatura de la División Legal de Energía del Ministerio de Minas y Energía no es competente para pronunciarse con validez sobre el particular, que el concepto carece de obligatoriedad, y que de su contexto se deduce que no es un acto administrativo procediendo por tanto un pronunciamiento inhibitorio.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como quiera que en su concepto la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación plantea que los actos cuya declaratoria de nulidad se impetra no tienen el carácter de actos administrativos y, en tal virtud, solicita un pronunciamiento inhibitorio respecto de las pretensiones de la demanda, corresponde a la Sala analizar y definir dicho aspecto, pues de ello dependería el que proceda o no el estudio de los diferentes cargos que se formulan en su contra.

Para el mencionado efecto, a continuación se referencia el contenido de los actos acusados:

1o.- Por " Memorando" No. 027385 de Febrero 10 de 1993 dirigido a la Jefe de la División Legal de Energía Eléctrica del Ministerio de Minas y Energía, el Jefe de la División de Energía Eléctrica de dicho Ministerio emitió el " Concepto técnico alcance del ejercicio de la Profesión de Técnico Electricista" que se transcribe a continuación:

" En respuesta a sus memorandos 24035 de Diciembre 14 de 1992 y 026954 de Febrero 4 de 1993, relacionados con el tema de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

" Desde el punto de vista técnico consideramos que cuando el legislador definió el ejercicio de la profesión de técnico electricista restringiéndolo a la persona que realiza el estudio y aplicaciones de la electricidad en el nivel medio o como auxiliar del ingeniero electricista, guardó la relación con el alcance dado a las profesiones del ingeniero en el artículo 1 de la Ley 64 de 1978 y en particular del Ingeniero Electricista en la Ley 51 de 1986, en las cuales se hace expresa relación con la 'Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones' de la Oficina Internacional del Trabajo adoptada para el país mediante resolución 1186 de 1970 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que se conoce como la 'Clasificación Nacional de Ocupaciones'.

" Los numerales 0-23 y 0-34 de la citada clasificación definen plenamente el alcance de las profesiones del Ingeniero y el Técnico en electricidad, respectivamente. Limitando a este último a desempeñar trabajos bajo la dirección y vigilancia de ingenieros electricistas y/o a colaborar en los trabajos de estudio y perfeccionamiento de instalaciones y equipo eléctrico, pero en ningún momento la autorizan a realizar diseños sin la dirección y responsabilidad del Ingeniero.

" Por estas razones consideramos que dentro de la responsabilidad que tienen las empresas del sector de garantizar un servicio confiable y seguro a los

usuarios de la electricidad, en sus reglamentos internos para la prestación del servicio se debe establecer con claridad cuándo exigir planos de diseño, memorias de cálculo, dirección e interventoría de proyectos por parte de ingenieros y qué tipo de trabajos se puedan confiar a los técnicos electricistas, sin que se requiera del aval de un ingeniero". (fls. 67 a 198).

2o.- Mediante oficio No. 028028 de Febrero 17 de 1993, "Ref: Oficio No. 026548 del 15 de Octubre de 1992", dirigido al Secretario General de FENALTEC, la Jefe de la División Legal de Energía Eléctrica del Ministerio de Minas y Energía transcribió el contenido del Memorando a que se alude en el ordinal precedente (fls. 1 a 2).

3o.- Mediante Resolución No. 31626 de 3 de Septiembre de 1993, el titular del Ministerio de Minas y Energía denegó la solicitud de revocatoria directa de los actos atrás referenciados, elevada por la Federación Nacional de Técnicos Electricistas y Afines de Colombia "FENALTEC", con fundamento en las consideraciones que, en lo posible, se sintetizan a continuación (fls. 3 a 10):

Para resolver la solicitud de revocatoria directa se efectuaron reuniones con representantes de los Técnicos Electricistas y de la Asociación de Ingenieros, y se recibieron conceptos de organismos consultivos "... y de otras entidades como: Ministerio de Educación Nacional, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior -ICFES-, Universidad Nacional de Colombia, Asociación Colombiana de Ingenieros Electricistas, Mecánicos y Afines -ACIEM- entre otros ...", algunos de cuyos apartes de transcriben en el acto acusado, y "... se sometió a consideración del Consejo de Apoyo Jurídico del Sector Minero Energético la revisión del concepto objeto de la controversia".

"El Consejo de Apoyo Jurídico, en reunión celebrada el 2 de Julio de 1993 consideró que las labores propias de la profesión de Técnico Electricista conllevan el riesgo social a que se refiere el artículo 26 de la Constitución Política, por tanto recomienda que el diseño eléctrico sea ejercido únicamente por los Ingenieros Eléctricos y no por los Técnicos Eléctricos. En consecuencia se acordó que el concepto emitido por la División de Energía Eléctrica está plenamente ajustado a las normas establecidas haciendo correcta interpretación del alcance de la profesión de Técnico Electricista.

"Según la Ley 19 del 24 de Enero de 1990 se entiende como Técnico Electricista a la persona que se ocupa del estudio y las aplicaciones de la electricidad y ejerce a nivel medio o como auxiliar de Ingenieros Electricistas o similares.

" Dicha Ley fue reglamentada mediante Decreto No. 991 del 12 de Abril de 1991, el cual en el Artículo primero señala en forma expresa qué clase de actividades se entienden por ejercicio a nivel medio de la profesión de Técnico Electricista; sin determinar que los Técnicos Electricistas pueden elaborar diseños, lo que significa que esta actividad está asignada única y exclusivamente a los Ingenieros Electricistas.

" Teniendo en cuenta lo anterior no es dable al Ministerio de Minas y Energía conceder lo que la Ley no permite expresamente.

" Como bien se observa los conceptos emitidos por las entidades antes mencionadas, corresponden a lo que el Ministerio ha considerado procedente y legal.

" De las labores del buen diseño eléctrico depende la disminución de riesgos a que pueda ser sometida la sociedad, luego estos requieren ser elaborados por individuos con una amplia formación académica, científica y metodología, compatible solamente con aquella que reciben los profesionales universitarios. El propósito de la Ley, es primeramente el de proteger a la sociedad en general, en consecuencia la responsabilidad ante ésta, de un individuo como profesional, depende del nivel de su formación.

" ...

" ... " Los actos atacados no están en oposición a la Constitución Política ni a la Ley ni dentro de las demás causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo" .

Cabe destacar que los dos primeros actos acusado se originaron en la solicitud formulada a la Jefatura del Departamento Jurídico del Ministerio de Minas y Energía por la Federación Nacional de Técnicos Electricistas y Afines - FENALTEC- tendiente a que se adoptasen las medidas convenientes para que en el Proyecto de Reglamento de Servicios de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, se suprimiesen o reformasen los artículos " ... que limitan el ejercicio de la profesión de Técnico Electricista ..." (fl. 76 Anexo No. 1).

Ahora bien de la simple lectura de los actos cuya nulidad se solicita, resulta a todas las luces que ellos no constituyen actos administrativos y, como tales, susceptibles de ser enjuiciados antes esta jurisdicción, pues adolecen de una de las características que les imprimen tal carácter, cual es la de contener decisiones capaces de producir efectos jurídicos propios, sin cuya existencia " ... la voluntad y la inteligencia puestas de presente en la expresión administrativa carecen de incidencia para ser capaces de configurar el acto susceptible de control por parte del Juez administrativo, quedándose por tanto en el terreno de la simple opinión

que, en consecuencia, no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de Marzo 11 de 1988, Consejero Ponente doctor Guillermo Benavides Melo, Actor: Germán Sarmiento Palacio. Expediente No. 41).

En Efecto, tanto el Memorando No. 027385 de 10 de Febrero de 1993 como el oficio No. 53-028028 de 17 del mismo mes y año, este último en el cual se transcribe el contenido del citado memorando, no constituyen actos administrativos, toda vez que si bien en ellos la administración exterioriza su concepto u opinión " desde un punto de vista técnico" sobre el alcance del ejercicio de la profesión de Técnico Electricista con base en el análisis de las disposiciones legales que se citan en sus textos, en los mismos no se adopta decisión alguna que produzca mutaciones en el régimen jurídico del país, es decir, de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas con carácter ejecutorio, ya que el hecho de consignar la recomendación que " ... dentro de la responsabilidad que tienen las empresas del sector de garantizar un servicio confiable y seguro a los usuarios de la electricidad, en sus reglamentos internos para la prestación del servicio se debe establecer con claridad cuando exigir planos de diseño, memorias de cálculo, dirección e interventoría de proyectos por parte de ingenieros y que tipo de trabajos se puede confiar a los técnicos electricistas, sin que se requiera del aval de un ingeniero", en ningún momento implica que dicha recomendación, por su propia naturaleza, debe materializarse por parte de las empresas prestatarias del servicio eléctrico de acuerdo con los parámetros expresados en el concepto, sino simplemente, considera la Sala, persigue como finalidad ilustrar su criterio para la adopción de los respectivos reglamentos de servicio en materia de trabajos a ser realizados por parte de ingenieros y de técnicos electricistas, éstos últimos que dado el caso y en lo pertinente, así como las aplicaciones individuales, si serían susceptibles de enjuiciamiento jurisdiccional y eventualmente anulables en la medida en que se evidencie el desconocimiento de las normas que se invoquen en la demanda que llegare a presentarse.

Por lo que concierne a la Resolución No. 31626 de 3 de Septiembre de 1993, la Sala considera, en primer término, que no era procedente su expedición en la pretendida calidad de acto administrativo por cuanto la socilitud que le dió origen tendía a cuestionar la legalidad de conceptos que carecían de la naturaleza de actos administrativos y, por lo mismo la citada resolución, a pesar de su presentación formal, no constituye acto administrativo, pues se limita a acoger distintas opiniones expresadas por otras dependencias del Estado y por entidades particulares, como fundamento para " negar la revocatoria directa" del Memorando y oficio cuya nulidad se solicita, sin adoptar ninguna otra dicisión que tenga la virtualidad de producir efectos jurídicos autónomos.

En consecuencia, al no ser de los actos acusados objeto pasivo de control jurisdiccional, ello imposibilita a la Sala para conocer de las pretensiones anulatorias formuladas en su contra y conduce indefectiblemente a que en la parte dispositiva de esta providencia se declare la inhibición frentre a la demanda planteada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

Primero. - Declararse inhibido para pronunciarse, sobre el fondo de la demanda, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. - Devúelvasve la suma depositada para gastos ordinarios del proceso a su remanente.

Tercero. - En firme esta sentencia, previas las anotaciones de rigor, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciseis de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

REGISTRO DE MARCA. ACTO DE REGISTRO DE MARCA. Naturaleza. **ACTO ADMINISTRATIVO SUI GENERIS. PROPIEDAD INDUSTRIAL. ACCION DE NULIDAD ESPECIAL. CADUCIDAD**

En materia de propiedad industrial, el acto administrativo que ordena o concede el registro de una marca no es un simple acto jurídico de carácter particular, que afecte únicamente a quienes intervinieron en la actuación y procedimiento administrativo previos a la decisión. Es un acto administrativo *sui generis*, de contenido jurídico dual, pues por un lado confiere al particular solicitante de la marca el uso sobre ella y, por otro lado, impide a toda la comunidad utilizarla para distinguir iguales o similares productos; de ellos se desprende la reglamentación que, en lo tocante a acción y término para su ejercicio, el legislador nacional -incluso el comunitario- ha querido darle de manera especial: la titularidad de la acción en cabeza de cualquier persona, incluida la afectada con la decisión administrativa, haya intervenido en la actuación administrativa o en la vía gubernativa, o no, y un término especial de caducidad de cinco años.

IRREGISTRABILIDAD DE MARCA. Causales

Si bien es cierto que el ordinal 3o. del artículo 586 del C. de Co. establece o consagra como causal de irregistrabilidad de una marca el que se asemeje a un nombre comercial o a una enseñanza utilizados anteriormente en Colombia por un tercero, para la misma actividad a que se destina el nombre o la enseña, y el artículo 603 *ibídem* determina que "los derechos sobre el nombre comercial se adquieren por el primer uso sin necesidad de registro ...", no lo es menos y con mayor razón que el quebrantamiento de la primera de las indicadas disposiciones por parte del acto acusado sólo sería susceptible de predicarse en tanto y en cuanto se hubiese probado en el curso del proceso que al momento de expedir dicho acto, la Superintendencia de Industria y Comercio tenía conocimiento de la exis-

tencia del nombre comercial "ALCATRAZ", utilizado por la demandante para designar a su empresa, como consecuencia de haberse solicitado su depósito, ordenado la concesión del correspondiente certificado, producida su publicación e inscrita su concesión en la Oficina de Propiedad Industrial, tal como la disponen los artículos 603 del C. de Co. y 616 *ibídem.*

REGISTRO DE MARCA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. ACUERDO DE CARTAGENA

En ninguna de las disposiciones de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se establecía como requisito previo a la concesión de un registro de marca el que la Superintendencia de Industria y Comercio debiera realizar las "investigaciones de oficio" que echa de menos la sociedad actora. La División de Propiedad Industrial al ordenar el registro de un signo que sirva para distinguir productos o servicios de una empresa de las de otra que eventualmente está utilizando el mismo signo, pero que no ha obtenido su registro o que no lo ha solicitado con anterioridad, por lo mismo, no está en condiciones de saberlo y violar lo dispuesto por la ley.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y cinco. (1995)

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia.: Expediente No. 2988 Actor : Sociedad Alimentos **Congelados Alcatraz Ltda.**

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 la Sociedad Alimentos Congelados Alcatraz Ltda., en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 596 del Código de Comercio, con la finalidad de obtener las siguientes declaraciones:

"1o. Que es nula la resolución número mil quinientos cincuenta y nueve (15590 del 12 de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), y el certificado número 140.892 contenida (sic) en la misma, de la División de la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, que concedió a favor de la sociedad RESTAURANTE ALCATRAZ Y CIA LIMI-

TADA, que también comercia como SEA FOOD'S ALCATRAZ LIMITADA, el registro de la marca ALCATRAZ, en la clase veintinueve (29a.) expedido con el número ciento cuarenta mil ochocientos noventa y dos (140.892)".

"2o. Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la División de Propiedad Industrial (hoy División de Signos Distintivos) que cancele la inscripción del registro de la marca ALCATRAZ, en clase veintinueve (29a.) expedido por el número ciento cuarenta mil ochocientos noventa y dos (140.892)".

"3o. Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la División de Propiedad Industrial (hoy División de Signos Distintivos) que cancele la inscripción del certificado de registro de la marca ALCATRAZ, en el libro de registros de marcas, que se encuentra con el número ciento cuarenta mil ochocientos noventa y dos (140.892)".

"4o. Que se ordene a la División de Signos Distintivos la publicación en la GACETA DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL de la sentencia que se dicte en el proceso referenciado".

I.- ANTECEDENTES

a.- Los hechos de la demanda

Ellos son, en síntesis, los siguientes (fl. 86):

La sociedad accionante se constituyó como tal el 29 de Junio de 1985 mediante escritura pública No. 1688 de la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, desarrollando públicamente desde esa fecha su objetivo social en lo relacionado con la compraventa, producción, comercialización, distribución, importación y exportación de toda clase de productos alimenticios congelados, etc., es notoriamente conocida y comercia con entidades de reconocida trascendencia.

Restaurante Alcatraz y Cía. Ltda. se constituyó como sociedad el 19 de Febrero de 1988 mediante escritura pública de la Notaría 17 del Círculo de Bogotá, es decir, en fecha muy posterior al nacimiento a la vida jurídica de la sociedad actora. "Igual sucede con la solicitud del registro de la marca".

Por comunicación de 27 de Septiembre de 1993, el Gerente del Restaurante Alcatraz y Cía. Ltda. solicitó a la sociedad actora abstenerse de seguir utilizando la marca "ALCATRAZ" en los productos que comercializa, por ser de su exclu-

siva propiedad de acuerdo con el registro de marca No. 140.892 otorgado por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

b.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La actora considera que con la expedición del acto acusado se quebrantaron los ordinales 3o. y 5o. del artículo 586 del C. de C., por las razones que se sintetizan a continuación, expresadas en la demanda (fls. 89 a 91):

Como quiera que el artículo 603 del C. de Co. establece que los derechos sobre el nombre comercial se adquieren por el primer uso sin necesidad de registro, la actora se allanó a cumplir con el registro de su nombre comercial ante la Cámara de Comercio y no acudió ante la Superintendencia de Industria y Comercio para hacer lo propio en materia de propiedad industrial " ... por no encontrarse obligada a ello, y por no considerarlo necesario desde el punto de vista comercial". Lo anterior conlleva a predicar que si mediante el certificado de registro de marca cuya nulidad se impetra, el Estado otorgó a un tercero el derecho sobre el uso del nombre " ALCATRAZ", a la actora se le vulnera el derecho que consagra en su favor el artículo 603 del C. de Co., pues había venido utilizando ese nombre con anterioridad a la solicitud y expedición de dicho registro, como se comprueba con la papelería comercial, rótulos, facturas, etc.

La Cámara de Comercio debió haberse abstenido de registrar a la Sociedad Restaurante Alcatraz y Cía. Ltda., en razón de que con anterioridad ya se había producido el registro de la sociedad actora y debido a que la palabra " ALCATRAZ" es elemento sustancial de su nombre comercial, es decir, Alimentos Congelados Alcatraz Ltda. Con dicha actuación se violó el derecho adquirido por la sociedad actora y las reglas sobre represión de la competencia desleal, como lo determina el artículo 586-5o. del C. de Co.

La Nación es responsable por otorgar el derecho al uso del nombre " ALCATRAZ" a la Sociedad Restaurante Alcatraz y Cía. Ltda. pues la Superintendencia de Industria y Comercio no aplicó antes de conceder el registro de la marca los mecanismos tendientes a evitar la pluralidad de dicho nombre comercial mediante el adelantamiento de investigaciones de oficio, como lo señala el artículo 72 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Si el artículo 607 del C. de Co. prohibe a terceros (Restaurante Alcatraz y Cía. Ltda.) el empleo de un nombre comercial, el que no está supeditado a registro, sino que se adquiere por su primer uso (art. 603 C. de C.), ello conduce a concluir que a dicha sociedad le está expresamente prohibido emplear la sigla comercial

donde se encuentra el vocablo " ALCATRAZ" , o que las mencionadas normas no cumplan con el propósito para el que fueron promulgadas.

c.- Las razones de la defensa

En los escritos de contestación de demanda y alegato de conclusión, el apoderado de la Nación expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 154 a 157 y 201 a 203).

El acto acusado se ajusta a derecho por cuanto fue expedido por la oficina nacional competente en materia de marcas conforme a las disposiciones del Régimen Común de Propiedad Industrial adoptado mediante las Decisiones 311, 313 y 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

En las actuaciones administrativas que dieron origen a la expedición del acto acusado se evidencia que la sociedad actora no se opuso a la solicitud de registro de la marca " ALCATRAZ" formulada por Restaurante Alcatraz y Cía. Ltda. ni interpuso contra dicho acto los recursos procedentes en la vía gubernativa. También es evidente que a la fecha de expedición del acto enjuiciado, la demandante no era titular de un registro marcario anterior sobre la marca " ALCATRAZ" o de una solicitud sobre la misma, presentada con anterioridad a la de la Sociedad Restaurante Alcatraz y Cía. Ltda. Igualmente, la actora " ... no ha solicitado ante la oficina nacional competente el depósitado del nombre comercial o de enseña en que se destaque la expresión " ALCATRAZ" .

Por último, el derecho exclusivo de una marca se adquiere con el registro de la misma ante la oficina nacional competente, como lo señaló la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 7 de Noviembre de 1990 (Exp. No. 238).

d.- Los argumentos de la impugnación

En el trámite de la acción compareció como impugnante de la demanda la Sociedad Restaurante Alcatraz y Cía. Ltda., quien en los escritos de contestación de demanda y alegato de conclusión expresa, en síntesis, lo siguiente (fls. 163 a 172 y 209 a 212):

El ordinal 3o. del artículo 586 del C. de C. no es aplicable a este asunto, por cuanto para que sus disposiciones surtan efectos frente a terceros, según el artículo 616 ibídem, es necesario que el nombre comercial se haya depositado previamente ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, lo cual no realizó oportunamente la sociedad actora.

No asiste razón a la demandante en considerar que la inscripción del nombre comercial Alimentos Congelados Alcatraz Ltda. en el registro mercantil o el uso del mismo en el desarrollo del objeto social de la empresa la faculta para usarlo como marca distintiva de los productos que procesa, " ... en primer lugar porque la inscripción es un supuesto antecedente que impide el registro mercantil de nombres posteriores, dependiendo o no de la similitud que se presente, y con lo cual se legaliza únicamente la actividad comercial de la empresa; diferente al derecho de propiedad y uso del signo que se registra como marca de productos ante la División de Propiedad Industrial, y, en segundo lugar, porque el uso del nombre comercial o parte de él no es el modo legal de adquirir los derechos de Propiedad Industrial, éstos se legitiman con el registro que prevé el artículo 616 del Código de Comercio, y aquél según se dispone por el artículo 47 ibídem.

También es erroneo sostener que el acto acusado es nulo porque la Superintendencia de Industria y Comercio no realizó investigaciones de oficio en las 57 Cámaras de Comercio existentes en el país, toda vez que la legislación especial no lo exige y el único antecedente previo a la concesión del certificado de registro de marca se refiere a aquellos registros existentes en los libros de Propiedad Industrial, conforme al artículo 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Finalmente se propone la excepción de " ineptitud de la demanda por carencia de un presupuesto de procedibilidad" de la acción ejercida, por cuanto la sociedad actora no demostró haber hecho uso de los medios de impugnación ante la Superintendencia de Industria y Comercio, requisito esencial que prevé el artículo 135 inciso primero del C.C.A.

e.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 28 de Julio de 1994 se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó el trámite de rigor (fls. 96 a 98).

Mediante providencia de 9 de Noviembre del citado año se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las solicitadas por las partes (fls. 197 a 198).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar su conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, hicieron uso de tal derecho

la parte demandada, la sociedad impugnante y el último de los mencionados (fls. 201 a 203, 204 a 207 y 209 a 112).

II.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación considera que deben denegarse las pretensiones de la demanda, por las razones que se sintetizan a continuación (fls. 204 a 207):

De conformidad con los artículos 72 y 74 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el titular o licenciatario de una marca tiene el derecho a usarla en forma exclusiva y a solicitar las medidas de protección previstas en las respectivas legislaciones nacionales para la defensa de sus derechos.

En concordancia con lo anterior, el artículo 593 del C. de Co., después de señalar el trámite del registro de una marca, es claro cuando dice que " la marca confiere especialmente al titular del registro el derecho a usarla en forma exclusiva y el de impedir el uso de cualquier otra que pueda producir confusión entre los respectivos productos o servicios" .

A pesar de que el demandante basa sus pretensiones en el uso del nombre comercial, debe tenerse en cuenta que para defender su derecho frente a terceros es necesario solicitar su depósito y obtener el correspondiente certificado.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En lo relativo a la excepción de ineptitud de la demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa, propuesta por la sociedad impugnante, la Sala considera que no tiene vocación de prosperidad, toda vez que entratándose del ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 596 del C. de C., la jurisprudencia de esta Sección ha sido reiterativa en señalar que " ... en materia de propiedad industrial, el acto administrativo que ordena o concede el registro de una marca no es un simple acto jurídico de carácter particular, que afecte únicamente a quienes intervinieron en la actuación y procedimiento administrativo previos a la decisión. Es un acto administrativo sui generis, de contenido jurídico dual, pues por un lado confiere al particular solicitante de la marca el uso sobre ella, y, por otro lado, impide a toda la comunidad utilizarla para distinguir iguales o similares productos; de ellos se desprende la reglamentación que, en lo tocante a acción y término para su ejercicio, el legislador nacional -incluso el comunitario- ha querido darle de manera especial: la titularidad de la acción en cabeza de cualquier persona, incluída la afectada con la decisión administrativa, haya intervenido en la actua-

ción administrativa o en la vía gubernativa, o no, y un término especial de caducidad, de cinco años ..." (sentencia de 21 de Mayo de 1992, Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez. Actor: Sociedad Nike Internacional Ltda. Expediente No. 1072).

Ahora bien, luego del estudio de los cargos formulados en la demanda, la Sala considera que ninguno de ellos está llamado a prosperar, por las razones que se expresan a continuación:

1o.- Porque si bien es cierto que el ordinal 3o. del artículo 586 del C. de C. establece o consagra como causal de irregistrabilidad de una marca el que se asemeje a un nombre comercial o a una enseña utilizados anteriormente en Colombia por un tercero, para la misma actividad a que se destina el nombre o la enseña, y el artículo 603 ibídem determina que " los derechos sobre el nombre comercial se adquieren por el primer uso sin necesidad de registro ...", no lo es menos y con mayor razón que el quebrantamiento de la primera de las indicadas disposiciones por parte del acto acusado sólo sería susceptible de predicarse en tanto y en cuanto se hubiese probado en el curso del proceso que al momento de expedir dicho acto, la Superintendencia de Industria y Comercio tenía conocimiento de la existencia del nombre comercial " ALCATRAZ" , utilizado por la demandante para designar a su empresa, como consecuencia de haberse solicitado su depósito, ordenado la concesión del correspondiente certificado, producida su publicación e inscrita su concesión en la Oficina de Propiedad Industrial, tal como lo disponen los artículos 603 del C. de C. y 616 ibídem.

2o.- Porque el hecho de haberse inscrito en el registro mercantil la Constitución de la sociedad actora en fecha anterior a aquella en la cual procedió a ello la firma Restaurante Alcatraz y Cía. Ltda., y el haber utilizado parte de su nombre o razón comercial en el desarrollo de su objeto social, en ningún momento se traduce en la adquisición automática del derecho al uso de la marca " ALCATRAZ" , toda vez que de conformidad con lo previsto por el artículo 92 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, vigente al momento de expedición del acto acusado, " el derecho al uso de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente" , que, para el caso colombiano, lo era la División de Propiedad Industrial (hoy División de Signos Distintivos) de la Superintendencia de Industria y Comercio.

3o.- Porque en ninguna de las disposiciones de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y menos aún en su artículo 72, que son las citadas por el actor, se establecía como requisito previo a la concesión de un registro de marca

el que la Superintendencia de Industria y Comercio debiera realizar las " investigaciones de oficio" que echa de menos la sociedad actora.

En otras palabras, como lo consideró esta misma Sección en sentencia de 23 de Mayo de 1991, al definir un asunto que guarda relación con el sub exámine, " ... la División de Propiedad Industrial al ordenar el registro de un signo que sirva para distinguir productos o servicios de una empresa de las de otra que eventualmente está utilizando el mismo signo, pero que no ha obtenido su registro o que no lo ha solicitado con anterioridad, por lo mismo, no está en condiciones de saberlo y violar lo dispuesto por la ley" (Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez. Actor: Creaciones Zeppelín Ltda. Exp. No. 417).

4o.- Porque en la medida en que el cargo de violación del artículo 586-5o. del C. de Co. no se formula en contra del acto acusado sino de la actuación de la Cámara de Comercio de Bogotá como consecuencia de la inscripción del acto de constitución de la Sociedad Restaurante Alcatraz y Cía. Ltda. en el registro mercantil, y la legalidad de dicha actuación no se discute en este proceso, ello impide a la Sala pronunciarse al respecto.

En las anotadas circunstancias la Sala concluye que la actora no desvirtuó la presunción de legalidad que ampara al acto acusado, por lo cual procederá a denegar las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.-Deniéganse las súplicas de la demanda.

Segundo.- Ordénase la publicación de esta providencia en la Gaceta de Propiedad Industrial, conforme al literal d) del artículo 2o. del Decreto 109 de 1957.

Tercero.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso a su remanente.

Cuarto.- En firme esta sentencia archívese el expediente, previas la anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciseis de Marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido puede consultarse la sentencia del 21 de Mayo de 1992, Exp. 1072, Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

SUPRESION DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA. CONCORDATO PREVENTIVO OBLIGATORIO. SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia.

La posible ilegalidad no puede establecerse simplemente con la comparación del acuerdo acusado frente al numeral 3 del artículo 48 del Decreto 350 de 1989, que cita el actor como infringido, y que efectivamente somete a las empresas industriales y comerciales del Estado al trámite del concordato preventivo obligatorio, sino que es necesario hacer ese análisis también frente al artículo 49 del mismo decreto que se refiere al régimen especial de liquidación administrativa para excluirlo del concordato preventivo obligatorio, así como frente a los artículos 50 y 1o. del citado decreto que señalan las circunstancias en que es aplicable el concordato.

INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE. ILEGALIDAD SOBREVINIENTE-Diferencias.

El actor confunde el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente con el de la ilegalidad sobreviniente en cuanto plantea la contradicción del acto acusado con la Ley 142 de 1994. Dentro de este marco, se hace notar que esta Sala sólo ha aceptado la declaratoria de inconstitucionalidad sobreviniente por encontrar respaldo en la supremacía constitucional consagrada en el artículo 4o. de la Constitución, más no la ilegabilidad sobreviniente por cuanto el artículo 84 del C.C.A. condiciona la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, entre otras causales, a que estos infrinjan las normas en que deberían fundarse y es evidente que los actos no pueden fundarse en normas posteriores.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete de marzo mil novecientos noventa y cinco

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referente.: Expediente No. 3235 Actor : Fernando Marimón Romero.

La Sección Primera procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto admisorio de la demanda, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 3 de Noviembre de 1994, en cuanto en el ordinal segundo de su parte resolutiva denegó la suspensión provisional del Acuerdo 05 de 1o. de Marzo de 1994, "por medio del cual se suprime de la estructura orgánica del Distrito de Cartagena, del nivel descentralizado por servicios a la Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena, se ordena su disolución y liquidación, se reasume por parte del Distrito la gestión, administración, ejecución y prestación de los servicios públicos, se conceden facultades al Alcalde Mayor y se dictan disposiciones relacionadas con la materia", expedido por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, cuya declaratoria de nulidad se demanda en ejercicio de la acción pública de nulidad.

I.- LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En acápite especial de la demanda el actor solicitó el decreto de suspensión provisional del acto acusado, con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 5 y 6 Cdno. Ppal.):

1.- Se violó el artículo 29 de la Constitución Nacional, relativo al debido proceso que debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, por cuanto al ordenar la disolución y liquidación de la Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena sin antes haber convocado a un concordato, preventivo obligatorio, desconoce u omite el procedimiento establecido en el numeral 3 del artículo 48 del Decreto 350 de 1989. También hay que tener en cuenta que este tipo de entidades públicas se rigen por las normas del derecho común y en especial de las sociedades anónimas, no siendo posible declararlas en quiebra intempestivamente, pues el legislador ha previsto la vía del concordato preventivo obligatorio.

2.- Contraría la Ley 142 de 1994 en sus artículoss 59 numeral 8, 79 numeral 9, 121 y 123, por cuanto el procedimiento administrativo consagrado allí faculta al Superintendente de Servicios Públicos, de manera exclusiva, para la toma de posesión en casos de liquidación y para designar o contratar el liquidador para las empresas de servicios públicos cuando entren en procesos de liquidación (artículo 123). El Acuerdo No. 05 de 1994 viene a ser insubsistente o nulo, con fundamento

en los artículos 2 y 3 de la Ley 153 de 1887, toda vez que es incompatible con la Ley 142 de 1994, la cual es una norma especial y posterior.

II.- LA DECISION RECURRIDA

El tribunal de origen denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 18 a 28 Cdno. Ppal.):

1.- El Acuerdo No. 05 de 1o. de Marzo de 1994, expedido por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, no infringe de manera manifiesta el artículo 29 de la Carta Política por el supuesto desconocimiento de los preceptuado en el numeral 3 del artículo 48 del Decreto 350 de 1989, pues si bien es cierto que de acuerdo con esta norma las empresas industriales y comerciales del Estado están sometidas al trámite del concordato preventivo obligatorio, que ellas no podrán ser declaradas en quiebra y que cuando no pueda celebrarse concordato, o éste no sea aprobado o no se cumpla, serán disueltas y liquidadas por la Superintendencia de Sociedades conforme a las reglas previstas en el Código de Comercio para la liquidación de sociedades por acciones, también lo es que el artículo 49 del citado decreto dispone que a las empresas sometidas a un régimen especial de liquidación administrativa no les será aplicable el concordato preventivo obligatorio y el artículo 50 señala que esta clase de Sociedades, de oficio o a petición del representante legal de la sociedad o empresa, o de cualquier acreedor, cuando ellas se encuentren en la situación prevista en el artículo 1o. de ese decreto. A su vez, el artículo 1o. dispone que todo empresario sujeto a la ley comercial que se encuentre imposibilitado para cumplir sus obligaciones mercantiles, o tema razonablemente llegar a dicho estado, podrá solicitar la admisión al trámite de un concordato preventivo potestativo. Dentro de este marco, en el caso presente, no aparece la exigibilidad del concordato preventivo obligatorio previo a la disolución y liquidación de la Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena, ya que no se demostró que la citada empresa esté o llegue a estar en un estado de cesación de pagos como lo dispone el artículo 1o. del Decreto 350/89 y si este fuere el caso, el acto acusado prevé que el Distrito de Cartagena seguirá siendo el propietario de todos los activos y la infraestructura actual y futura, afectada a la prestación de los servicios públicos garantizando así la protección de los derechos de los acreedores.

2.- Tampoco se observa violación manifiesta por la pretendida ilegalidad sobreviniente del acto acusado por ser incompatible con los artículos 59 numeral 8, 79 numeral 9, 121 y 123 de la Ley 142 de 1994, toda vez que, de una parte, no se explica el concepto de violación de cada una de esas normas superiores y, de otra,

es obvio que el Acuerdo demandado se expidió sin tener en cuenta las disposiciones de la señalada ley pues esta aún no existía, ya que fue sancionada y publicada el 11 de julio de 1994.

Además, si se explicara el concepto de violación de las citadas normas legales, habría que hacer un estudio de fondo propio de la sentencia y no del momento procesal que es está tramitando.

Finalmente, la demanda no impugna un acto por el cual haya sido designado un liquidador, pues el acto acusado no trata de este tema.

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La parte actora fundamenta su inconformidad con la decisión de primera instancia en los argumentos que se resumen a continuación (fls. 30 a 33 Cdno. Ppal.):

1.- No corresponde al actor demostrar si es o no necesario el procedimiento del concordato, como tampoco es competencia del tribunal determinar si se dan o no los requisitos para que la empresa fuera convocada a un concordato preventivo obligatorio, pues es la Superintendencia de Sociedades quien conoce de ello en forma exclusiva y privativa.

2.- El tribunal se equivocó al entender que se trata de una liquidación administrativa (artículo 49 del Decreto 350 de 1989), pues el artículo 48 ibídem establece que a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado les son aplicables las normas del concordato preventivo obligatorio, desconociendo la violación del debido proceso.

3.- El Acuerdo No. 05 de 1994 "... al ser expedida la Ley 142 de 1994 viene a ser insubsistente, según lo normado en los arts. 2 y 3 de la Ley 153 de 1887", pues contraría el espíritu de la ley, aún más siendo aquella especial, por lo cual se presenta el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente de acuerdo con jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en sentencias que cita.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Una vez realizado el análisis correspondiente, la Sala considera que la decisión de primera instancia debe ser confirmada por las siguientes razones:

1.- El primer cuestionamiento del actor está referido a la presunta exigencia del tribunal de las pruebas que demostraran si era o no necesario el procedimiento

del concordato y si se dan o no los requisitos para que la Empresa fuera convocada o concordato preventivo obligatorio.

Al respecto la Sala entiende que si bien el tribunal de instancia hizo referencia a esas pruebas, su negativa en relación con la solicitud de suspensión provisional tiene su principal fundamento en que la posible ilegalidad no puede establecerse simplemente con la comparación del acuerdo acusado frente al numeral 3 del artículo 48 del Decreto 350 de 1989, que cita el actor como infringido, y que efectivamente somete a las empresas industriales y comerciales del Estado al trámite del concordato preventivo obligatorio, sino que es necesario hacer ese análisis también frente al artículo 49 del mismo decreto que se refiere al régimen especial de liquidación administrativa para excluirlo del concordato preventivo obligatorio, así como frente a los artículos 50 y 1o. del citado decreto que señalan las circunstancias en que es aplicable el concordato.

En consecuencia, como un análisis como el descrito, por su complejidad es propio de la sentencia de fondo, no es procedente la suspensión provisional como lo consideró el tribunal y lo reafirma esta Sala.

2.- En cuanto a la pretendida inconstitucionalidad sobreviniente, la Sala hace notar, en primer lugar, que el actor confunde el fenómeno con el de la ilegalidad sobreviniente en cuanto plantea la contradicción del acto acusado con la Ley 142 de 1994. Dentro de ese marco, se hace notar que esta Sala sólo ha aceptado la declaratoria de inconstitucionalidad sobreviniente por encontrar respaldo en la supremacía constitucional consagrada en el artículo 4o. de la Constitución, más no la ilegalidad sobreviniente por cuanto el artículo 84 del C.C.A. condiciona la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, entre otras causales, a que estos infrinjan las normas en que deberían fundarse y es evidente que los actos no pueden fundarse en normas posteriores.

Lo anterior es suficiente para que la decisión de primera instancia también debe confirmarse por este aspecto.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o.- CONFIRMASE el auto de 3 de Noviembre de 1994, en cuanto en el ordinal segundo de su parte resolutiva denegó la suspensión provisional del Acuerdo

No. 05 de 1o. de Marzo de 1994, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

2o.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciseis de Marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR - Funciones. **SUBSIDIO FAMILIAR** - Aportes. **SUBSIDIO FAMILIAR** - Bonificaciones. **APORTES PARAFISCALES. SUBSIDIO FAMILIAR** - Elementos. **PRESTACIONES SOCIALES. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA** - Extralimitación de Funciones. **POTESTAD REGLAMENTARIA**

El subsidio familiar, como lo define la misma Ley 21 de 1982 en su artículo 1o. "es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad". El aportante, como ya se especificó, es el empleador que reúna las características del artículo 7o. Las Cajas de Compensación Familiar, "son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidos al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley", (art. 39 ibídem). Los beneficiarios, está también definido, son los trabajadores a que se refiere el artículo 18 de la misma ley y las personas a cargo de ellos, enumeradas en el capítulo IV. Así pues, al afirmarse en esta providencia que la ley está orientada a mantener una clara diferencia entre aportantes y beneficiarios, habrá de definir de una vez que son los aportantes los que deciden cuál es la Caja de Compensación a la que deben hacerse los aportes, según el contexto del artículo 15 y de todos los demás artículos citados por el demandante los cuales, son virtualmente contradichos por el acto acusado lo que conforma ciertamente, una agresión directa a la ley supuestamente reglamentada. Con tales prolegómenos, entra el ejecutivo a tomar decisiones como la contenida en el artículo segundo en la que ordena que, a partir del primero de enero de 1995, "las solicitudes de afiliación presentadas por los empleadores deberán estar

referidas exclusivamente a aquellos trabajadores que seleccionen libremente la Caja de Compensación Familiar a la cual desea afiliarse". Reglamenta seguidamente el procedimiento a seguir, determinado que el trabajador podrá solicitar cambio de afiliación cada seis meses y que la nueva selección tendrá efectos desde el primer día hábil del mes siguiente a la fecha de entrega al empleador. La decisión del ejecutivo no se limita a reglamentar la Ley 21 de 1982, sino que la amplía y contradice. El artículo 15 de la ley, al imponer a los empleadores la obligación de pagar los aportes por conducto de una Caja de Compensación Familiar le está determinando el lugar para hacerlo según el orden que trae la misma norma, o sea en una Caja que funcione dentro de la ciudad, o la más próxima dentro de los límites de los respectivos departamentos, intendencias o comisarías, o en su defecto, en una que funcione en la división política territorial más cercana. Se observa que se extralimitó el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria al expedir el acto demandado. De todas maneras, el Decreto 1231 de 1994 fue modificado mediante el Decreto No. 2834 publicado el 22 de diciembre de 1994, modificación que equivale a una derogatoria total. En efecto, mediante esta última disposición, se derogó el artículo primero y se dispuso modificar el artículo segundo, que es la norma demandada, en el sentido de que "La decisión de afiliar a los trabajadores a una Caja de Compensación Familiar la tomará el empleador, aplicando el procedimiento que para el efecto señale el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social."

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitres de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero ponente, *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia.: Expediente No. 3034. Decretos del gobierno. Actor: Raimundo Emiliani Roman.

Decide la Sala por medio de esta providencia, la demanda de nulidad formulada por el actor de la referencia, contra el artículo 2o. del Decreto No. 1231 del 17 de junio de 1994 expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 21 de 1982.

EL ACTO DEMANDADO

Es el artículo 2o. del Decreto Reglamentario No. 1231 de 1993 cuyo texto reza:

"ARTICULO SEGUNDO. A partir del primero de enero de 1995, las solicitudes de afiliación presentadas por los empleadores deberán estar referidas exclusivamente a aquellos trabajadores que seleccionen libremente la Caja de Compensación Familiar a la cual desean afiliarse. Para este fin, el empleador deberá acompañar además de los documentos establecidos en el artículo 39 del Decreto 1341 de 1988, copia del contrato de trabajo o solicitud escrita de cada trabajador, según el caso, donde éste manifieste en forma expresa y libre la Caja de Compensación a la cual quiere ser afiliado.

"Para los trabajadores que el 1o. de enero de 1995 se encuentren vinculados en forma contractual, legal o reglamentaria, deberán informar por escrito al empleador a partir de esta fecha la selección de la Caja de Compensación a la cual deberán ser afiliados. Si no lo hicieren, se entiende que desea (sic) continuar en la Caja de Compensación a la cual está afiliado. El empleador deberá tramitar dicha solicitud en forma inmediata".

"El trabajador afiliado, podrá solicitar cambio de afiliación a la respectiva Caja de Compensación Familiar una vez cada seis (6) meses.

La nueva selección tendrá efectos desde el primer día hábil del mes siguiente a la fecha de entrega al empleador".

LAS NORMAS VIOLADAS LA EXPLICACION DE LA VIOLACION

El actor considera que el acto demandado viola varias disposiciones de la Ley 21 de 1982. En su explicación, dice entre otras cosas:

"El numeral segundo de dicho decreto otorga autonomía al trabajador beneficiario para afiliarse como tal a la Caja de Compensación a la cual desee afiliarse.

"Se evidencia que esta autonomía de selección del trabajador de la Caja de Compensación a la que quiere pertenecer, y la obligación del empleador de tramitarle este deseo a gran velocidad para su propia satisfacción, están fuera del contexto de la Ley 21 de 1982. Esta Ley diseña una estructuración jurídica del subsidio familiar adecuada a su finalidad de beneficiar a los trabajadores de bajos ingresos, con un subsidio de compensación masiva entre salarios altos y bajos, y realizaciones de obras sociales de magnitud debidamente planificadas, mediante un sistema eminentemente solidario de afiliación de empleadores y trabajadores a una sola Caja de Compensación Familiar a la cual,

por esta razón denomina en el parágrafo de su artículo tercero Caja de Compensación Familiar de Afiliación.

"Dentro de ese esquema operacional no tiene cabida la figura de un trabajador autónomo para seleccionar a su arbitrio y capricho la Caja de Compensación Familiar que a bien tenga".

En su exposición, el accionante señala como violados los artículos 15 de la Ley 21 de 1982, pues este artículo ordena que los empleados deberán pagar el subsidio por conducto de una Caja de Compensación Familiar, a la cual el parágrafo del artículo 3o. denomina Caja de Compensación Familiar de Afiliación, artículo que por lo tanto, también es violado por el acto acusado, así como el numeral 1 del artículado 40 que dispone la unidad de la Caja al exigir un mínimo de quinientos empleadores obligados a pagar el subsidio familiar por medio de una Caja. Reseña también el artículo 57 en el que se dispone que las Cajas de Compensación Familiar tienen obligación de aceptar todo empleador que solicite afiliación, si cumple con las normas sobre salarios mínimos, debe pagar el subsidio a través de una Caja.

Es también transgredido, según los cargos de la demanda, el artículo 9 de la ley reglamentada, en cuanto éste ordena a los empleadores con obligación de pagar subsidio, entregar a aquella Caja "una suma equivalente al seis por ciento (6%) del monto de sus respectivas nóminas", es decir la totalidad de la suma, sin la distribución que surge "del numeral 2o. del artículo demandado (sic), salvo que se trate de una imposición gratuita ...". Del propio modo, se afirma y por las mismas razones, es violatorio del numeral 1 del artículo 11 en cuanto ordena que el cuatro por ciento (4%) de aquel monto debe ser destinado al pago del subsidio familiar, sin distribución de otras Cajas. Y también lo es del artículo 18 que les da a los trabajadores con derecho a subsidio la exacta calidad de trabajadores beneficiarios de la Caja, lo cual implica de suyo que no la pueden escoger, pues entonces, concluye el accionante, ya no serían beneficiarios sino aportantes, lo que es contrario a la realidad.

ACTUACION DE LA PARTE DEMANDADA

Notificado de la demanda el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, según consta a folio 34 del expediente, no hubo manifestación alguna de su parte, de acuerdo con la constancia secretarial que aparece a folio 140 del mismo cuaderno. Igual actitud mantuvo al corrérsele traslado para alegar en conclusión.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Como ya se notó, tampoco en esta oportunidad se hizo presente el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ni el señor Procurador Delegado ante esta Corporación. Lo hizo si el demandante quien al hacer una luenga exposición sobre las irregularidades del acto demandado, termina calificándolo como "un disparate, tanto, que el Ministerio se ha abstenido de contestar la demanda, a pesar de que ese silencio siempre puede ser considerado como indicio de su aceptación".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El 22 de enero de 1982 el Congreso Nacional expidió la Ley 21 de ese año, "por la cual se modifica el régimen de Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones".

Al definir en el Capítulo II cuáles empleadores están obligados a pagar los aportes del subsidio familiar, prescribe en el artículo 15 que dichos empleadores deberán hacerlo por conducto de una Caja de Compensación Familiar que funcione dentro de la ciudad o localidad donde se causen los salarios o de la Caja más próxima dentro de los límites de los respectivos departamentos, intendencias y comisarías.

Observada la Ley 21 de 1982 en su totalidad y en cada uno de sus 94 artículos, se tiene que la directriz que la orienta es la de mantener una clara diferencia entre aportantes y beneficiarios. Los primeros son los empleadores que, estando dentro de las especificaciones del artículo 7, deben destinar el seis por ciento (6%) de sus respectivas nóminas para hacer los aportes indicados en el numeral 1 del mismo artículo con destino al pago del subsidio familiar y al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA). La Nación, los departamentos y los municipios deberán hacer un aporte, además, para la ESAP y para las escuelas industriales o institutos técnicos nacionales y otros, según lo ordena el artículo 8o. de la ley en comento.

Los beneficiarios, por otra parte, son los trabajadores al servicio de los empleadores señalados en el artículo 7o. que, además, reúnan los requisitos que se señalan taxativamente en el artículo 18.

Como ya se dijo, el conducto que deben usar los empleadores para el pago del subsidio y demás aportes es, obligatoriamente, una Caja de Compensación Familiar.

Es así como lo señala el artículo 41, ordinal 1o.:

"Art. 41.- Las Cajas de Compensación Familiar tendrán entre otras, las siguientes funciones:

"1o.- Recaudar, distribuir y pagar los aportes destinados al subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), las escuelas industriales y los Institutos Técnicos en los términos y las modalidades de la ley".

Es decir, son cuatro los elementos primordiales de esta relación: a) el subsidio; b) el aportante; c) la Caja de Compensación; d) el beneficiario.

El subsidio familiar, como lo define la misma Ley 21 de 1982 en su artículo 1o. "es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad".

El aportante, como ya se especificó, es el empleador que reúna las características del artículo 7o.

Las Cajas de Compensación Familiar, "son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley". (art. 39 ibídem).

Los beneficiarios, está también definido, son los trabajadores a que se refiere el artículo 18 de la misma ley y las personas a cargo de ellos, enumeradas en el capítulo IV.

Así pues, al afirmarse en esta providencia que la ley está orientada a mantener una clara diferencia entre aportantes y beneficiarios, habrá de definir de una vez que son los aportantes los que deciden cuál es la Caja de Compensación a la que deben hacerse los aportes, según el contexto del artículo 15 y de todos los demás artículos citados por el demandante los cuales, son virtualmente contradichos por el acto acusado lo que conforma ciertamente, una agresión directa a la ley supuestamente reglamentada, como seguidamente se demostrará.

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1231de 1994, del cual hace parte la disposición demandada y "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 21 de 1982". Entre las consideraciones del decreto, se tiene:

"Que es necesario mejorar la eficiencia del sistema de administración del subsidio familiar, introduciendo elementos que promuevan su competividad de cara a su real beneficiario, el Trabajador;

"Que para incentivar la orientación de las Cajas de Compensación Familiar hacia una mayor eficiencia en la prestación del servicio, se hace necesario otorgar libertad de escogencia en cabeza del afiliado".

Con tales prolegómenos, entra el ejecutivo a tomar decisiones como la contenida en el artículo segundo en la que ordena que, a partir del primero de enero de 1995, "las solicitudes de afiliación presentadas por los empleadores deberán estar referidas exclusivamente a aquellos trabajadores que seleccionen libremente la Caja de Compensación Familiar a la cual desea afiliarse". Reglamenta seguidamente el procedimiento a seguir, determinando que el trabajador podrá solicitar cambio de afiliación cada seis meses y que la nueva selección tendrá efectos desde el primer día hábil del mes siguiente a la fecha de entrega al empleador.

La decisión del ejecutivo no se limita a reglamentar la Ley 21 de 1982, sino que la amplía y contradice.

El artículo 15 de la ley, al imponer a los empleadores la obligación de pagar los aportes por conducto de una Caja de Compensación Familiar le está determinando el lugar para hacerlo según el orden que trae la misma norma, o sea en una Caja que funcione dentro de la ciudad, o la más próxima dentro de los límites de los respectivos departamentos, intendencias o comisarías, o en su defecto, en una que funcione en la división política territorial más cercana.

Se observa que se extralimitó el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria al expedir el acto demandado. De todas maneras, el Decreto 1231 de 1994 fue modificado mediante el Decreto No. 2834 publicado el 22 de diciembre de 1994, modificación que equivale a una derogatoria total. En efecto, mediante esta última disposición, se derogó el artículo primero y se dispuso modificar el artículo segundo, que es la norma demandada, en el sentido de que "La decisión de afiliar a los trabajadores a una Caja de Compensación Familiar la tomará el empleador, aplicando el procedimiento que para el efecto señale el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social"

El acto acusado no está pues, vigente pero, en seguimiento de doctrina de esta Corporación, se producirá fallo en fondo por las secuelas jurídicas que aquel pudo haber causado durante su vigencia.

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:

DECRETASE LA NULIDAD del artículo segundo del Decreto No. 1231 de 1994, expedido por el Presidente de la República "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 21 de 1982", con efectos hasta el día 22 de diciembre de 1994, fecha en que se publicó el Decreto 2834 que lo modificó.

DEVUELVASE a la parte actora el depósito constituido para gastos ordinarios del proceso, por no haberse utilizado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase. La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 16 de marzo de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA. INTRA-Supresión. TERCERO INTERESADO

Debe pronunciarse la Sala en primer término sobre la excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva" planteada por el apoderado del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito - INTRA -. Sobre el particular cabe advertir que la vinculación del INTRA a los procesos en los cuales se controvierte la constitucionalidad del Decreto 2171 de 1992 no se hizo en calidad de parte sino como tercero con interés directo en las resultas del proceso, en cumplimiento del mandato imperativo del artículo 207 numeral 3o. del C.C.A., como quiera que los artículos 119 y siguientes del referido Decreto se dispuso la supresión de dicha entidad. Por esta razón no tiene vocación de prosperidad la excepción planteada.

INTRA-Liquidación. BIENES DEL INTRA. MODERNIZACION DEL ESTADO

El artículo transitorio 20 facultó al Gobierno Nacional para que en el término de 18 meses contados a partir de la promulgación de la Carta Política, suprimiera, fusionara o reestructurara las entidades allí mencionadas. En ejercicio de las facultades el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2171 de 1992 y entre otros aspectos dispuso la supresión de los Distritos de Obras Públicas y del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito - INTRA -. Estando facultando el Gobierno para suprimir tales entidades, no puede afirmarse que resulta ajena a dicha atribución la regulación de lo relativo a su liquidación y, por ende, a la situación de sus bienes.

MODERNIZACION DEL ESTADO. MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE -Reestructuración. **MINISTERIO DE TRANSPORTE. APERTURA ECONOMICA. SECTOR TRANSPORTE** -Administración. **NACION** -Recursos y Proyectos. **DEPARTAMENTOS** -Recursos y Proyectos. **MUNICIPIOS** -Recursos y Proyectos

La reestructuración del Ministerio de Obras Públicas y Transporte es el resultado de los requerimientos del infraestructura de transporte como instrumento básico para el programa de apertura económica y la ejecución del plan de inversiones en carreteras durante el período 1991-2000, que exigen modificaciones de fondo en la estructura institucional del sector transporte, para aumentar la eficiencia en la utilización de los recursos y redefinir las responsabilidades de la Nación, los Departamentos y los Municipios en la administración y ejecución de los proyectos.

COMISION ASESORA. GOBIERNO NACIONAL - Facultades. **COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS** - Redistribución. **RAMA EJECUTIVA.** Reestructuración

Del contenido del artículo 20 transitorio se infiere que la voluntad del Constituyente no fué otra que la de que expertos en Administración Pública y Derecho Administrativo, en atención a sus autorizados conocimientos sobre la materia, asesoraran, ilustraran o aconsejaran al Gobierno Nacional en la tarea de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades allí relacionadas, sin que en ningún momento pueda afirmarse que la evaluación y recomendación por parte de aquellos tuviere carácter obligatorio para éste, pues de considerarse así no sería el Gobierno Nacional sino la Comisión Asesora la destinataria de las facultades conferidas en el mandato transitorio, alcance este que no se deduce de su texto.

GOBIERNO NACIONAL - Facultades. **DECRETOS DE MODERNIZACION DEL ESTADO**-Naturaleza Legislativa

Esta corporación en numerosos pronunciamientos ha precisado que del contenido del artículo transitorio 20 se deduce que las facultades conferidas al Gobierno Nacional, por la materia que regulan, que es la misma que le ha sido asignada al congreso de la república en el art. 150 numeral 7 de la Carta, son de naturaleza legislativa, solo que, ante la revocatoria del mandato de los congresistas, le fueron atribuidas excepcional y transi-

toriamente al Ejecutivo. Por lo mismo, difieren de la naturaleza administrativa que a este le atribuye la Carta en forma permanente en el art. 189 numerales 14 a 16, como a las que se refieren los arts. 114, 141, 142, 145 y 160 de decreto acusado, para cuyo ejercicio el Gobierno Nacional no requiere de término alguno sino obrar conforme a la ley, que en el presente caso lo que es el Decreto No. 2171 de 1992, a las que los arts. 26 literal b) del Decreto ley 1050 de 1968 y 74 del Decreto ley 1042 de 1978 le asignan a las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas, que pueden ejercerse en cualquier tiempo, como la que hace alusión al parágrafo del art. 160.

FUSIONAR - Definición. ENTIDAD PUBLICA - Creación. AERONAUTICA - Reestructuración. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL

Fusionar significa unir, fundir en uno solo. De tal suerte que debe unirse o fundirse en una sola las entidades objeto de la fusión, necesariamente el producto resultante no puede ser otro que el de conformarse un nuevo ente, diferente de cada uno de los que hasta antes de la decisión eran independientes. Lo anterior quiere decir que la facultad de fusionar de que trata el art. transitorio 20 implica indefectiblemente la creación de una nueva entidad y por ello no puede endilgarse al decreto acusado, como se hace en el literal i), la trasgreción del artículo transitorio 20 al crearse en los arts. 67 y siguientes de Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

MINISTERIO DE TRANSPORTE - Reestructuración. SUPRESION DE EMPLEOS

La supresión, fusión o reestructuración ordenada por el artículo transitorio lleva ínsita o aparejada la de supresión de cargos o empleos, es decir, que cuando el Constituyente facultó al Gobierno Nacional para reestructurar, fusionar o suprimir las entidades mencionadas en la norma transitoria, de antemano lo estaba autorizando para suprimir los cargos que no requieran las necesidades del servicio, ello en aplicación de la prevalencia del interés general sobre el particular y sin perjuicio obviamente, de la obligación de indemnizar los perjuicios que se puedan causar a sus titulares como consecuencia de la decisión adoptada.

MINISTERIO DE TRANSPORTE. SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE. CONTROL Y VIGILANCIA. INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE

El artículo 2o. prevé que el servicio público básico de transporte de pasajeros y carga pueda ser prestado por particulares; el artículo 65 establece que la construcción y conservación de la infraestructura de transporte no podrá ser ejecutada en forma directa por el Instituto Nacional de Vías sino que deberá éste controlarla. Para la Sala estas disposiciones no contrarían las normas constitucionales antes indicadas ya que el artículo 365 de la Carta es diáfano en señalar que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. Pero debiendo él mantener siempre la regulación, control y vigilancia de los mismos. Del texto de los artículos 3o. y 5o. a 9o. del referido Decreto se deduce claramente que el control, la regulación y vigilancia del servicio público de transporte depende única y exclusivamente del Ministerio de Transporte.

PROPIEDAD ACCIONARIA - Inexistencia. **INTRA** - Enajenación de Bienes. **PROPIEDAD DE LOS TRABAJADORES**

No estaba obligado el Gobierno Nacional a promover el acceso de la propiedad de los trabajadores de Distritos de Obras Públicas o del INTRA, entidades estas que fueron suprimidas por el decreto acusado, en los términos del art. 60 de la Carta Política, por cuanto los bienes cuya enajenación se autorizó no constituían una propiedad accionaria del Estado en tales entidades. Además, las mismas no tenían la calidad de empresa industrial o comercial del Estado o sociedad de economía mixta, que es respecto de las cuales el precepto constitucional mencionado prevé la posible participación accionaria de los trabajadores en los bienes de propiedad del Estado representados en acciones.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de Marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente : *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expedientes acumulados nos. 2339, 2344, 2368 Y 2528. Acción: Nulidad. Actores: Armando Novoa García y otros.

Se procede a dictar sentencia en los procesos acumulados Nos: 2339, actores: ARMANDO NOVOA GARCIA, JORGE ELIECER MANTILLA NUÑEZ, FRANCISCO INFANTE, FRANCENETH PEÑA MERCADO, CARLOS EDUARDO BARBOSA GOMEZ, RODRIGO GARCIA MENDEZ, HERNANDO ESPINEL GARCIA, JOSE AMADEO PINTOR SUAREZ, FABIO DE J. MARIN CRUZ Y MANUEL FRANCISCO PACHECO MARTINEZ; 2344, ACTORES: GERMAN PLAZAS GONZALEZ, LUIS FELIPE BARRETO GARCIA, ALFONSO PINZON VILLAMIL, JUVENAL ROMERO, JOSE DEL CARMEN PARADA, ALFONSO GARCIA JAIMES, JORGE BACA RINCON, HERNANDO OVIEDO POLO, PORFIRIO RIVEROS GUTIERREZ, JOSE EZEQUIEL OBANDO, ROSSEVEL JOSE CARVAJALINO BARRAGAN, MANUEL ANTONIO ENCISO TOQUICA, ROBINSON ANTONIO AVILA VILORIA Y JAIME MANUEL JARABA CONTRERAS; 2368, ACTOR: JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ; Y 2528, ACTOR: RICARDO SANCHEZ ANGEL.

Dicha acumulación fué ordenada en el proceso No. 2339 mediante auto de 11 de marzo de 1994.

I.- PROCESO No. 2339

ARMANDO NOVOA GARCIA, JORGE ELIECER MANTILLA NUÑEZ, FRANCISCO INFANTE, FRANCENETH PEÑA MERCADO, CARLOS EDUARDO BARBOSA GOMEZ, RODRIGO GARCIA MENDEZ, HERNANDO ESPINEL GARCIA, JOSE AMADEO PINTOR SUAREZ, FABIO DE J. MARIN CRUZ y MANUEL FRANCISCO PACHECO MARTINEZ, en su condición de ciudadanos y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., presentaron demanda ante esta Corporación para que mediante sentencia se decrete la nulidad del Decreto No. 2171 de 30 de Diciembre de 1992 "por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la rama ejecutiva del orden nacional", expedido por el Gobierno Nacional en uso de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política. En subsidio solicitan los actores se decrete la nulidad de los siguientes artículos del referido Decreto: 2o. numerales 1o. y 2o., 5o. numeral 1o., 11 inciso final, 49, 50,65, 66, 127, 139, 140 a 142, 144, 145, 148 a 150, 153 a 155, 160 y 1262.

I. 1.- CAUSA PETENDI

En apoyo de sus pretensiones los actores adujeron, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1o): El Decreto acusado es violatorio del artículo transitorio 20 de la Constitución Política, por lo siguiente:

a): La posibilidad de enajenar bienes no está contenida en las atribuciones otorgadas al Gobierno. Por ello en los casos en que se dispuso la venta de activos el Gobierno incurrió en violación de dicho precepto constitucional.

b): La estructura del Ministerio de Obras Públicas no se contrapone a la Constitución y antes, por el contrario, resulta en algunos de sus aspectos indispensables para ejecutar los mandatos de la Carta.

c): La Comisión ordenada por el citado artículo transitorio 20 no se integró en forma oportuna y en su seno los representantes del Gobierno actuaron sin espíritu de cuerpo.

El Gobierno ni siquiera tuvo en cuenta la evaluación y recomendaciones de los Consejeros de Estado, miembros de la Comisión, quienes conceptuaron negativamente acerca de los cambios que se proyectaban.

No existe evidencia que la Comisión hubiera sesionado conjuntamente desconociéndose no sólo la norma transitoria sino el artículo 6o. de la Carta.

2o): El Gobierno presentó por intermedio del Ministro del ramo un proyecto de ley (No. 100 de 1992), cuyo contenido era el que correspondía al ejercicio de las facultades del artículo transitorio 20. Dicho proyecto siguió su trámite regular hasta cuando los congresistas de la Comisión VI de la Cámara de Representantes aprobaron una moción llamando la atención sobre la forma como el Gobierno preparaba la elaboración del Decreto finalmente expedido el 30 de diciembre de 1992.

Tal situación desconoció el respeto por la competencia del Congreso (artículo 189 numerales 15 y 16), el principio de colaboración armónica, pero separada, de las Ramas del Poder Público (artículo 113), y apartó al Gobierno del principio de la buena fé (artículo 83), en cuanto ya había radicado un proyecto sobre la materia para el estudio del Congreso. Es decir, el Gobierno aceptó la prevalencia de competencia en el Congreso, la cual posteriormente desconoció unilateralmente.

3o): Los artículos 2o., 5o., 49 y 65 del Decreto acusado violan el artículo 265 de la Constitución Política porque éste prevé que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa e indirectamente, lo cual es diametralmente opuesto a prohibir la participación activa en la construcción y conservación de la infraestructura del transporte; los artículos 1o. y 2o., en concordancia con los artículos 365 y 334 ibídem, en cuanto impiden la acción del Estado para la reali-

zación de sus fines esenciales y pueden llegar a hacer nugatorios derechos constitucionales fundamentales, como la libertad de locomoción (artículo 24).

4o): El Estado al disponer la venta de sus activos (artículos 50 y 66 numeral 5o.) no tomó las medidas para dar cumplimiento al mandato del artículo 60 de la Constitución Política, debiendo haberlo hecho en la misma ley.

Esta omisión lesionó igualmente la posibilidad de promover formas asociativas y solidarias de propiedad (artículo 58, concordante con el artículo 333).

La previsión contenida en el artículo 51 del Decreto acusado es insuficiente porque deja de lado el artículo 60 de la Carta Política.

5o): Los artículos 139 y 140 del Decreto acusado violan los artículos 25, 53, 93 y 336 de la Constitución Política, en concordancia con los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, O.I.T., porque establecen una nueva causal de terminación de los contratos de trabajo: la supresión del empleo o cargo, como consecuencia de la reestructuración y se crea un régimen laboral especial de retiros, diferente al contemplado en las Convenciones Colectivas vigentes.

6o): Los artículos 141 y 146 del Decreto acusado violan las competencias señaladas en el artículo 189 de la Carta porque la supresión de empleos es competencia exclusiva del Presidente de la República, indelegable, y al trasladarse a otras autoridades no definidas con precisión en el Decreto se desbordan las atribuciones del artículo transitorio 20, en armonía con la norma antes citada.

El artículo 160 del Decreto acusado es inconstitucional porque el establecimiento del plazo hasta el 31 de diciembre de 1993, a que él se contrae, constituye un exceso en el ejercicio de las facultades especiales otorgadas al Gobierno Nacional por la norma transitoria, exceso este que conlleva a desconocer los artículos 150 y 188 de la Carta en cuanto se invade la órbita de competencia ordinaria del Congreso y se traslada abusivamente al Poder Ejecutivo.

7o): El artículo 145 del Decreto acusado desconoce el derecho a la estabilidad, los principios de la igualdad y la buena fé y los derechos adquiridos, cuando establece la facultad de la autoridad competente para ordenar el traslado del trabajador oficial a otro cargo o sede, y que en ausencia de disposiciones especiales se igualarán en el régimen los empleados públicos y aquéllos, porque el trabajador tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas y a permanecer en las mismas condiciones de empleo pactadas en el contrato, además que el traslado puede menoscabar la estabilidad.

Se vulnera el principio de la igualdad porque los trabajadores oficiales además de gozar de Convenciones Colectivas de Trabajo están sujetos a un régimen jurídico especial: el Decreto 2127 de 1945.

8o): Los artículos 148, 153 y 155 del Decreto acusado violan el derecho de asociación y la negociación colectiva señalados en la Constitución y en Convenios Internacionales, al establecer un régimen indemnizatorio especial, diferente al que eventualmente puede contemplar una condena judicial en desarrollo de la Convención Colectiva de Trabajo.

9o): Los artículos 140 y 148 del Decreto acusado desconocen el derecho de asociación sindical y de negociación colectiva, al no respetar las prerrogativas sobre el régimen pensional.

10o.): Los artículos 140, 145 y 154 del Decreto acusado desconocen la garantía del fuero sindical y el principio de la igualdad (artículos 39 y 13 de la Carta Política), porque no prevén protección especial alguna frente a las organizaciones sindicales y a sus representantes, igualándolos en el trato con quienes no están sindicalizados, o con quienes siéndolo, no gozan de la protección.

I. 2.- TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

I. 2. 1.- LA CONTESTACION DE LA DEMANDA:

La Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte-, por medio de apoderada, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones y para el efecto adujo, principalmente, lo siguiente:

1o): La expresión " tener en cuenta" las recomendaciones de la Comisión Asesora, de que trata el artículo transitorio 20, no significa " acoger" .

Es importante aclarar que la Comisión tuvo en varias oportunidades el proyecto de Decreto 2171 y si hubo lugar a que el Gobierno se apartara en algún aspecto de lo sugerido por uno de los miembros de la Comisión, siempre aceptó el criterio de la mayoría.

El Ministerio de Obras Públicas y Transporte no estaba en consonancia con los mandatos de la Constitución Política de 1991, pues era de público conocimien-

to la ineficacia en el mantenimiento de la infraestructura del transporte, el costo de una nómina de trabajadores dispersos por todo el territorio nacional y una organización administrativa centralizada que impedía la toma de decisiones en forma eficiente y oportuna.

2o): Las atribuciones conferidas al Gobierno por la Asamblea Nacional Constituyente corresponden a las que normalmente tiene el Congreso. Pero estas atribuciones son excepcionales en cuanto la Asamblea se las quitó al Congreso por el término de 18 meses, para permitir que el Gobierno las ejerciera.

3o): La determinación adoptada en el Decreto acusado en el sentido de que el Instituto Nacional de Vías realizará las obras públicas, no directamente sino mediante la contratación con particulares expertos en la materia, está en consonancia con lo dispuesto en los artículos 2o. de la Carta Política, que prevé entre los fines esenciales del Estado el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y en la vida política, económica, administrativa y cultural de la Nación, y 209 ibídem que consagra los principios que rigen la función administrativa.

De todas formas, el Estado sigue siendo el responsable de la ejecución de las políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial.

4o): La enajenación de bienes no puede considerarse violatoria de las normas constitucionales que citan los actores ya que los bienes de que trata el Decreto no constituyen participación en una empresa ni puede decirse que el patrimonio del Ministerio esté formado por acciones. Tampoco tiene que ver la posible enajenación de bienes con la obligación del Estado de fortalecer las organizaciones solidarias.

5o): Las disposiciones del Decreto de carácter laboral son en consecuencia lógica de la reestructuración. Es importante tener en cuenta que las normas expedidas por el Gobierno Nacional en materia laboral tienen fuerza de ley y pueden derogar normas laborales existentes por ser de su mismo rango y categoría.

El Decreto acusado en manera alguna desconoce el derecho de asociación sindical ni de negociación colectiva. Además en las Convenciones Colectivas no se previó como causal de terminación la supresión, fusión o reestructuración de la entidad, ya que esta forma de terminación obedeció a una situación excepcional, creada por mandato del artículo transitorio 20.

6o): La competencia para determinar la planta de personal del Ministerio le corresponde al Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 189 numeral 14 de la Constitución Política. En el caso de las entidades descentralizadas

le corresponde a las Juntas o Consejos Directivos, conforme a los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968.

7o): El artículo 145 del Decreto acusado de ninguna manera autoriza desconocer el principio general de que el trabajador pueda ser desmejorado en sus condiciones de trabajo.

Los artículos 25 y 58 de la Constitución Política no tienen el alcance de consagrar en favor de los trabajadores un derecho adquirido.

8o): Despedir un trabajador injustamente es diferente de que el trabajador quede cesante en virtud de un mandato constitucional. En el caso que nos ocupa el Gobierno está obrando en cumplimiento de un mandato constitucional, que no se dirige a modificar normas laborales sino que establece unas disposiciones especiales para aminorar el impacto social de las consecuencias de dicho mandato. En virtud de ello se creó y reglamentó el pago de bonificaciones e indemnizaciones, que es una facultad implícita del artículo transitorio 20.

9o): El mandato constitucional recibido por el Gobierno no estableció excepciones en cuanto a los efectos de la supresión de cargos.

El Decreto acusado tiene fuerza de ley y por lo mismo podía adoptar determinaciones por encima de normas legales y convencionales existentes. Es necesario aclarar que el Gobierno no desconoció el derecho de los trabajadores a disfrutar de la pensión de jubilación cuando hubiesen alcanzado las calidades necesarias para ello.

10o): En el presente caso no se trata de un despido injusto de un determinado trabajador o grupo de trabajadores, ni de una decisión arbitraria, sino del cumplimiento de un mandato constitucional. Por ello, no correspondía al Gobierno tomar determinaciones acerca de la protección del fuero sindical de los dirigentes que se vieran afectados por una medida de carácter general, como lo es la supresión, fusión o reestructuración.

II.- PROCESO No. 2344

GERMAN PLAZAS GONZALEZ, LUIS FELIPE BARRETO GARCIA, ALFONSO PINZON VILLAMIL, JUVENAL ROMERO, JOSE DEL CARMEN PARADA, ALFONSO GARCIA JAIMES, JORGE BACA RINCON, HERNANDO OVIEDO POLO, PORFIRIO RIVEROS GUTIERREZ, JOSE EZEQUIEL OBANDO, ROSSEVEL JOSE CARVAJALINO BARRAGAN, MANUEL ANTONIO ENCISO TOQUICA, RO-

BINSON ANTONIO AVILA VILORIA Y JAIME MANUEL JARABA CONTRERAS, en su condición de ciudadanos y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., presentaron demanda ante esta Corporación para que mediante sentencia se decrete la nulidad del Decreto No. 2171 de 30 de diciembre de 1992 **"por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la rama ejecutiva del orden nacional"**, expedido por el Gobierno Nacional en uso de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política. Subsidiariamente solicitan la declaratoria de nulidad de los artículos 49, 65, 66, 141 y 160 del mismo Decreto.

II. 1.- CAUSA PETENDI

En apoyo de sus pretensiones los actores adujeron, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1o): El Decreto acusado viola el artículo transitorio 20, por lo siguiente:

a): El artículo transitorio 20 no tiene un fin en sí mismo. Es un medio para adecuar o poner las entidades en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece. Dentro de este marco conceptual debió desarrollarse el Decreto No. 2171 de 1992.

b): La Comisión Asesora no funcionó, como era su deber, según se desprende del comunicado de los Consejeros de Estado de 5 de octubre de 1992, luego no hubo control.

c): Frente a las recomendaciones presentadas por los Consejeros de Estado hubo un olímpico desconocimiento por parte del Gobierno.

d): El artículo 66 del Decreto acusado de manera arbitraria prolonga por tres años más el término de las facultades establecidas en el artículo transitorio 20, además que delega en una subdirección transitoria la liquidación de los Distritos de Obras Públicas y de los Trabajadores vinculados.

2o): El Decreto acusado viola el Preámbulo de la Constitución Política al suprimir los Distritos de Carreteras y ordenar el despido de todos los trabajadores vinculados a ellos.

3o): Cuando el Decreto acusado se autoprohíbe participar en la construcción y mantenimiento de carreteras está en contradicción con el contenido del artículo 2o. de la Carta Política porque los sectores económicamente marginados van a ser

aún más olvidados en la prestación de un servicio público esencial como el de las vías de comunicación.

4o): El Decreto acusado viola el artículo 25 de la Carta Política porque la forma eficaz de proteger el derecho al trabajo no puede ser violando convenciones colectivas de trabajo ni cambiando la estabilidad por promesas de dinero.

La modernización del Ministerio no se obtiene despidiendo trabajadores. Por el contrario, uno de sus mayores patrimonios lo constituye la experiencia de sus trabajadores.

5o): El Decreto acusado desconoce la validez de la convención colectiva de trabajo firmada entre el Ministerio de Obras Públicas y Transporte y sus organizaciones sindicales de trabajadores el 21 de febrero de 1992.

6o): El Decreto acusado viola el artículo 55 de la Constitución Política que establece la concertación para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo porque el Gobierno en ningún momento hizo nada para promoverla.

7o): El Decreto acusado viola el artículo 356 de la Constitución Política porque traslada a los municipios y departamentos la construcción y conservación de carreteras, cuando en forma pública los Gobernadores y Alcaldes han manifestado no estar en capacidad técnica ni económica para asumir esa responsabilidad.

8o): El Decreto acusado viola el artículo 365 de la Carta Política porque en él la función de servicio desaparece para atender al ánimo de lucro como determinante causal. El Estado no puede autoexcluírse de una actividad vital para el desarrollo económico del país que además tiene íntima relación con el concepto de soberanía.

II. 2.- TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II. 2. 1.- LA CONTESTACION DE LA DEMANDA:

La Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte-, por medio de apoderada, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones y para el efecto adujo, principalmente, lo siguiente:

1o): La expresión "tener en cuenta" las recomendaciones de la Comisión Asesora, de que trata el artículo transitorio 20, no significa "acoger".

Es importante aclarar que la Comisión tuvo en varias oportunidades el proyecto de Decreto 2171 y si hubo lugar a que el Gobierno se apartara en algún aspecto de lo sugerido por uno de los miembros de la Comisión, siempre aceptó el criterio de la mayoría. No es cierto, por lo tanto, que el Gobierno hubiera desconocido olímpicamente las recomendaciones de la Comisión.

La reestructuración del Ministerio se realizó durante el término de 18 meses previsto en el artículo transitorio 20. Lo que hizo el Gobierno fue establecer un plazo para que en ejercicio de las facultades permanentes que le confiere el artículo 189 numeral 14 de la Carta se realizaran las adecuaciones en la planta de personal que como consecuencia de la reestructuración debían efectuarse.

2o): Las disposiciones del Decreto de carácter laboral son una consecuencia lógica de la reestructuración. Es importante tener en cuenta que las normas expedidas por el Gobierno Nacional en materia laboral tienen fuerza de ley y pueden derogar normas laborales existentes por ser de su mismo rango y categoría.

3o): En ningún momento el Gobierno violó el artículo 2o. de la Constitución Política porque si bien es cierto que el Estado no realizará en forma directa obras de construcción y mantenimiento de carreteras, si lo hará mediante la contratación de particulares que por sus calidades garanticen una mayor eficiencia y menores costos en la realización de estas obras de infraestructura para el transporte.

4o): No existe norma alguna en el Decreto acusado de traslado a los Municipios y Departamentos la construcción y conservación de carreteras.

III.- PROCESO No. 2368

JOSE ANTONIO GALAN GOMEZ, en su condición de ciudadano y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación para que mediante sentencia se decrete la nulidad de los artículos 67 a 115 y 139 a 160 del Decreto No. 2171 de 30 de diciembre de 1992 "por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la rama ejecutiva del orden nacional", expedido por el Gobierno Nacional en uso de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

III.1.- CAUSA PETENDI

En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1o): El artículo transitorio 20 de la Carta Política no facultó al Gobierno Nacional para crear nuevos entes jurídicos sino para reestructurar los existentes, fusionarlos o suprimirlos. De tal manera que cuando se crea el ente jurídico: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (artículos 67, 68 y ss), se excede el Gobierno Nacional en el ejercicio de las atribuciones a él conferidas.

2o): La norma transitoria señaló el límite temporal dentro del cual el Gobierno podía válidamente " reestructurar" las entidades: 18 meses contados a partir de la vigencia de la Constitución, luego cuando los artículos 114, 115, 141 a 147 y 160 del Decreto No. 2171 de 1992 pretenden reestructurar la entidad más allá del 7 de enero de 1993, se exceden en las atribuciones temporales delimitadas en la norma transitoria, invadiendo la competencia indicada en el artículo 150 numeral 7o. de la Carta Política.

3o): Los artículos 110, 111, 139 a 141, 144 a 146, 148 a 155, 158 y 159 del Decreto No. 2171 de 1992 violan: el artículo transitorio 20, por extralimitación de funciones e incompetencia; las demás normas constitucionales que señalan los límites y funciones del Presidente de la República y del Gobierno Nacional; y las normas legales y reglamentarias que regulan el régimen contractual y convencional de los trabajadores oficiales y empleados públicos, en cuanto el Gobierno Nacional no estaba facultado para modificar dicho régimen, crear nuevas formas de retiro, terminación de contratos de trabajo y procedimientos administrativos distintos de los señalados en las normas laborales preexistentes.

4o): Los artículos 148 a 159 quebrantan el artículo transitorio 20 y el artículo 8o. de la Ley 27 de 1992, reglamentario del artículo 125 de la Carta, pues dicho artículo transitorio 20 no facultó al Gobierno Nacional para crear y reglamentar el pago de indemnizaciones y bonificaciones a los funcionarios de carrera administrativa, escalafonados, en período de prueba y con nombramiento provisional.

En cambio el artículo 8o. de la referida Ley si le dio tal facultad, de la cual no hizo uso el Gobierno Nacional.

III.2.- TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

III.2.1.- LA CONTESTACION DE LA DEMANDA:

La Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte-, por medio de apoderada, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones y para el efecto adujo, principalmente, lo siguiente:

1o): Lo que se realizó en el artículo 67 del Decreto acusado no fue la creación de una nueva entidad sino la fusión del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y el Fondo Aeronáutica Nacional, los cuales se reestructuraron como Unidad Administrativa Especial y pasaron a formar del Ministerio de Transporte. Ello obedeció a la necesidad creada por la Constitución Política de dotar al servicio público de transporte con entidades ágiles y eficientes para la vigilancia de su prestación y de unificar las políticas mediante la planeación de todos los medios de transporte en un solo Ministerio que opere como entidad rectora para cumplir los mandatos del artículo 365 de la Carta.

2o): La modificación de la norma orgánica del Ministerio se llevó a cabo durante el plazo de 18 meses señalado por el artículo transitorio 20 y lo que hizo el Gobierno Nacional fue establecer un plazo para que en ejercicio de las facultades permanentes que le confiere el artículo 189 numeral 14 de la Carta se realizaran las adecuaciones en la planta de personal que como consecuencia de la reestructuración debían efectuarse.

En el caso de la entidades descentralizadas el fenómeno es similar.

3o): Las disposiciones del Decreto de carácter laboral son una consecuencia lógica de la reestructuración. Es importante tener en cuenta que las normas expedidas por el Gobierno Nacional en materia laboral tienen fuerza de ley y pueden derogar normas laborales existentes por ser de su mismo rango y categoría.

Además, con las medidas adoptadas se busca poner en consonancia la entidad con los mandatos de los artículos 25, 48 y 53 de la Carta, reconociendo a los trabajadores cesantes una indemnización o bonificación que les permita una subsistencia digna y la iniciación de otro tipo de actividad laboral.

4o): La facultad para crear y reglamentar el pago de indemnizaciones y bonificaciones está implícita en el artículo transitorio 20 ya que las atribuciones de éste no podrían ejercerse sin tener en cuenta otros mandatos de la Carta, como el contenido en el artículo 25.

Es evidente que como consecuencia de la reestructuración, fusión y supresión, el Gobierno tenía que establecer normas de esta naturaleza que impidieran que se

dejaran cesantes a algunos trabajadores sin brindarles una solución económica para su inmediato futuro.

III. 2. 2.- El apoderado del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito -INTRA-, manifiesta que se opone a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento frente a las expectativas reclamadas y que dicha entidad no ha debido ser vinculada al proceso por no ser parte demandada, motivo por el cual propone la excepción de " falta de legitimación en la causa por pasiva" .

IV.- PROCESO No. 2528

RICARDO SANCHEZ ANGEL, en su condición de ciudadano y en su ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación para que mediante sentencia se decreta la nulidad de los artículos 2o. y 3o. del Decreto No. 2171 de 30 de diciembre de 1992 " por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la rama ejecutiva del orden nacional" , expedido por el Gobierno Nacional en uso de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política.

IV.1.- CAUSA PETENDI

En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

Los artículos 2o. y 3o. del Decreto No. 2171 de 1992 violan los artículos 1o., 150 numerales 21 y 23, 334, 365 y transitorio 20 de la Constitución Política, por lo siguiente:

a): El artículo transitorio 20 únicamente habilitaba al Gobierno Nacional para suprimir, fusionar o reestructurar el aparato estatal.

Es decir, durante el lapso de 18 meses el Gobierno cumplía transitoriamente la potestad legislativa contenida en el numeral 7o. del artículo 150 de la Constitución Política.

Tales atribuciones se dirigen a la estructura y organización del aparato estatal y nada más.

b): Las normas que establecen el régimen jurídico de los servicios públicos, como el transporte (artículo 365 de la Constitución) y las reglas de intervención de

ellos (artículo 334 *ibídem*), son de privativa expedición del Congreso, según se lee en los artículos mencionados y en el artículo 150 numerales 21 y 23 *ibídem.*

Existe una reserva legal que no se exceptuó en la Constitución.

Estas normas y la materia que ellas tratan son conceptual y normativamente distintas de las que difieren competencias legislativas para organizar el aparato estatal mediante la creación, supresión y reestructuración de las instituciones, por lo cual el Gobierno no podía considerarlas en uso de las facultades del artículo transitorio 20.

c): Los artículos acusados no son reglas atinentes a la institucionalidad sino verdaderas políticas sustantivas reservadas a la ley y sobre las cuales el Constituyente no le dio al Gobierno facultad alguna.

Los artículos demandados son extraños a la órbita de las facultades que le confirió al Gobierno el artículo 20 transitorio, pues éste le permite regular la institucionalidad. Las normas acusadas prescriben una política de intervención, un régimen jurídico al servicio público de transporte y los criterios y definiciones políticas reservados a la ley.

d): Los artículos acusados confieren inconstitucionalmente al Ministerio de Transporte la facultad legislativa de regular la intervención del Estado en el servicio de transporte.

IV. 2.- TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista y alegaciones.

IV. 2. 1.- LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte-, por medio de apoderada, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones y para el efecto adujo, principalmente, lo siguiente:

1o): Las atribuciones conferidas al Gobierno Nacional por la Asamblea Nacional Constituyente, normalmente corresponden al Congreso pero fueron traspasadas excepcionalmente al Gobierno Nacional, para que éste las ejerciera. Al tratarse de un mandato general, imperativo y obligatorio, del cual no podía sustraerse el Gobierno, su desarrollo tenía que ser general hasta el punto de reestruc-

turar a las entidades, lo cual implicaba fijar las políticas de acción de las mismas, de acuerdo con las nuevas normas constitucionales, como lo podría haber hecho el Congreso de la República.

La reforma contenida en el Decreto acusado obedeció a la necesidad creada por la Constitución Política de dotar al servicio público de transporte con entidades ágiles y eficientes para la vigilancia de su prestación y de unificar las políticas mediante la planeación de todos los medios de transporte en un solo Ministerio que opere como entidad rectora.

El Ministerio de Obras Públicas y Transporte no estaba en consonancia con los mandatos de la Constitución Política de 1991, pues era de público conocimiento la ineficacia en el mantenimiento de la infraestructura del transporte y una organización administrativa centralizada que impedía la toma de decisiones en forma eficiente y oportuna.

2o): El artículo 2o. acusado cumple con el mandato del artículo 365 de la Carta porque enmarca el principio de asegurar la prestación del servicio en forma eficiente, a través del Ministerio como entidad rectora del sector, y el artículo 3o. determina las funciones reguladoras que le corresponden al mismo como entidad responsable del buen funcionamiento del servicio público de transporte. En consecuencia, estos artículos no contienen una intervención en el servicio público de transporte en los términos señalados por el artículo 334 de la Carta, sino una ordenación de las funciones y atribuciones del Ministerio y en general del sector transporte, por lo cual no violan el numeral 21 del artículo 150 de la Carta Política.

Las normas cuestionadas de ninguna manera desconocen el artículo 365 de la Constitución Política ni el 150 numeral 23 ibídem, pues como se dice en el artículo 2o. acusado, el Ministerio sólo aplicará a la iniciativa privada las restricciones establecidas en la ley y en los convenios internacionales.

IV.2.2- El apoderado del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito -INTRA-, manifiesta que se opone a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento frente a las expectativas reclamadas y que dicha entidad no ha debido ser vinculada al proceso por no ser parte demandada, motivo por el cual propone la excepción de " falta de legitimación en la causa por pasiva" .

V.- ALEGACIONES

En el curso de esta etapa las partes ratificaron los planteamientos expresados en las respectivas demandas y contestaciones de las mismas.

El Ministerio público alegó de conclusión en los procesos Nos. 2368 y 2528 y de sus escritos se extrae, principalmente, lo siguiente:

La función excepcional transitoria otorgada al Gobierno Nacional mediante el artículo transitorio 20 es de naturaleza legislativa y emitido el estatuto legal de la fusión de entidades y la consecuente reestructuración del ente que se genera, dentro del término de 18 meses, nada impedía al Gobierno fijar en el mismo estatuto un límite para dar cumplimiento a la función que le es propia y permanente, al tenor de los ordinales 14 y 15 del artículo 189 de la Constitución Política.

Es ajena a la función de reestructurar, fusionar o suprimir, la facultad de fusionar, suprimir o crear empleos y consecuencia lógica de la supresión de cargos es la desvinculación de las personas que venían desempeñándolos.

Es apenas lógico inferir que de la unión de dos entidades resultaría una sola.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Debe pronunciarse la Sala en primer término sobre la excepción de " falta de legitimación en la causa por pasiva" planteada por el apoderado del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito -INTRA-.

Sobre el particular cabe advertir que la vinculación del INTRA a los procesos en los cuales se controvierte la constitucionalidad del Decreto No. 2171 de 1992 no se hizo en calidad de parte sino como tercero con interés directo en las resultas del proceso, en cumplimiento del mandato imperativo del artículo 207 numeral 3o. del C.C.A., como quiera que en los artículos 119 y siguientes del referido Decreto se dispuso la supresión de dicha entidad. Por esta razón no tiene vocación de prosperidad la excepción planteada y, en consecuencia, se impone un pronunciamiento de fondo.

Para facilitar el análisis de los cargos de violación expuestos en los diferentes procesos que han sido objeto de acumulación, la Sala los clasifica de la siguiente manera:

I-. CARGOS RELACIONADOS CON LA VIOLACION DEL ARTICULO TRANSITORIO 20 (1o. de los procesos Nos. 2339 y 2344; 1o. y 2o. del proceso No. 2368) Y CARGOS RELACIONADOS EN LOS LITERALES A a D DEL PROCESO No. 2528

a): La posibilidad de enajenar bienes no está contenida en las atribuciones otorgadas al Gobierno. Por ello, en los casos en que se dispuso la venta de activos el Gobierno incurrió en violación de dicho precepto constitucional.

b): La estructura del Ministerio de Obras Públicas no se contrapone a la Constitución y antes, por el contrario, resulta en algunos de sus aspectos indispensable para ejecutar los mandatos de la Carta.

c): La Comisión ordenada por el citado artículo transitorio 20 no se integró en forma oportuna y en su seno los representantes del Gobierno actuaron sin espíritu de cuerpo.

El Gobierno ni siquiera tuvo en cuenta la evaluación y recomendaciones de los Consejeros de Estado, miembros de la Comisión, quienes conceptuaron negativamente acerca de los cambios que se proyectaban.

No existe evidencia que la Comisión hubiera sesionado conjuntamente desconociéndose no sólo la norma transitoria sino el artículo 60. de la Carta.

d): El artículo 160 del Decreto acusado es inconstitucional porque el establecimiento del plazo hasta el 31 de diciembre de 1993, a que él se contrae, constituye un exceso en el ejercicio de las facultades especiales otorgadas al Gobierno Nacional por la norma transitoria, exceso este que conlleva a desconocer los artículos 150 y 188 de la Carta en cuanto se invade la órbita de competencia ordinaria del Congreso y se traslada abusivamente al Poder Ejecutivo.

e): El artículo transitorio 20 no tiene un fin en sí mismo. Es un medio para adecuar o poner las entidades en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece. Dentro de este marco conceptual debió desarrollarse el Decreto No. 2171 de 1992.

f): La Comisión Asesora no funcionó, como era su deber, según se desprende del comunicado de los Consejeros de Estado de 5 de Octubre de 1992, luego no hubo control.

g): Frente a las recomendaciones presentadas por los Consejeros de Estado hubo un olímpico desconocimiento por parte del Gobierno.

h): El artículo 66 del Decreto acusado de manera arbitraria prolonga por tres años más el término de las facultades establecidas en el artículo transitorio 20, además que delega en una subdirección transitoria la liquidación de los Distritos de Obras Públicas y de los trabajadores vinculados.

i): El artículo transitorio 20 de la Carta Política no facultó al Gobierno Nacional para crear nuevos entes jurídicos sino para reestructurar los existentes,

fusionarlos o suprimirlos. De tal manera que cuando se crea el ente jurídico : Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (artículos 67, 68 y ss), se excede el Gobierno Nacional en el ejercicio de las atribuciones a él conferidas.

j): La norma transitoria señaló el límite temporal dentro del cual el Gobierno podía válidamente " reestructurar" las entidades: 18 meses a partir de la vigencia de la Constitución, luego cuando los artículos 114, 115, 141 a 147 y 160 del Decreto No. 2171 de 1992 pretenden reestructurar la entidad más allá del 7 de enero de 1993, se exceden en las atribuciones temporales delimitadas en la norma transitoria, invadiendo la competencia indicada en el artículo 150 numeral 7o. de la Carta Política.

k): El artículo transitorio 20 únicamente habilitaba al Gobierno Nacional para suprimir, fusionar o reestructurar el aparato estatal. Es decir, durante el lapso de 18 meses el Gobierno cumplía transitoriamente la potestad legislativa contenida en el numeral 7o. del artículo 150 de la Constitución Política. Tales atribuciones se dirigen a la estructura y organización del aparato estatal y nada más. Las normas que establecen el régimen jurídico de los servicios públicos, como el transporte (artículo 365 de la Constitución) y las reglas de intervención de ellos (artículo 334 ibídem), son de privativa expedición del Congreso, según se lee en los artículos mencionados y en el artículo 150 numerales 21 y 23 ibídem. Existe una reserva legal que no se exceptuó en la Constitución. Estas normas y la materia que ellas tratan son conceptual y normativamente distintas de las que difieren competencias legislativas para organizar el aparato estatal mediante la creación, supresión y reestructuración de las instituciones, por lo cual el Gobierno no podía considerarlas en uso de las facultades del artículo transitorio 20.

Los artículos 2o. y 3o. del Decreto No. 2171 de 1992 no son reglas atinentes a la institucionalidad sino verdaderas políticas sustantivas reservadas a la ley y sobre las cuales el Constituyente no le dio al Gobierno facultad alguna. Tales artículos son extraños a la órbita de las facultades que le confirió al Gobierno el artículo 20 transitorio, pues éste le permite regular la institucionalidad y las normas acusadas prescriben una política de intervención, un régimen jurídico al servicio público de transporte y los criterios y definiciones políticas reservados a la ley. Confieren inconstitucionalmente al Ministerio de Transporte la facultad legislativa de regular la intervención del Estado en el servicio de transporte.

II-. CARGOS REFERENTES A LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN MATERIA LABORAL (cargos 5o. a 10o. del proceso No. 2339; 2o., 4o. y 5o. del proceso No. 2344; y 3o. y 4o. del proceso No. 2368).

III-. CARGOS REFERENTES A LA VIOLACION DE LOS ARTICULOS 1o., 20., 24, 334, 356 Y 365 DE LA CONSTITUCION POLITICA (cargos 3o. del proceso No. 2339 y 3o., 7o. y 8o., del proceso No. 2344).

IV-. CARGOS ATINENTES A LA VIOLACION DE LOS ARTICULOS 60 DE LA CONSTITUCION POLITICA (cargo 4o. del proceso No. 2339 y 55 IBIDEM (cargo 6o. del proceso No. 2344).

V-. CARGO REFERENTE AL DESCONOCIMIENTO DE LA COMPETENCIA DEL CONGRESO, DEL PRINCIPIO DE LA COLABORACION ARMONICA ENTRE LAS RAMAS DEL PODER PUBLICO Y DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE (cargo 2o. del proceso No. 2339).

I-. Estima la Sala que los cargos reseñados en el primer grupo no está llamados a prosperar, por las siguientes razones: 1): El artículo transitorio 20 facultó al Gobierno Nacional para que en el término de 18 meses contado a partir de la promulgación de la Carta Política, suprimiera, fusionara o reestructurara las entidades allí mencionadas.

En ejercicio de tales facultades el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 2171 de 1992 y entre otros aspectos dispuso la supresión de los Distritos de Obras Públicas y del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito -INTRA-.

Estando facultado el Gobierno para suprimir tales entidades, no puede afirmarse que resulta ajena a dicha atribución la regulación de lo relativo a su liquidación y, por ende, a la situación de sus bienes.

2): Ha sido criterio unánime y reiterado de la Sala considerar que si bien es cierto que la Constitución Política hizo especial énfasis en la norma transitoria sobre la redistribución de competencias y recursos que ella establece, a tales aspectos no se circunscribió únicamente la Reforma Constitucional, pues importante innovación fue, entre otras, la de haber consagrado los principios orientadores de la función administrativa, sin cuyo acatamiento no podrían realizarse los fines esenciales del Estado a que se contrae el artículo 2o. de la Carta, que permiten garantizar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden político, económico y social justo.

Según se desprende del texto del proyecto de Decreto No. 2171 de 1992 (folio 136 cuaderno de anexos del proceso No. 2528), la reestructuración del Ministerio de Obras Públicas y Transporte es el resultado de los requerimientos de infraestructura de transporte como instrumento básico para el programa de apertura económica y la ejecución del plan de inversiones en carreteras durante el período

1991-2000, que exigen modificaciones de fondo en la estructura institucional del sector transporte, **para aumentar la eficiencia en la utilización de los recursos y redefinir las responsabilidades de la Nación, los Departamentos y los Municipios en la administración y ejecución de los proyectos.**

Estas razones descartan las afirmaciones de que la entidad no requería una reestructuración o que ésta no estaba acorde con las normas contenidas en la Reforma Constitucional, a que se contraen los cargos relacionados en los literales b y e.

3): En lo que respecta a las censuras frente a la Comisión Asesora contenidas en los literales c, f y g, es preciso reiterar que del contenido del precepto 20 transitorio se infiere que la voluntad del Constituyente no fué otra que la de que expertos en Administración Pública y Derecho Administrativo, en atención a sus autorizados conocimientos sobre la materia, asesoraran, ilustraran o aconsejaran al Gobierno Nacional en la tarea de reestructurar, fusionar o suprimir las entidades allí relacionadas, sin que en ningún momento pueda afirmarse que la evaluación y recomendación por parte de aquéllos tuviera carácter obligatorio para éste, pues de considerarse así no sería el Gobierno Nacional sino la Comisión Asesora la destinataria de las facultades conferidas en el mandato transitorio, alcance este que no se deduce de su texto.

De otra parte, cabe resaltar que la Comisión Asesora si se conformó, según se infiere del Acta No. 5 de 4 de noviembre de 1992 (folios 1 a 13 del cuaderno de anexos del proceso No. 2528); intervino antes de la expedición del Decreto acusado; tuvo conocimiento de los aspectos relacionados con la reestructuración del Ministerio de Obras Públicas y Transporte; y formuló observaciones. Y si bien es cierto que el Gobierno Nacional no acogió algunas de ellas, no lo es menos que, como se dijo anteriormente, no eran obligatorias para éste.

4): Esta Corporación en numerosos pronunciamientos ha precisado que del contenido del artículo transitorio 20 se deduce que las facultades conferidas al Gobierno Nacional, por la materia que regulan, que es la misma que le ha sido asignada al Congreso de la República en el artículo 150 numeral 7o. de la Carta, son de naturaleza legislativa, sólo que, ante la revocatoria del mandato de los congresistas, le fueron atribuídas excepcional y transitoriamente al Ejecutivo. Por lo mismo, difieren de las de naturaleza administrativa que a éste le atribuye la Carta en forma permanente en el artículo 189 numerales 14 a 16, como a las que se refieren los artículos 114, 141, 142, 145 y 160 del Decreto acusado, para cuyo ejercicio el Gobierno Nacional no requiere de término alguno sino obrar conforme a la Ley, que en el presente caso lo es el Decreto No. 2171 de 1992, o las que los artículos 26 literal b del Decreto Ley 1050 de 1968 y 74 del Decreto Ley 1042 de

1978 le asignan a las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas, que pueden ejercerse en cualquier tiempo, como a la que hace alusión el parágrafo del artículo 160. Por tal razón, se descarta la transgresión del artículo transitorio 20 invocada en los cargos a que se contraen los literales d y j. En consecuencia, habrá de levantarse la suspensión provisional de los efectos de las expresiones relativas al plazo contenidas en las normas antes citadas, ordenada por autos de 13 de mayo de 1993 (Expediente No. 2344) y 21 de mayo del mismo año (Expediente No. 2368).

Por lo demás, y en lo que atañe al cargo del literal h, es preciso reiterar que la liquidación, como consecuencia de la supresión de una dependencia o entidad, es una etapa administrativa posterior al ejercicio de las atribuciones del artículo transitorio 20, y para su ejecución bien podía el Ejecutivo establecer un plazo diferente del consagrado en dicho precepto y encargar a un organismo para tal efecto.

5): Fusionar significa unir, mezclar, fundir en uno solo. De tal suerte que de unirse o fundirse en una sola las entidades objeto de la fusión, necesariamente el producto resultante no puede ser otro que el de conformarse un nuevo ente, diferente de cada uno de los que hasta antes de la decisión eran independientes.

Lo anterior quiere decir que la facultad de fusionar de que trata el artículo transitorio 20 implica indefectiblemente la creación de una nueva entidad y por ello no puede endilgarse al Decreto acusado, como se hace en el literal i, la transgresión del artículo transitorio 20 al crearse en los artículos 67 y siguientes la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

6): Los artículos 2o. y 3o. del Decreto No. 2171 de 1992 contienen los criterios básicos y la definición de políticas para la regulación del transporte.

Según el cargo contenido en el literal k, tales regulaciones son de competencia del legislador y no podían considerarse en uso de las facultades conferidas en el artículo transitorio 20.

Tampoco tiene vocación de prosperidad este cargo porque, como lo ha expresado la Sal en diversas providencias, entre ellas, en sentencia de 27 de mayo de 1994 (Expedientes acumulados nos. 2310, 2365 y 2404, actores: Alfredo Elías Ramos Flórez y otros), no resulta ajeno a la reestructuración de una entidad el señalamiento de los criterios o políticas que la gobiernan y las facultades que tiene a su cargo ejercer, pues sin ello se haría nugatorio el cumplimiento de los objetivos que justifican la razón de ser de su creación.

II-. El segundo grupo de cargos guarda relación con las medidas adoptadas en materia laboral.

Sobre el particular ya la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en numerosos fallos y ha sido unánime en precisar que la supresión, fusión o reestructuración ordenada por el artículo transitorio 20 lleva ínsita o aparejada la de supresión de cargos o empleos, es decir, que cuando el Constituyente, facultó al Gobierno Nacional para reestructurar, fusionar o suprimir las entidades mencionadas en la norma transitoria, de antemano lo estaba autorizando para suprimir los cargos que no requirieran las necesidades del servicio, ello en aplicación de la prevalencia del interés general sobre el particular y sin perjuicio obviamente, de la obligación de indemnizar los perjuicios que se puedan causar a sus titulares como consecuencia de la decisión adoptada.

De otra parte, teniendo los Decretos expedidos con fundamento en el artículo transitorio 20, por la materia que regulan, la misma fuerza o entidad normativa que la ley, podía establecer el Decreto No. 2171 de 1992, como causal de retiro, en armonía con lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta, la supresión de la entidad y hacer regulaciones diferentes de las contenidas en normas de igual jerarquía, a la vez que consagrar un régimen distinto, en cuanto al pago de indemnizaciones y bonificaciones, del previsto en convenciones colectivas de trabajo, amén de que la causa que origina dicho pago es excepcional, esto es, en desarrollo de un claro mandato constitucional.

Lo precedente conduce a desestimar los cargos 5o. a 10o. del proceso No. 2339; 2o., 4o. y 5o. del proceso No. 2344; y 3o. y 4o. del proceso No. 2368.

III-. El tercer grupo de cargos es el relacionado con la violación de los artículos 1o., 2o., 24, 334, 356 y 365 de la Carta Política, por parte de los artículos 2o., 5o., 49 y 65 del Decreto acusado.

Los cargos deben analizarse frente a los artículos 2o. y 65 del Decreto acusado ya que los artículos 5o. y 49 no se refieren a la prestación del servicio por particulares, que es lo que constituye el fundamento de aquéllos.

El artículo 2o. prevé que el servicio público básico de transporte de pasajeros y carga pueda ser prestado por particulares; el artículo 65 establece que la construcción y conservación de la infraestructura de transporte no podrá ser ejecutada en forma directa por el Instituto Nacional de Vías sino que deberá éste contratarla.

Para la Sala estas disposiciones no contrarían las normas constitucionales antes indicadas ya que el artículo 365 de la Carta es diáfano en señalar que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. Pero debiendo él mantener siempre la regulación, control y vigilancia de los mismos.

Del texto de los artículos 3o. y 5o. a 9o. del referido Decreto se deduce claramente que el control, la regulación y vigilancia del servicio público de transporte depende única y exclusivamente del Ministerio de Transporte.

De tal manera que estando autorizada la prestación de los servicios públicos en forma indirecta por el Estado, a través de comunidades organizadas o de particulares, y habiéndose adoptado las medidas necesarias para que el Ministerio a cuyo cargo está la prestación del servicio público de transporte, ejerza un estricto control, vigilancia y regulación sobre el mismo, no puede aseverarse que se desconozcan los artículos 10., 20., 334 y 365 de la Constitución Política.

Tampoco está llamado a prosperar el cargo de violación del artículo 356 de la Carta Política por cuanto, de una parte, los actores en el proceso No. 2344 no indican cuál es la norma del Decreto acusado que traslada a los municipios y departamentos la construcción y conservación de carreteras, amén de que en el texto de dicho Decreto no se advierte tal regulación.

De otra parte, no encuentra la Sala relación alguna entre las regulaciones de los artículos 2o. y 65 del Decreto cuestionado y la violación del artículo 24 de la Carta Política.

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a desestimar los cargos en estudio.

IV-. En lo referente a las censuras de violación de los artículos 60 y 55 de la Constitución Política, a que se contraen los cargos 4o. del proceso No. 2339 y 6o. del proceso No. 2344, estima la Sala que tampoco tienen virtualidad de prosperar. En efecto, no estaba ligado el Gobierno Nacional a promover el acceso a la propiedad de los trabajadores de los distritos de Obras Públicas o del INTRA, entidades estas que fueron suprimidas por el Decreto acusado, en los términos del artículo 60 de la Carta Política, por cuanto los bienes cuya enajenación se autorizó no constituían una propiedad accionaria del Estado en tales entidades. Además, las mismas no tenían la calidad de empresa industrial o comercial del Estado o sociedad de economía mixta, que es respecto de las cuales el precepto constitucional mencionado prevé la posible participación accionaria de los trabajadores en los bienes de propiedad del Estado representados en acciones.

En el caso de los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en uso de las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 20 no se estaba en presencia de conflictos colectivos de trabajo, situación esta respecto de la cual el artículo 55 de la Constitución Política exige la concertación como medio para la solución pacífica de los mismos.

Por lo demás, el citado artículo transitorio no prevé como requisito previo a la reestructuración, supresión o fusión, la concertación a que alude la norma constitucional en estudio.

V-. En lo concerniente a esta censura, tampoco está llamada a prosperar ya que el hecho de que el Gobierno Nacional hubiera tramitado un proyecto de ley sobre la materia que posteriormente fué tratada en el Decreto acusado en manera alguna dejaba sin efecto o impedía al Ejecutivo que hiciera uso de las facultades excepcionales conferidas en el artículo transitorio 20.

En conclusión, deberá la Sala denegar las súplicas de las demandas, y así lo 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): DECLARASE no probada la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva, propuesta por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito - INTRA-.

2o.): DENIEGANSE las súplicas de las demandas en los procesos acumulados nos. 2339, 2344, 2368, 2528.

3o): LEVANTASE la suspensión provisional de los efectos de las expresiones referentes al plazo contenidas en los artículos 114, 141, 142, 145 y 160, ordenada en autos de 13 de mayo de 1993, en el proceso No. 2344, y de 21 de mayo del mismo año, en el proceso No. 2368.

3o): DEVUELVANSE a los actores las sumas de dinero depositadas por concepto de gastos ordinarios del proceso.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase. Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 24 de marzo de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DROGUERIA. Apertura. **DROGUERIA.** Traslado. **OTORGAMIENTO DE PERMISOS. MINISTERIO DE SALUD.** Criterios. **DROGUERIA.** Distancia. **SUSPENSION PROVISIONAL**

La voluntad del legislador es la de evitar que haya aglutinación de droguerías en determinados sectores, en detrimento de otros que requieren del servicio por su número de habitantes y condiciones socio económicas. Por ello le señala al Ministerio de Salud unos criterios que debe observar a fin de que haya una distribución razonada y planificada de dichos establecimientos, como lo son el número de habitantes del barrio o sector, sus condiciones socio-económicas y la proximidad de un establecimiento al otro. Al disponer el acto acusado que ya no se requiere distancia mínima entre la droguería solicitante y la más cercana, está contrariando la voluntad del legislador ya que el aspecto de la proximidad, fue considerado como esencial en la medida en que incide en la distribución racional y planificada de tales establecimientos, que busca el cumplimiento de la función social que por mandato legal se les ha determinado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente : *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente No. 3259. Acción : Nulidad Actora : Asociación Colombiana de Droguistas Detallistas "Asocoldro".

La Asociación Colombiana de Droguistas Detallistas "Asocoldro", obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en 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. 000100

de 26 de enero de 1995 "Por la cual se modifica el artículo 5o. de la Resolución No. 010911 del 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 Ministerio de Salud.

I-. LA ADMISION DE LA DEMANDA

Como la demanda y sus anexos se adecúan a las previsiones de los artículos 137 a 142 del C.C.A., es del caso proceder a su admisión y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

II-. LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

II.1-. Aparece sustentada en el mismo escrito de la demanda, en acápite especial, del cual se extrae, principalmente, lo siguiente:

1o): El artículo 1o. de la Resolución acusada es violatoria del parágrafo 2o. del artículo 1o. de la Ley 8a. de 1971, modificatorio del parágrafo 3o. del artículo 1o. de la Ley 47 de 1967, porque mientras éstos imponen al Ministerio de Salud la obligación de determinar las distancias más próximas para el otorgamiento de permisos de apertura o traslado de droguerías, aquel dispone que para el otorgamiento de tales permisos no es necesario el requisito de la distancia.

2o): El acto acusado viola el artículo 2o. de la Constitución Política, y de contera el artículo 235 de la Ley 4a. de 1913, porque el citado Ministerio se sustrae, sin facultad legal y sin motivo aparente alguno, de la obligación esencial que como autoridad le impone la Constitución y la ley.

3o): El artículo 12 literal a del Decreto Ley 1050 de 1968 impone como obligación a los Ministros, ejercer bajo su propia responsabilidad las funciones que la ley les confiera. Por manera que si las Leyes 47 de 1967 y 8a. de 1971 le confieren al Ministro de Salud la facultad de establecer las distancias más cercanas para que se puedan otorgar permisos para apertura ay traslado de droguerías y tal funcionario omite el cumplimiento de dichas taxativas funciones, no hay duda también que la Resolución acusada viola aquella disposición.

II. 2-. Consideraciones de la Sala:

La Resolución acusada en su artículo 1o. modificó el artículo 5o. de la Resolución no. 010911 de 25 de noviembre de 1992, disponiendo que quedara así:

" Para la aprobación de apertura de traslado de droguerías en todo el territorio nacional, no se exigirá distancia mínima entre la droguería solicitante y la droguería más cercana" .

Según la actora el acto acusado desconoce el parágrafo 2o. del artículo 1o. de la Ley 8a. de 1971, que modificó el parágrafo 3o. del artículo 1o. de la Ley 47 de 1967, cuyo tenor es el siguiente:

" Para que las farmacias y droguerías no se aglutinen 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 socio-económicas, 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 a (sic) una distribución más racional y planificada en procura de que se cumpla la función social a que están determinadas por mandato de la ley" .

Del texto de la norma antes transcrita infiere la Sala que la voluntad del legislador es la de evitar que haya aglutinación de droguerías en determinados sectores, en detrimento de otros que requieren del servicio por su número de habitantes y condiciones socio económicas.

Por ello le señala al Ministerio de Salud unos criterios que debe observar a fin de que haya una distribución razonada y planificada de dichos establecimientos, como son el número de habitantes del barrio o sector, sus condiciones socio-económicas y la proximidad de un establecimiento a otro.

Al disponer el acto acusado que ya no se requiere distancia mínima entre la droguería solicitante y la más cercana, está contrariando la voluntad del legislador ya que el aspecto de la proximidad, fue considerado como esencial en la medida en que incide en la distribución racional y planificada de tales establecimientos, que busca el cumplimiento de la función social que por mandato legal se les ha determinado.

Por tal razón, es procedente acceder al decreto de suspensión provisional impetrado.

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

RESUELVE:

I-. Admítese la demanda presentada por la ASOCIACION COLOMBIANA DE DROGUISTAS DETALLISTAS " ASOCOLDRO".

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 Salud.

Entréguesele copia de la demanda y sus anexos.

c): Fíjase 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 Salud, que en el término de ocho (8) días envíe los antecedentes administrativos correspondientes al acto acusado.

e): De conformidad con lo ordenado en el numeral 4o. del artículo 207 del C.C.A., en concordancia con el Decreto 2867 de 1989, deposite la actora la suma de cinco mil pesos ($5000) moneda corriente, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaria, para atender los gastos ordinarios del proceso.

II-. Tiénese como demandante a la ASOCIACION COLOMBIANA DE DROGUISTAS DETALLISTAS " ASOCOLDRO" y como demandada a la Nación -Ministerio de Salud-.

III-. Decrétase la suspensión provisional de los efectos del artículo 1o. de la Resolución no. 000100 de 26 de enero de 1995, expedida por el Ministerio de Salud.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la sala en la sesión del día 24 de marzo de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DECRETO REGLAMENTARIO. Derogación. **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR.** Afiliación. **NORMA DEROGADA. SUSTRACCION DE MATERIA.** Improcedencia

El Decreto 1231 de 1994 demandado, fue modificado mediante Decreto No. 2834 de 1994 expendido por el Presidente de la República, por el cual se deroga su artículo primero y se modifica el segundo los cuales son las normas acusadas. A este propósito, la Sala, en seguimiento de reiterada jurisprudencia de la corporación, hará un pronunciamiento de fondo en prevención de las secuelas de orden jurídico que el acto demandado hubiese podido causar durante el tiempo de su vigencia. El artículo primero, demandado en este proceso, dejó de regir a partir de su derogatoria. El segundo corrió la misma suerte al quedar de nuevo, como se dispone en la ley reglamentada, la decisión de afiliación a una determinada caja de Compensación, en cabeza del empleador.

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR. Aportes. **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR.** Sede. **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR.** Descentralización. **DEPARTAMENTO.** Ambito

La redacción de la norma examinada (artículo 1o., inc. 1o., Decreto 1231/94) resulta ciertamente un bodrio extraño que en lugar de desarrollar la ley que dice reglamentar, la hace confusa e inaplicable. Si establece que la sede de la entidad es la localidad donde desarrolla sus programas es decir, los indicados en el artículo 41 de la Ley 21 de 1982, y seguidamente autoriza la realización de esos programas en todo el territorio nacional, está convirtiendo dicha totalidad del territorio nacional en la sede de la Caja que los lleve a efecto, el artículo 15 de la Ley 21 de 1982 le señala a los empleadores, en forma determinante, la obligación de pagar los aportes en la "Caja de Compensación que funciones dentro de la ciudad o

localidad donde se causen los salarios o de la Caja más próxima dentro de los límites de los respectivos departamentos, intendencias o comisarías" indicando, sin lugar a dobles interpretaciones que las Cajas tienen una sede ubicada en un lugar preciso de la geografía nacional, idea que se hace más enfática con la expresión "dentro de los límites de los respectivos departamentos, intendencias o comisarias". Se ve manifestada así ciertamente, la pretensión del legislador de buscar una descentralización en la creación y funcionamiento de las Cajas de Compensación buscando que su operatividad estuviera enmarcada dentro de los límites territoriales de las diversas regiones del país denominadas, después de la Constitución de 1991 con el nombre genérico de departamentos.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero ponente, *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia.: Expediente No. 3097 decretos del gobierno Actor : Manuel Santiago Urueta Ayola. Entra la Sala a fallar la demanda de nulidad interpuesta por el ciudadano de la referencia contra los artículos 1 y 2 del Decreto No. 1231 del 17 de junio de 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 21 de 1982. En esta ley se modifica el régimen de subsidio familiar y se dictan otras disposiciones.

LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

1o. Que se declare la nulidad del artículo 1o del Decreto Reglamentario No. 1231 de 1991, cuyo texto dice:

"Se entiende que una Caja de Compensación Familiar funciona en una localidad o ciudad del territorio nacional cuando en ella se cumplan las funciones del artículo 41 de la Ley 21 de 1982.

"Las Cajas de Compensación Familiar para estos efectos podrán organizar y administrar las obras y programas que se establecen para el pago del subsidio familiar en cualquier parte del territorio nacional, previa autorización de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

"La afiliación a la Caja de Compensación Familiar deberá hacerse en la ciudad o localidad donde se causen los salarios o de la Caja más próxima de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 21 de 1982".

2o. Que se declare la nulidad del artículo 2o del Decreto Reglamentario No. 1231 de 1994, cuyo texto reza:

"A partir del primero de enero de 1995, las solicitudes de afiliación presentadas por los empleadores deberán estar referidas exclusivamente a aquellos trabajadores que seleccionen libremente la Caja de Compensación Familiar a la cual desean afiliarse. Para este fin, el empleador deberá acompañar además de los documentos establecidos en el artículo 39 del Decreto 341 de 1988, copia del contrato de trabajo o solicitud escrita de cada trabajador, según el caso, donde éste manifieste en forma expresa y libre la Caja de Compensación a la cual quiere ser afiliado.

"Para los trabajadores que el 1o de enero de 1995 se encuentren vinculados en forma contractual, legal o reglamentaria, deberán informar por escrito al empleador a partir de esta fecha la selección de la Caja de Compensación a la cual deberán ser afiliados. Si no lo hicieren, se entiende que desea continuar en la Caja de Compensación a la cual está afiliado. El empleador deberá tramitar dicha solicitud en forma inmediata.

"El trabajador afiliado, podrá solicitar cambio de afiliación a la respectiva Caja de Compensación Familiar una vez cada seis (6) meses. La nueva selección tendrá efectos desde el primer día hábil del mes siguiente a la fecha de entrega al empleador".

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION

Estima el actor como violadas por el acto demandado las siguientes normas superiores:

Artículos 1, 3, 4, 48, 49, 150 num. 1 y 189 num. 10 y 11 de la Constitución Política; artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y artículos 9, 15, 19, 23 parágrafo y 57 de la Ley 21 de 1982.

El accionante hace algunas consideraciones sobre el principio de legalidad y el poder reglamentario, la regionalización del subsidio familiar, los antecedentes legales, la legislación vigente, transcribe y complementa un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, expone los vicios de ilegabilidad de las normas demandadas; habla sobre el "procedimiento decretal" y el procedimiento legal para la selección de la Caja de Compensación Familiar y solicita la suspensión provisional de los actos administrativos objeto de la demanda.

En la exposición sobre los vicios de ilegabilidad del artículo 1o del Decreto 1231 de 1994, el actor hace, entre otras, las siguientes manifestaciones:

"...El Legislador prescribió que el subsidio se debe pagar, por regla general, a través de una Caja que "funcione dentro de la ciudad o localidad donde se causen los salarios", o, excepcionalmente, si no existe allí Caja, en una de la ciudad más próxima, pero dentro de los límites de la respectiva entidad territorial. Sólo como tercera hipótesis, en el evento de que no exista Caja de Compensación Familiar en la ciudad donde se causen los salarios, ni tampoco dentro de los límites del respectivo departamento, la ley autoriza que el subsidio se pague por conducto de una Caja que funcione "en la división político-territorial más cercana".

"Esta norma de naturaleza legal es flagrantemente contradicha por el artículo 1o. del Decreto reglamentario 1231 de 1994, que so pretexto de interpretar el funcionamiento de las Cajas en una localidad o ciudad del territorio nacional, las autoriza "... para organizar y administrar las normas y programas que se establecen para el pago del subsidio familiar en cualquier parte del territorio nacional, previa autorización de la Superintendencia de Subsidio Familiar".

"El problema de fondo que se plantea aquí es el de que el Legislador estableció unos mecanismos, a través de la vinculación territorial de las Cajas, los que buscan el fortalecimiento del pluralismo y de la descentralización en el campo de las Cajas de Compensación Familiar, mientras que el artículo 1o. del Decreto Reglamentario acusado contradice abiertamente esa orientación política y, por el contrario, estimula la lucha de las Cajas grandes contra las Cajas pequeñas de las regiones, lo que necesariamente terminaría con la sana descentralización que en la materia ha imperado y también con las Cajas de Compensación de tamaño moderno, no por obra de una política legislativa sino de un simple Decreto Reglamentario. No es otro el resultado que se obtendría, a breve plazo, con la autorización reglamentaria a las Cajas grandes de organizar y administrar programas para el pago del subsidio familiar "... en cualquier parte del territorio nacional".

"En esa contradicción consiste el vicio de nulidad que afecta la validez jurídica del artículo 1o. del Decreto 1231 de 1994, cuya declaratoria solicitamos respetuosamente al honorable Consejo de Estado".

Sobre los vicios de ilegalidad del artículo segundo del Decreto 1231 de 1991, hace el accionante otra serie de disquisiciones a las cuales se hará referencia en las partes considerativa y resolutiva de esta providencia.

OTRAS INTERVENCIONES EN EL PROCESO

La demanda, a la que se le dió el trámite pertinente, fue notificada, según lo ordena el auto admisorio fechado el 4 de noviembre de 1994, al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no habiendo sido respondida. Al correrse el traslado para alegar en conclusión, no se hicieron presentes ni el demandante ni el mencionado Ministerio. Acudió si, la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación quien, al referirse a las pretensiones de la demanda, manifiesta:

> "En realidad la contradicción que dice encontrar el actor entre la norma legal y la reglamentaria es apenas aparente, ya que la exigencia contenida en las distintas normas de la Ley que se indica como quebrantada y, nótese, sólo para efectos del pago de aportes, es que éste se efectúe "Por conducto de una Caja de Compensación Familiar, que funcione dentro de la ciudad o localidad donde se causen los salarios ...".

Considera la señora Agente del Ministerio Público que la demanda no tiene vocación de prosperidad, no sin antes hacer la siguiente acotación:

> "No se ve cómo, a través de las normas acusadas se puede dar el rompimiento de los principios de solidaridad y compensación, puesto que la obligación del empleador sigue siendo el pago del aporte equivalente al seis por ciento (6%) de la nómina y, habida cuenta de las cada vez mayores facilidades que permiten la sistematización, el pago de aportes y que el traslado de éstos de una Caja a otra vienen a ser operaciones de tanta simplicidad que constituirían apenas objeciones de poca monta".

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

Dos anotaciones preliminares han de hacerse en este estudio previo con relación a la decisión a tomar.

La primera, es la relativa al oficio sin número, de 17 de enero de 1995, enviado a esta Corporación por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Subsidio Familiar en la que manifiesta:

> "... considero procedente informar que el Decreto 1231 del 17 de junio de 1994, fue modificado mediante Decreto 2834 del 22 de diciembre del mismo año, razón por la cual envío fotocopia del mencionado decreto para los efectos a que haya lugar, dadas las incidencias que esta modificación tiene sobre las pretensiones de la demanda".

En efecto, según las fotocopias que se adjunta al mencionado oficio, el Decreto 1231 de 1994 fue modificado mediante Decreto No. 2834 de 1994 expedido por el Presidente de la República, por el cual se deroga su artículo primero y se modifica el segundo con el siguiente texto:

"La decisión de afiliar a los trabajadores a una Caja de Compensación Familiar la tomará el empleador, aplicando el procedimiento que para el efecto señale el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social".

A ese propósito, la Sala, en seguimiento de reiterada jurisprudencia de la Corporación, hará un pronunciamiento de fondo en prevención de las secuelas de orden jurídico que el acto demandado hubiese podido causar durante el tiempo de su vigencia. El artículo primero, demandado en este proceso, dejó de regir a partir de su derogatoria. El segundo corrió la misma suerte al quedar de nuevo, como se dispone en la ley reglamentada, la decisión de afiliación a una determinada Caja de Compensación, en cabeza del empleador.

La segunda anotación preliminar se refiere a la sentencia pronunciada por esta Corporación, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el proceso radicado bajo en número 3034, demandante Raimundo Emiliani Román, con ponencia del Consejero Yesid Rojas Serrano, en la que se decretó la nulidad del artículo segundo del Decreto Reglamentario No. 1231 de 1994. En tal virtud, la Sala acoge las decisiones expresadas en la mencionada sentencia de 23 de marzo de 1995, las cuales da por reproducidas en esta providencia, y en consecuencia, declarará la nulidad de dicha disposición.

Encaminando entonces la atención de la Sala al ataque que se hace en la demanda al artículo primero del Decreto 1231 de 1994, expedido por el Gobierno Nacional con la intención de reglamentar la Ley 21 de 1982, se observa que el accionante, no obstante haber citado en el capítulo correspondiente de su demanda varias normas superiores como violadas con el acto acusado, apunta su análisis exclusivamente a la transgresión del artículo 15 de la susodicha Ley 21 de 1982.

Dice así el artículo 15:

"Los empleadores obligados al pago de aportes para el subsidio familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y los demás con destinación especial, según los artículos 7o. y 8o., deberán hacerlo por conducto de una Caja de Compensación Familiar que funcione dentro de la ciudad o localidad donde se causen los salarios o de la Caja más próxima dentro de los límites de los respectivos departamentos, intendencias o comisarías.

"Cuando en las entidades territoriales antes mencionadas no exista Caja de Compensación Familiar, los pagos se verificarán por intermedio de una que funcione en la división política territorial más cercana.

"Se exceptúan de lo anterior los empleadores correspondientes al sector primario, respecto de los cuales se estará a lo dispuesto en el artículo 70".

Dice el demandante que, al autorizar a las Cajas grandes para organizar y administrar programas para el pago del subsidio familiar, "en cualquier parte del territorio nacional", se estimula la lucha de las Cajas grandes contra las Cajas pequeñas de las regiones, lo que necesariamente terminaría con la sana descentralización que en la materia ha imperado y también, afirma, con las Cajas de Compensación de tamaño modesto.

El artículo 41 de la Ley 21 de 1982 asigna a las Cajas de Compensación Familiar, entre otras, las funciones de recaudo, distribución y pago de los aportes destinados al subsidio familiar, la organización y administración de las obras y programas que se establezcan para el pago de ese subsidio en especie o servicios y la ejecución de los programas de servicios, dentro del orden de prioridades señalado por la ley.

Dice el primer inciso del artículo 1o. del Decreto 1231 de 1994, norma demandada, que la localidad o ciudad donde una Caja de Compensación Familiar cumpla las funciones que se han mencionado en el párrafo anterior, se entiende como el lugar donde funciona dicha Caja. Seguidamente, empero, en el inciso segundo autoriza la ampliación de la cobertura de organización y administración de dichas obras y programas a todo el territorio nacional. En el tercer inciso, conserva la disposición legal de que la diligencia de afiliación debe hacerse en la ciudad o localidad donde se causen los salarios o de la Caja más próxima.

La redacción de la norma examinada resulta ciertamente un bodrio extraño que en lugar de desarrollar la ley que dice reglamentar, la hace confusa e inaplicable.

Si establece que la sede de la entidad es la localidad donde desarrolla sus programas, es decir, los indicados en el artículo 41 de la Ley, y seguidamente autoriza la realización de esos programas en todo el territorio nacional, está convirtiendo dicha totalidad del territorio nacional en la sede de la Caja que los lleve a efecto.

Dentro de la confusión de interpretaciones que el artículo 1o. del Decreto 1231 de 1994 puede generar, está, en primer lugar, la que anota el demandante cuando afirma que se desvirtuaría así el propósito del artículo 15 de la Ley, por

obra de una disposición reglamentaria, pues no se evitaría que "... las Cajas de Compensación de grandes centros urbanos extiendan sus actividades a municipios contiguos de menor desarrollo relativo, limitándose así la operación del principio de compensación en cada localidad" sino que, por el contrario, a través de la norma reglamentaria se estaría estimulando precisamente lo que el legislador quiso evitar.

La norma es entonces indudablemente equívoca y, además de violar el artículo 15 de la ley reglamentada, su aplicación, en el evento de haberse dado mientras estuvo vigente, pudo haber producido caos y aniquilamiento en las Cajas de Compensación que no estaban en capacidad de emular con otras de mayor poder competitivo.

El artículo 15 de la Ley 21 de 1982 le señala a los empleadores, en forma determinante, la obligación de pagar los aportes en "la Caja de Compensación que funcione dentro de la ciudad o localidad donde se causen los salarios o de la Caja más próxima dentro de los límites de los respectivos departamentos, intendencias o comisarías" indicando, sin lugar a dobles interpretaciones que las Cajas tienen una sede ubicada en un lugar preciso de la geografía nacional, idea que se hace más enfática con la expresión "dentro de los límites de los respectivos departamentos, intendencias o comisarías".

Se ve manifestada así, ciertamente, la pretensión del legislador de buscar una descentralización en la creación y funcionamiento de las Cajas de Compensación buscando que su operatividad estuviera enmarcada dentro de los límites territoriales de las diversas regiones del país denominadas, después de la Constitución de 1991 con el nombre genérico de departamentos.

Las razones anteriores son fundamento suficiente para concluir en la declaratoria de nulidad de los incisos 1 y 2 del artículo 1o. del Decreto 1231 de 1994. En cuanto al inciso 3, además de que contra él no se formula censura alguna, la Sala estima que está conforme a la norma legal reglamentada.

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:

1O. DECRETASE LA NULIDAD de los incisos 1 y 2 del artículo 1o. y del artículo 2o. del Decreto 1231 de 1994, expedido por el Gobierno Nacional, "Por

el cual se reglamenta parcialmente la Ley 21 de 1982", con efectos hasta el 22 de diciembre de 1994, fecha en que se publicó el Decreto 2834 que lo derogó.

2o. DENIEGASE la declaratoria de nulidad del inciso 3 del artículo 1o. del Decreto 1231 de 1994.

Cópiese, notifiques y cúmplase. La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 24 de marzo de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: La providencia anterior da por reproducidas la sentencia del 23 de marzo de 1995 en la que se decretó la nulidad del art. 2o. del Decreto 1231 de 1994, en el proceso 3034, con ponencia del Doctor *Yesid Rojas Serrano*, cuyo actor fue Raimundo Emiliani Roman.

ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO. Bebidas Alcohólicas. **HORARIO DE FUNCIONAMIENTO.** Fijación . **MEDIDAS DE POLICIA. ORDEN. PUBLICO** - Conservación. **ALCALDE.** Facultades

Al haberse facultado a los alcaldes municipales y del área metropolitana para fijar, según su criterio y situación de orden público, el horario de funcionamiento de los establecimientos en que se expendan bebidas alcohólicas, en ningún momento implica que el mencionado funcionario haya subdelegado en los alcaldes las atribuciones que le fueron conferidas, por la sencilla razón de que las mismas no lo fueron para efectos de proceder a fijación de dichos horarios, sino genéricamente para reformar el aludio Código de Policía. El hecho de haberse radicado en cabeza de los alcaldes la facultad de fijar el horario de funcionamiento de los establecimientos donde se expidan bebidas alcohólicas tampoco vicia de ilegalidad el acto acusado, pues en diversos pronunciamientos de esta Corporación al resolver asuntos similares al *sub-exámine*, la Sala ha concluido que a los alcaldes también se encuentra atribuída competencia supletoria para expedir reglamentaciones subsidiarias de policía tendientes a la conservación y guarda del orden público y en la medida en que mediante ellas se regulen únicamente materias policivas, más nunca en asuntos penales contravencionales o disciplinarios.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia Expediente N°. 3169. Actor: Jorge Londoño Gómez.

Procede la sección primera a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de primera

instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 28 de octubre de 1994.

I.-ANTECEDENTES

A.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano Jorge Londoño Gómez, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Risaralda la declaratoria de nulidad del artículo 322 del Decreto con fuerza ordenanzal 0911 de fecha 30 de noviembre de 1989, " por el cual se reforma el Código de Policía del Departamento de Risaralda ", expedido por el Gobernador del Departamento de Risaralda.

b.- El acto acusado

Es del siguiente tenor:

" ARTICULO 322o.- Horario .- Los Alcaldes Municipales quedan facultados para fijar según su criterio y situación de orden público, el horario de funcionamiento de los establecimientos que se dediquen al expendio de bebidas alcohólicas para el consumo dentro de los mismos en días ordinarios, sábados y vísperas de festivos.

Asi mismo podrán fijar el horario de funcionamiento de los restaurantes en donde conjuntamente con las comidas se expendan bebidas alcohólicas.

Los Alcaldes del Area Metropolitana quedan facultados para determinar el horario de funcionamiento de dichos establecimientos públicos, teniendo en cuenta la zona de ubicación de los mismos".

c.- Los hechos de la demanda

Los hechos que cita el actor como fundamento de sus pretensiones son, en forma resumida, los siguientes:

1. La Asamblea del Departamento de Risaralda dictó la Ordenanza No. 017 de 31 de mayo de 1989 mediante la cual concedió facultades extraordinarias al gobernador para reformar el Código Departamental de Policía.

2. Con base en las facultades citadas en el numeral anterior el gobernador expidió el Decreto 0911 de 30 de noviembre de 1989.

3. Algunos alcaldes del Departamento de Risaralda han hecho uso de las facultades otorgadas en el artículo 322 del Decreto 0911 de 1989.

d. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación

El actor considera que con la expedición del acto administrativo impugnando se violan las siguientes normas, por las razones que se sintetizan a continuación (fls. 37 a 40 y 91 a 93 Cdno. Ppal.) :

Primer cargo .- Con la expedición del acto acusado se violaron los artículos 150 numerales 2 y 10, 211, 300 numerales 8 y 9 y 305 numeral 1 de la Constitución Nacional.

En relación con el primero de los artículos antes citados, se presenta una usurpación de las funciones del Congreso, pues solo él es el facultado para expedir los Códigos, incluyendo los de Policía.

Los numerales 8 y 9 del artículo 300 de la Carta, los desconoce el Gobernador al facultar a los alcaldes para la fijación de los horarios de los establecimientos que se dediquen al expendio de bebidas alcohólicas, pues esto sólo le corresponde a las Asambleas Departamentales. Pero además, al delegar en los alcaldes una facultad recibida, violó lo dispuesto en el artículo 305 numeral 1 de la constitución, ya que le está prohibido delegar las funciones, atribuciones o facultades recibidas. Igualmente, por lo dicho, quebranta el artículo 211 ibídem, toda vez que no le está permitido a las autoridades administrativas la subdelegación de funciones, creando así un vicio de incompetencia.

Segundo cargo. - El señor Gobernador de Risaralda violó también los artículos 7, 8, 20 y 111 del Código Nacional de Policía, toda vez que en la facultad por él recibida para reglamentarla libertad individual no podía ser subdelegada en los alcaldes, pues ésta debe estar prevista o fundada en ley o reglamento.

Tercer cargo. Se quebrantaron los artículos 60 numerales 9 y 10, y 94 numeral 10 del Código de Régimen Departamental, pues ello no establecen facultad alguna en favor de los gobernadores para subdelegar las funciones recibidas.

e.- Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda la parte demandada expresa los siguientes argumentos (fls. 62 a 67 Cdno. Ppal.):

Primer cargo. - La parte actora cita como vulnerados los numerales 2 y 10 del artículo 150 de la Carta que no tienen que ver con el acto acusado; además en lo referente a la palabra "Código" , ésta se ha hecho común en el derecho policivo.

La norma acusada tampoco desconoce el artículo 300 numerales 8 y 9; es más, se ajusta plenamente a ellos, pues a las Asambleas les está atribuído delegar sus funciones al gobernador, y a éste ejercerlas.

La ordenanza 017 de 1989, mediante la cual se facultó al gobernador para reglamentar lo relativo a la política local en todo aquello que no sea materia de disposición legal, se expidió conforme a la Constitución, no obstante poder el gobernador estatuir lo relativo a la policía local, conforme a los artículos 95 numeral 7 del Código de Régimen Departamental y 127 numeral 15 del Código de Régimen Político y Municipal. Finalmente, en lo relativo a la delegación de funciones administrativas ésta es considerada excepcional y sólo se dá en los casos expresamente señalados en la legislación.

Segundo cargo.- El poder de policía es ante todo la competencia jurídica concedida para elaborar la ley policiva, los reglamentos de policía, preceptos comunes e impersonales que rigen la conducta de los asociados, y dentro de dicho marco obró el gobernador para expedir la Ordenanza 017 de 1989.

Además, teniendo en cuenta no sólo el artículo 300 numeral 8 de la carta, sino también el 8o. del Código Nacional de Policía en el cual se señala que las Asambleas pueden reglamentar el ejercicio de ciertas libertades en todo lo que no haya sido objeto de la ley o reglamento nacional, y en concordancia con el artículo 7o. ibídem, se concluye que estas corporaciones tienen poder de policía y potestad reglamentaria, que en ocasiones otorgan a los gobernadores para su ejercicio.

El mismo artículo 111 del Código Nacional de Policía permite a las Asambleas Departamentales establecer medidas de policía por medio de ordenanzas o conceder al gobernador tal facultad conforme a la Constitución.

Todo lo anterior confirma que el señor Gobernador de Risaralda observó la Ordenanza No. 017 de 1989 y no se ve que exista la pretendida violación del artículo 20 del Decreto 1355 de 1970 pues el Decreto 0911 de 1989 es un acto jurídico material que regula funciones de forma general, impersonal, objetiva y abstracta.

f.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 23 de junio de 1994 se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó el trámite de rigor (fls. 42 a 43).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, sólo hizo uso de tal derecho el último de los mencionados (fl. 70 a 75)

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el tribunal a quo denegó las súplicas de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 76 a 89):

1.- Los numerales 2 y 10 del artículo 150 de la Constitución Nacional no fueron desatendidos, pues tanto la ordenanza como la norma acusada se expidieron no estando vigente la prohibición allí descrita, es decir, la de conceder facultades pro tempore para la expedición de códigos; como tampoco los artículos 305 numeral 1 de la Carta y 94 numeral 10 del Código de Régimen Departamental, por cuanto el Gobernador dentro del término otorgado expidió la normatividad de orden general que se le había encomendado.

2.- La regulación hecha por el gobernador no puede entenderse como delegación de la función que la Asamblea Departamental le encomendó. El acto acusado constituye una parte del Capítulo Segundo del Titulo Octavo del Código de Pólicía de Risaralda, que tiene como destinatarios los establecimientos abiertos al público, y que se erige como normatividad a la cual debe sujetarse la función administrativa municipal. Además, no puede entenderse que allí hay delegación, pues esta siempre entraña la facultad al delegante de reasumir en cualquier momento la función delegada o revocar o reformar las decisiones expedidas por el delegatario, situaciones que no se presentan en la controversia de autos.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso, el actor manifiesta, en síntesis, que el gobernador carecía de facultades para subdelegar en los alcaldes la función de establecer

el horario de funcionamiento de los establecimientos en que se expendan bebidas alcohólicas, toda vez que no existe disposición constitucional o legar que lo autorice para ello y, adicionalmente, por cuanto en el anterior Código de Policía de Risaralda se establecían los horarios para dicho efecto (fls. 91 a 93 Cdno. Ppal.).

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador delegado ante esta Corporación se abstuvo de emitir concepto de fondo.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego de la lectura de los fundamentos del recurso interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, para la Sala no cabe duda alguna de que dicha providencia debe confirmarse, aun cuando por diferentes razones a las expuestas por el tribunal a quo.

En efecto, si se tiene en cuenta que el acto cuya declaratoria de nulidad se impetra forma parte integrante del Decreto 0911 de 30 de noviembre de 1989, y éste fué expedido por el Gobierno del Departamento de Risaralda en ejercicio de las atribuciones pro tempore conferidas por la Asamblea mediante Ordenanza 017 del mismo año "...para reformar el Decreto 0525 de 3 de agosto de 1982 " Código Departamental de Policía " (fl. 2 Cdno. Ppal.), resulta a todas luces evidente que al haberse facultado a los alcaldes municipales y del área metropolitana para fijar, según su criterio y situación de orden público, el horario de funcionamiento de los establecimientos en que se expendan bebidas alcohólicas, en ningún momento implica que el mencionado funcionario haya subdelegado en los alcaldes las atribuciones que le fueron conferidas, por la sencilla razón de que las mismas no lo fueron para efectos de proceder a la fijación de dichos horarios, sino genéricamente para reformar el aludido Código de Policía.

De otra parte, la Sala considera que el hecho de haberse radicado en cabeza de los alcaldes la facultad de fijar el horario de funcionamiento de los establecimientos donde se expidan bebidas alcohólicas tampoco vicia de ilegalidad el acto acusado, pues diversos pronunciamientos de esta Corporación al resolver asuntos similares al sub examine, la Sala ha concluido que los alcaldes también se encuentra atribuída competencia supletoria para expedir reglamentaciones subsidiarias de policía tendientes a la conservación y guarda del orden público y en la medida en que mediante ellas se regulen únicamente materias policivas, más nunca en asuntos penales contravencionales o disciplinarios (sentencias de 6 de noviembre de

1992 y 10 de marzo de 1995, Consejero Ponente Libardo Rodríguez Rodríguez, Expedientes Nos. 1831 y 3105, respectivamente).

Las precedentes consideraciones son suficientes para que se proceda a confirmar la sentencia recurrida en apelación.

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

FALLA:

Primero.- CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda de fecha 28 de octubre de 1994, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- En firme esta decisión, previas las anotaciones rigor, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sección de fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Se reiteran las sentencias de 6 de noviembre de 1992 y de marzo de 1995, Consejero Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, Exps. 1831 y 3105 respectivamente.

MONOPOLIO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - Régimen aplicable. **NORMA CONSTITUCIONAL** - Desarrollo legal

La Ley 10 de 1990 en su artículo 43 no es incompatible con el artículo 336 de la Constitución de 1991, por lo cual mientras no se dicte una ley más específica sobre la organización, administración y explotación del monopolio a que aquella se refiere, el régimen legal propio previsto en la Constitución es el contenido en el citado artículo 43 de la Ley 10 de 1990, su contenido es desarrollado a través de Decretos Reglamentarios como es el caso de los Decretos 271 y 2433 de 1991, de tal manera que ellos, a través de sus normas reglamentarias, y que se enmarcan dentro de la ley, contribuyen a configurar el régimen propio que la Constitución prevé para "la organización, administración control y explotación del monopolio citado", ello quiere decir que las facultades de "fijar política general de explotación de juegos de suerte y azar" y "regular su operación", se encuentran incluidas dentro del objeto general previsto en el artículo 43 de la Ley 10 de 1990 para la entidad que allí se ordena crear, por lo cual la Sala no encuentra que las normas demandadas infrinjan el artículo 43 de la Ley 10 ni en numeral 11 del artículo 189 de la Constitución.

ECOSALUD. POTESTAD REGLAMENTARIA. EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO

Las normas acusadas del Decreto 243 de 1991 no violan los artículos 1o. y 3o. literal c y 6o., literal a y 30 del Decreto Ley 3130 del mismo año, en los cuales se fundamenta el cuarto cargo, pues del artículo 43 de la Ley 10 de 1990 se desprende que Ecosalud no es una entidad simplemente operativa sino que dentro de su objeto genérico se encuentran comprendidas las funciones de reglamentación otorgadas por el Decreto 2433 de 1991,

sin que la naturaleza administrativa que ellas tienen pueden ser obstáculo para su adscripción a Ecosalud, pues como una de las mismas normas citadas como violadas prevé el artículo 31 del Decreto Ley 3130 de 1968, la ley puede confiar funciones administrativas a las empresas industriales y comerciales del Estado. LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de los literales a) y c) del art. 2 del Decreto reglamentario 2433/91, expedido por el Gobierno Nacional, que había sido decretada mediante auto de 30 de junio de 1994 y confirmada mediante auto de 5 de septiembre del mismo año.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Santa Fe de Bogotá, D. C., veintidós de marzo de mil novecientos noventa y cinco

Consejero Ponente: *Doctor: Libardo Rodríguez Rodríguez*

Expediente No. 2957. Actor: Jaime Vidal Perdomo

Habiendo sido negada la ponencia presentada por el H. Consejero, Miguel González Rodríguez, procede la sala a resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, para lo cual se adoptarán las partes iniciales en la citada ponencia.

El ciudadano y abogado JAIME VIDAL PERDOMO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta corporación la declaratoria de nulidad de los literales a y c. del artículo 2o. del Decreto Reglamentario No. 2433 de 29 de octubre de 1991, "por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 43 de la Ley 10 de 1990", expedido por el Gobierno Nacional.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Señala el actor como quebrantados con los actos acusados los artículos 43 de la Ley 10 de 1990, 189 numeral 11, 208, 211 y 336 de la Constitución Politica 1o., 3o. literal c, 6o, 12 literal a. y 30 del Decreto Ley 1050 de 1968, y 31 del Decreto Ley 3130 de 1968.

Hace consistir, en síntesis, los cargos de violación así:

1) Los actos acusados son violatorios de los artículos 43 de la Ley 10 de 1990 y 189 numeral 11 de la Constitución Política por cuanto administrar no significa

dejar la política de una actividad estatal, ni dictar normas para regular su operación, sino realizar la tarea confiada dentro de las pautas generales dictadas por un organismo superior.

De este modo, los textos acusados transgreden las normas antes señaladas en cuanto las facultades de explotación y administración que como objeto social de Ecosalud le fueron encomendadas no comprenden ni la fijación de la política general ni la regulación del monopolio rentístico constituido por la ley.

2) La extensión de las facultades a ECOSALUD realizada mediante las disposiciones acusadas resulta violatoria del artículo 208 de la Constitución Política, ya que este precepto determina que los ministros y directores de los departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia y bajo la dirección del Presidente de la República les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.

El artículo 42 de la Ley 10 de 1990 estableció un monopolio rentístico para la Nación, en beneficio del sector salud. Forzoso es concluir que sea el ministerio del ramo, bajo la dirección del Presidente de la República, o participando en la potestad reglamentaria de la cual es titular este último, a quien corresponde fijar la política general de explotación de juegos de suerte y azar, y regular la operación.

3) Las normas acusadas violan el artículo 211 de la Constitución Política porque ni la ley de delegación-como se dictaron en el pasado- existe después de la Constitución de 1991, ni la misma Ley 10 de 1990 trató este tema, por consiguiente tampoco se ha dictado el decreto de delegación presidencial en favor de ECOSALUD.

4) Las normas acusadas violan los artículos 1o. y 3o. literal c, 6o., 12 literal a y 30 del Decreto Ley 1050 de 1968 y 31 del Decreto 3130 del mismo año.

En efecto, el artículo 1o. del Decreto 1050 de 1968 diferencia los organismos principales de la rama ejecutiva de los demás que le están adscritos o vinculados y que cumplen sus funciones en los términos de la ley, bajo la orientación y control de aquéllos. En desarrollo de este principio el artículo 3o. literal c. ibídem señala que corresponde a los ministerios y departamentos administrativos cumplir las funciones y atender los servicios que le están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para tal efecto.

De igual modo el literal a. del artículo 12 determina que el ministro debe ejercer las funciones que el presidente le delegue o la ley le confiera.

La facultad administrativa del Ministerio de Salud a cuyo sector se puso lo relativo al monopolio rentístico creado por la Ley 10 de 1990, establecida por las disposiciones citadas, está infringida por las normas acusadas. Esta por ello que una entidad típicamente operativa, en razón de su naturaleza jurídica y de la explotación de un monopolio, que desenvuelve actividades económicas, otorga funciones de política general y de regulación jurídica que le son ajenas.

El artículo 31 del Decreto Ley 3130 de 1968 contempla, de manera excepcional, el cumplimiento de funciones administrativas por las empresas industriales y comerciales del Estado, exigiendo para ello que haya sido confiadas por la ley. lo cual no ha ocurrido e este caso.

5) Las normas acusadas violan el artículo 336 de la Constitución Política porque es evidente que contiene disposiciones que deben hacer parte de la ley especial de iniciativa gubernamental.

II. ACTUACION

Mediante proveído de 30 de junio de 1994 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de los efectos de las normas acusadas, aspecto este último que fue confirmado por auto de 5 de septiembre del mismo año al resolverse el recurso de reposición contra él interpuesto.

La Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. -ECOSALUD S.A.-, a través de apoderada contestó la demanda y para oponerse a las pretensiones de la misma, adujo, en resumen, lo siguiente:

1) La sociedad cuenta con socios como la Nación, los Departamentos y el Distrito Capital de Bogotá y como Empresa Industrial y Comercial del Estado se encuentra vinculada al Ministerio de Salud. Es obvio entonces que en el seno de su junta directiva de la cual forma parte el Ministro de Salud, se puedan fijar las políticas que desarrolle la empresa en el ejercicio de sus funciones. Así se establece en el artículo 26 del Decreto 1050 de 1968.

2) Las normas acusadas no atribuyen nuevas funciones a ECOSALUD, sino que desarrollan los mandatos de la Ley 10 de 1990 en cuanto ésta 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 a quien corresponde guiarla.

3) Es cierto que el artículo 336 de la Constitución Política ordena la expedición de una ley que regule las materias de los monopolios rentísticos. La Ley 10 de 1990, en materia de monopolio de juegos de suerte y azar determina cómo se desarrollará el ejercicio de este monopolio por la empresa que se crea para tal efecto.

4) La regulación de los juegos de suerte y azar sólo puede hacerse por la empresa que conoce las circunstancias económicas y financieras y las modalidades técnicas y operativas de cada uno de los mismos.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada en lo contencioso administrativo ante esta corporación estima que debe accederse a las pretensiones de la demanda en cuanto al literal a. del artículo 2o., porque es evidente que el artículo 43 de la Ley 10 de 1990 únicamente autoriza la constitución de una sociedad de capital público cuyo objeto ha de ser la explotación y administración del monopolio rentístico creado por el artículo 42 *ibídem*, es decir, una entidad de nivel estrictamente operativo, y nada dice la norma acerca de trasladar funciones propias de autoridades centrales, como la de fijar la política general de explotación de los juegos.

No se advierte el exceso respecto del literal c. ya que éste parece referirse a los contratos a celebrar con personas naturales o jurídicas y a los permisos para los mismos efectos, de que trata el literal b.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como marco de referencia para la decisión que habrá de tomarse, la Sala adopta las siguientes consideraciones de la sentencia del 13 de marzo de 1995, expediente No. 2906, actor: José James Chaves Muñoz, consejero ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez.

> "El artículo 43 de la Ley 10 de 1990 autorizó la constitución y organización de una sociedad de capital público con la participación de la Nación y las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, cuyo objeto sería la explotación y administración del monopolio rentístico de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes, declarado como de la Nación por el artículo 42 de la misma ley.

"Con fundamento en los artículos 42 y 43 de la citada Ley 10 de 1990 y en el Decreto 130 de 1976, se constituyó la sociedad denominada Empresa Colombiana de Juegos de Suerte y Azar Ltda. COLJUEGOS, la cual posteriormente se transformó en la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. -ECOSALUD S.A.-, cuyo estatutos sociales fueron aprobados por el Gobierno Nacional mediante Decreto 271 de 1991.

"Por su parte, el Decreto 2433 de 29 de octubre de 1991, "por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 43 de la Ley 10 de 1990", establece:

"Artículo 1o. La Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A., ECOSALUD S.A., podrá realizar todas las operaciones comerciales que comporta la explotación económica del monopolio rentístico creado por virtud del artículo 42 de la Ley 10 de 1990, en forma directa o a través de terceros.

"Artículo 2o. Corresponde a la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A., ECOSALUD S.A., en relación con la administración del monopolio rentístico constituido por la Ley 10 de 1990:

"a) Fijar la política general de explotación de juegos de suerte y azar de que trata la Ley 10 de 1990:

"b) Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas para que exploten alguna modalidad de juego o apuesta de suerte y azar u otorgar a las mismas permiso para su explotación;

"c) Regular su operación".

A su vez, los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 336 de la Constitución Política señalan:

"La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

"La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

"Las rentas obtenidas en ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud".

"De las normas anteriormente citadas y transcritas, la sala deduce lo siguiente:

"a) Como a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, "la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamen-

tal", ello implica que se trata de una ley especial no solo respecto de su iniciativa sino de su contenido, en cuanto ella debe regular necesariamente lo referente a las actividades mencionadas de organización administración, control y explotación.

"b) Sin embargo, ello no quiere decir que las leyes dictadas sobre la materia con anterioridad a la nueva Constitución hayan perdido vigencia automáticamente si fueron expedidas de acuerdo con el régimen anterior y su contenido no es incompatible con la nueva disposición, pues si ello no fuera así implicaría, entre otros efectos, que se produciría un vacío legal que haría inaplicable la nueva Constitución mientras se dicta la nueva ley prevista en ella.

'c) En ese orden de ideas, la sala no encuentra que la Ley 10 de 1990 sea incompatible con el inciso tercero del artículo 336 de la Constitución, pues ella regula, así sea de manera muy genérica, tanto la organización como la administración y la explotación del monopolio de todas las modalidades de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes. En efecto, respecto de la organización del monopolio el artículo 43 de la ley establece que ella se traduce en la existencia de una sociedad de capital público con participación de la Nación y las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes. En cuanto a la explotación y administración del monopolio, la misma norma legal establece que esas actividades corresponden precisamente a la sociedad que se ordena crear y que actualmente es la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S. A. ECOSALUD S.A.

"d) En consecuencia, mientras no se dicte una ley más, específica sobre esos aspectos, de iniciativa gubernamental, el régimen legal propio a que se refiere el inciso tercero del artículo 336 de la Constitución es el previsto en el artículo 43 de la Ley 10 de 1990.

"e) Y como es natural a toda ley, con mayor razón cuando apenas contiene normas muy generales como la Ley 10 de 1990, su contenido es desarrollado a través de Decretos Reglamentarios, como es el caso de los Decretos 271 y 2433 de 1991, de tal manera que ellos, a través de sus normas reglamentarias, que se enmarcan dentro de la ley, contribuyen a configurar el régimen propio que la Constitución prevé para la organización, administración, control y explotación del monopolio citado.

"f) Como consecuencia de lo anterior, la Sala rectifica la posición asumida en la sentencia de 25 de febrero de 1994 (Exp. No. 2407, actor: José James Chaves Muñoz, consejero ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz y en los autos del 30 de junio y 5 de septiembre de 1994) (Exped. No. 2957, actor: Jaime Vidal

Perdomo, Consejero Ponente: Miguel González Rodríguez), en cuanto en la citada sentencia, a pesar de no haberse declarado la nulidad del artículo 2o. de la resolución 207 de 1992, igualmente aquí demandada, se expresó que solo una ley especial puede fijar el régimen propio de los monopolios en lo referente a organización, administración, control y explotación de los mismos, dando a entender, como lo plantea el actor en el presente proceso, que los artículos 42 y 43 de la Ley 10 de 1990, no constituye el régimen propio del monopolio de los juegos de suerte y azar. A su vez, en los autos citados se decretó la suspensión provisional de los literales a) y c) del artículo 2o. del Decreto Reglamentario 2433 de 1991, considerando que los aspectos allí previstos debían estar regulados en la ley especial, mientras que después de este nuevo análisis la sala considera que ellos constituyen desarrollo normal de las normas muy generales contenidas en los artículos 42 y 43 de la Ley 10 de 1990".

De acuerdo con las consideraciones anteriores, la Sala no encuentra que las disposiciones acusadas violen las normas indicadas en la demanda, por las siguientes razones:

1. Si, como quedó dicho la Ley 10 de 1990 en su artículo 43 no es incompatible con el artículo 336 de la Constitución de 1991, por lo cual mientras no se dicte una ley más específica sobre la organización, administración y explotación del monopolio a que aquella se refiere, el régimen legal propio previsto en la Constitución es el contenido en el citado artículo 43 de la Ley 10 de 1990 y, si "como es natural a toda ley, con mayor razón cuando apenas contiene normas muy generales como la Ley 10 de 1990, su contenido es desarrollado a través de Decretos Reglamentarios como es el caso de los Decretos 271 y 2433 de 1991, de tal manera que ellos, a través de sus normas reglamentarias, y que se enmarcan dentro de la ley, contribuyen a configurar el régimen propio que la Constitución prevé para la organización, administración, control y explotación del monopolio citado", ello quiere decir que las facultades de "fijar la política general de explotación de juegos de suerte y azar" y "regular su operación", se encuentran incluidas dentro del objeto general previsto en el artículo 43 de la Ley 10 de 1990 para la entidad que allí se ordena crear, por lo cual la sala no encuentra que las normas demandadas infrinjan el artículo 43 de la Ley 10 ni el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución.

2. Por lo mismo, las normas acusadas tampoco violan el artículo 208 de la Constitución, pues es el régimen legal propio del monopolio a que se retienen los artículos 42 y 43 de la Ley 10 de 1990, constituido por esas normas legales y sus Decretos Reglamentarios, el que directamente ha otorgado a ECOSALUD las funciones controvertidas relacionadas específicamente con el citado monopolio, sin que

ello desconozca la atribución genérica que se desprende del artículo 208 de la Carta para que el Ministerio de Salud "formule las políticas atinentes a su despacho, dirija la actividad administrativa y ejecute la ley".

3. Tampoco se contradice el artículo 211 de la Constitución por parte de las normas acusadas, pues el objeto de estas no es delegar unas funciones presidenciales ni ministeriales, sino reglamentar las funciones genéricas de administrar y explotar el monopolio que el artículo 43 de la Ley 10 de 1990 entregó a la entidad que hoy es ECOSALUD.

4. Dentro del mismo marco conceptual planteado, las normas acusadas no violan los artículos 1o. y 3o. literal c. y 6o. 12 literal a. y 30 del Decreto Ley 1050 de 1968 y 31 del Decreto Ley 3130 del mismo año, en los cuales se fundamenta el cuarto cargo, pues del artículo 43 de la Ley 10 de 1990 se desprende que Ecosalud no es una entidad simplemente operativa sino que dentro de su objeto genérico se encuentran comprendidas las funciones de reglamentación otorgadas por el Decreto 2433 de 1991 sin que la naturaleza administrativa que ellas tienen pueden ser obstáculo para su adscripción a ECOSALUD, pues como una de las mismas normas citadas como violadas lo prevé, el artículo 31 del Decreto Ley 3130 de 1968, la ley puede confiar funciones administrativas a las empresas industriales y comerciales del Estado.

5. Finalmente tampoco se viola el artículo 336 de la Constitución pues, como quedó expresado, mientras se expide la ley especial de iniciativa gubernamental prevista en esa norma, conservan su vigencia y validez los artículos 42 y 43 de la Ley 10 de 1990 como normas de categoría legal reguladoras del monopolio.

En consecuencia, los cargos no prosperen.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Primero: Deníeganse las súplicas de la demanda.

Segundo: Levántase la suspensión provisional de los efectos de los literales a) y c) del artículo 2o. del Decreto reglamentario 2433 de 29 de octubre de 1991,

expedido por el Gobierno Nacional, que había sido decretada mediante auto del 30 de junio de 1994 y confirmada mediante auto de 5 de septiembre del mismo año.

Tercero. Devuélvese la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cuarto. En firme esta sentencia, archívase el expediente.

Cópiese, Notifíquese, Cúmplase, Publíquese y Cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintidós de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, Salva Voto; *Miguel González Rodríguez,* Salva Voto, *Yesid Rojas Serrano*, *Hernán Guillermo Aldeana Duque*, Conjuez.

MONOPOLIO DE SUERTE Y AZAR (Salvamento de voto)

Ha debido declararse la nulidad del artículo 20 del literal c. del Decreto No. 2433 de 29 de octubre de 1993, "por el cual se reglamenta el art. 43 de la Ley 10 de 1990", expedido por el Gobierno Nacional, y acogerse a este respecto la ponencia que le fue negada al señor consejero, doctor Miguel González Rodríguez, por las siguientes razones: 1. según el artículo 336 de la Constitución Política ningún monopolio podrá establecerse sino con arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley (inciso 1o.); la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidas a un régimen propio, fijado por la ley iniciativa gubernamental (inciso 3o.). es del caso resaltar que la regulación consagrada en el inciso 1o. antes citado correspondía a la del artículo 31 de la Constitución de 1886. en cambio la preceptiva del inciso 3o. es nueva en materia constitucional. la Ley 10 de 1990 en los arts. 42 y 43 estableció el monopolio, autorizó la constitución y organización de la sociedad especial de capital público encargada de su administración y explotación y reguló algunos aspectos atinentes a dicha administración y explotación, pero no señaló que modalidades de juegos de suerte y azar y apuestas permanentes eran objeto de dicho monopolio ni confirió facultad a organismo alguno para que las determinará, así como tampoco para que regulará su operación. Considero, por lo tanto, que cuando el literal c. del artículo 2o. del Decreto Reglamentario acusado faculta a la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S. A. ECOSALUD S.A., en lo tocante al monopolio rentístico creado en la Ley 10 de 1990 para "regular u operación", está excediendo el ámbito de la ley reglamentaria, pues esta no lo facultó para ello y preceptuando sobre los artículos 443 de la Ley 10 de 1990, 189 numeral 11 y 336 inciso 3o. de la Constitución Política.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

Referencia Expediente No. 2957. Actor: Jaime Vidal Perdomo

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala, me he separado de la anterior decisión, ya que, a mi juicio, ha debido declararse la nulidad del artículo 2o. literal c. del Decreto 2433 de 29 de octubre de 1993, "por el cual se reglamenta el artículo 43 de la Ley 10 de 1990", expedido por el Gobierno Nacional, y acogerse a este respecto la ponencia que le fue negada al señor consejero, doctor Miguel González Rodríguez, por las siguientes razones:

1. Según el artículo 336 de la Constitución Política ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley (inciso 1o.); la organización, administración, control y exploración de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental (inciso 3o.).

Es del caso resaltar que la regulación consagrada en el inciso 1o. antes citado correspondía a la del artículo 31 de la Constitución de 1886. En cambio la preceptiva del inciso 3o. es nueva en materia constitucional.

2. El artículo 42 de la Ley 10a. de 1990 declaró como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopolística, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de la loterías y apuestas permanentes existentes.

El artículo 43 de la misma autorizó la constitución y organización de una sociedad especial de capital público, cuyos socios debían ser la Nación y las entida-

des territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, habiéndose creado para ello Ecosalud S.A., sociedad ésta cuyo objeto es la explotación y administración del monopolio rentístico creado en el artículo 42.

El citado artículo 43 en lo relativo al expresado monopolio contiene además regulaciones sobre los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, la forma de distribuir el producto resultado de las ventas netas y las utilidades que pueda obtener ECOSALUD S.A.

De lo anterior se infiere que la Ley 10 de 1990 en los preceptos enunciados estableció el monopolio, autorizó la constitución y organización de la sociedad especial de capital público encargada de su administración y explotación y reguló algunos aspectos atinentes a dicha administración y explotación, pero no señaló qué modalidades de juegos de suerte y azar y apuestas permanentes eran objeto de dicho monopolio ni confirió facultad a organismo alguno para que las determinará así como tampoco para que regulara su operación.

Es de advertir además, que implicando el monopolio la privación del ejercicio de una actividad económica lícita para los particulares, la Constitución Política atribuyó el señalamiento del ámbito del mismo al legislador y fue muy clara en precisar las actividades propias de aquél que serían objeto de regulación por éste.

3. Considero, por lo tanto, que cuando el literal c del artículo 2o. del Decreto Reglamentario acusado facultad a la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A., ECOSALUD S.A. en lo tocante el monopolio rentístico creado en la Ley 10 de 1990 para "regular su operación", está excediendo el ámbito de la ley reglamentada, pues ésta no lo facultó para ello, y preceptuando sobre aspectos que son propios de la ley de iniciativa gubernamental, con claro quebranto de los artículos 43 de la Ley 10 de 1990, 189 numeral 11 y 336 inciso 3o. de la Constitución Política, razón de suyo suficiente para que se decretara su nulidad, y no denegarse la súplica de la demanda, en cuanto a este aspecto se refiere, como se hizo en la decisión mayoritaria.

4. En lo concerniente al literal a del Decreto No. 2433 también acusado, estimo que no quebranta los preceptos invocados en la demanda ya que cuando en él se dispone "fijar la política general de explotación de juegos de suerte y azar de que trata la Ley 10 de 1990", se está sujetando a la preceptiva de la Ley reglamen-

tada, además de que es función que compete al Consejo Directivo de ECOSALUD S.A., por su mandato del artículo 26 literal a del Decreto Ley 1050 de 1968

Por estas razones, y no por las expuestas en la decisión mayoritaria, es que, según mi concepto, no ha debido accederse a decretar la nulidad del citado literal a.

Fecha Ut Supra

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere al doctor Miguel González Rodríguez.

INDICE ALFABETICO DE ACTORES

PRIMER TRIMESTRE DE 1995

PRIMERA PARTE

A

ADRIANA ALEJANDRA ZAPATA GARZON (JOSE FRANCISCO ZAPATA S.) 128

ALCALDES MUNICIPALES DE MOGOTES, SAN JOAQUIN Y ONZAGA (SANTANDER) 200

ALVARO OSPINA 244

ARMANDO NOVOA GARCIA Y OTROS 887

ARTURO BESADA LOMBANA 540

ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. 216

ASOCIACION COLOMBIANA DE DROGUISTAS DETALLISTAS "Asocoldro" 912

ASOCIACION DE TECNICOS ELECTRICISTAS DE SANTANDER "Ates" Y OTROS 640

C

CARLOS ADOLFO CHAVES FEBRE 692

CARLOS MANUEL RECIO CONSTAIN 427

CESAR PEREZ GARCIA 39

CLARIBERTH AGUILAR OSORIO 244

COMPAÑIA ADMINISTRADORA DE CASINOS Y SIMILARES 250

COMPAÑIA COLOMBIANA AUTOMOTRIZ S.A. 223

CONSORCIO MINERO DE CUCUTA LTDA 206

D

DAGOBERTO GARZON PEREZ	26
DEFENSOR DEL PUEBLO (Jaime Cordaba Triviño)	547
DOMINGO BANDA TORREGROZA	444, 746, 756

E

ELIAS ALBERTO CHACON QUINTERO	738
EXTRA RAPIDO LOS MOTILONES S.A.	456

F

FABIO PUYO VASCO	484
FARIDE OSSMAN DE SOSSA	236
FEDERACION NACIONAL DE PRODUCTORES DE SEGUROS "Fenalprose"	700
FELIPE SEPULVEDA OVIEDO Y OTROS	841
FERNANDO MARIMON ROMERO	871
FERNANDO LONDOÑO HOYOS	662
FERNANDO PELAEZ ARANGO	668
FERNANDO TREEBILCOCK B.	374

G

GUILLERMO ROMO INSUASTY	503

H

HAROLD ALBERTO MARTINEZ	783
HENRY NEYRA MARIN	819
HERMENEGILDO ESPITIA ALMANZA	434
HERNAN PICO GIL	54

J

JAIME CORDOBA TRIVIÑO (Defensor del pueblo)	767
JAIME VIDAL PERDOMO	933; 943
JAIRO ALVARO ALVAREZ MARTELO	9
JORGE ARTURO HERRERA VELASQUEZ	146
JORGE AUGUSTO LOZANO DELGADO	413
JORGE ENRIQUE GUTIERREZ AVILA	384
JORGE LONDOÑO GOMEZ	925
JOSE CIPRIANO LEON C.	525
JOSE ENRIQUE ARBOLEDA VALENCIA	114
JOSE IVER MURILLO MURILLO	622
JOSE JAMES CHAVES MUÑOZ	799
JOSE LENIN STRUSBERG	588

L

LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO	15
LUIS A. DIAZ POLANIA	100
LUIS ALBERTO MEDINA BERMUDEZ	420
LUIS ALBERTO SUAREZ SANZ	561
LUIS EDUARDO BOTERO HERNANDEZ	681
LUIS ENRIQUE AGUDELO PINO	264

M

MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA	917
MARIA LOURDES MURCIA SALINAS	713
MARTHA GONZALEZ FORERO	397
MELIDA INES DOMINGUEZ DE MEDINA Y OTROS	64
MUNICIPIO DE VALPARAISO	555

N

NAYIRA SANDOVAL VDA. DE LOPEZ	108
NESTOR GUILLERMO FRANCO GONZALEZ	733

P

PIGMENTOS Y PRODUCTOS QUIMICOS S.A 644

R

RAIMUNDO EMILIANI ROMAN 877
ROQUE J. GOMEZ MANCILLA 22
RUBEN DARIO PEREZ MESA 578

S

SOCIEDAD ALIMENTOS CONGELADOS ALCATRAZ LTDA 861
SOCIEDAD ANDARA LIMITADA Y OTROS 836
SOCIEDAD BAVARIA S.A. 472
SOCIEDAD DE INGENIEROS CONTRATISTAS PLANIFICADORES ARQUITECTOS - Acoplar Ltda. 78
SOCIEDAD "Estación de Servicio El Terminal de Transportes Ltda." 437
SOCIEDAD ESTUDIOS TECNICOS S.A 653

V

VICTOR VELASQUEZ REYES 775

Z

ZAMIR SILVA AMIN 232

INDICE TEMATICO

PRIMER TRIMESTRE DE 1995

PRIMERA PARTE

SALA PLENA

A

ALCALDES : 15
ACCION DE CUMPLIMIENTO: 200
ACCION DE NULIDAD CONTRA ACTO PARTICULAR: 113
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO: 22
ACCION DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO - Prescripción: 216
ACCION EJECUTIVA - Prescripción: 216
ACLARACION DE LA DEMANDA - Término: 127
ADICION DE REQUISITOS - Improcedencia: 264
AGENTE EN FRANQUICIA: 143
ANALOGIA - Improcedencia: 38
ANTICIPO: 77
ACTIVIDAD DE CONSTRUCCION: 15
ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL: 22
ACTO ADMINISTRATIVO CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: 243
ACTO ADMINISTRATIVO - Ejecutoria: 216
ACTOS ADMINISTRATIVOS - Elementos: 235
ACTOS ADMINISTRATIVOS - Falta de competencia: 235
ACTOS ADMINISTRATIVOS - Validez: 235
ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO: 128
ACTO JURISDICCIONAL - Inexistencia: 243
ARMA DE DOTACION OFICIAL: 143

ASCENSO DE OFICIAL - Requisitos: 128
ASESORIA OTRO MUNICIPIO: 9

C

CADUCIDAD: 107
CADUCIDAD DE LA ACCION: 127
CADUCIDAD DEL CONTRATO - Cláusula: 77, 78
CADUCIDAD DEL CONTRATO: 78
CANDIDATOS PRESIDENCIALES: 264
CARRERA ADMINISTRATIVA - Desvinculación: 26
CARRERA ADMINISTRATIVA - Suspensión Excepción: 100
CAUSA PETENDI: 144
CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA: 38
COMPETENCIA: 15, 22, 38, 243
COMPETENCIA FUNCIONAL: 9
CONCEJALES - Incompatibilidades: 9
CONCEJO MUNICIPAL: 15
CONFLICTO DE COMPETENCIA: 15
CONFLICTO DE COMPETENCIA NEGATIVO TRIBUNALES: 22
CONSEJO DE ESTADO: 22, 38
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL: 264
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA: 243
CONSTRUCCION DE VIAS: 200
CONTRATO DE OBRA - Mayor cantidad de obra: 77
CONTRATO ADMINISTRATIVO: 77
CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento: 77
CONTRATO ADMINISTRATIVO - Liquidación: 243
CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: 243
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIO: 9
CORRECCION DE LA DEMANDA - Término 127:
CULPA IN VIGILANDO: 143

D

DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO: 216

DEMANDA - Prueba de presentación: 127

DERECHO DE DEFENSA: 145

DESCUENTO (Salvamento de voto): 74

DESCUENTO - Improcedencia: 63

DESVIACION DE PODER: 26, 100

DIFUSION DE PROGRAMAS DE LOS PARTIDOS POLITICOS REGISTRADOS (Salvamento de Voto): 274

DOCUMENTO PUBLICO: 100

E

EMPLEADO JUDICIAL: 243, 244

ENAJENACION DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA - Vigilancia y Control: 15

ENRIQUECIMIENTO ILICITO (Salvamento de voto): 74

ERRONEA INTERPRETACION DE LA LEY: 263

ESPACIOS DE TELEVISION: 264

ESPACIOS DE TELEVISION (Salvamento de voto): 274

ESTADO DE SITIO: 100

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO: 78

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - Inexistencia: 89

F

FALLA DEL SERVICIO: 63

FALLA EN EL SERVICIO POLICIVO: 143

FALLA EN EL SERVICIO PROBADA: 143

FALLA PERSONAL: 143

FALLA POR OMISION: 143

FALLA PRESUNTA: 143

FALLA PRESUNTA - Aplicación: 145

FALLA PRESUNTA Y PROBADA: 146
FALLOS INHIBITORIOS: 250
FUNCIONARIO JUDICIAL: 243
FUNDAMENTOS DE DERECHO: 144

G

GARANTIA PROCESAL: 127

I

INAPLICACION POR INCONSTITUCIONALIDAD: 51
INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Inexistencia: 77
INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES: 22
INDEMNIZACION (Salvamento de voto): 74
INDEMNIZACION A FORFAIT: 63
INDEMNIZACION A FORFAIT (Salvamento de voto): 74
INDICIO CONTINGENTE: 100
INFIRMACION DE LA SENTENCIA - Inexistencia (Salvamento de voto): 71
INFIRMACION DE LA SENTENCIA (Salvamento de voto): 73
INSUBSISTENCIA: 26, 100
INTERES POLITICO E INTELECTUAL - Inexistencia: 231

J

JURISDICCION ROGADA: 143, 144
JURISPRUDENCIA DE SECCION- Improcedencia: 223
JURISPRUDENCIA - Rectificación (Salvamento de voto): 73

N

NORMA CONSTITUCIONAL: 9
NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo legal: 200

NULIDAD EN LA SENTENCIA: 205
NULIDAD PROCESAL: 9, 200

O

OMISION ADMINISTRATIVA - Definición: 145

P

PAGO (Salvamento de voto): 74
PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA: 216
PERDIDA DE LA INVESTIDURA DEL CONCEJAL - Procedimiento: 9
PERJUICIOS MATERIALES: 22
PERJUICIOS MORALES: 22
PLAZO: 77
POLICIA NACIONAL: 128
POTESTAD DISCIPLINARIA: 26
PRESTACIONES PERIODICAS: 107
PRESTACIONES SOCIALES (Salvamento de voto): 74
PRESTACIONES SOCIALES - Compatibilidad: 63
PRINCIPIO DE AUTONOMIA JUDICIAL: 231
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: 144
PRINCIPIO DE CONTRADICCION - Pruebas: 145
PRINCIPIO DE IGUALDAD (Salvamento de voto): 62
PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL (Salvamento de voto): 62
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD: 205
PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA: 144
PROCESO DE PERDIDA DE INVESTIDURA: 51
PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS: 144
PRORROGA DEL CONTRATO - Perfeccionamiento: 77
PRUEBA INDICIARIA: 100

R

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Causales: 263
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION: 38
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales: 205
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Improcedencia: 250
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Naturaleza: 250
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Técnica: 205
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA: 63, 100, 107, 113
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA (Salvamento de voto): 73
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Fundamento Constitucional (Salvamento de voto): 62
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia: 54
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Naturaleza de la Contradicción: 54
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Procedimiento (Salvamento de voto) 71, 113
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica: 26, 107, 113, 200, 223, 236
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Improcedencia (Aclaración de Voto): 51
RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA: 38
RECUSACION - Causales: 231
REGISTRO DE PARTIDO POLITICO - Inexistencia: 264
RELACION LABORAL - Efectos - (Rectificación jurisprudencial): 63
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: 143
RESPONSABILIDAD PRESUNTA - Arma de dotación oficial: 146

S

SALA DISCIPLINARIA: 243
SANCION DISCIPLINARIA 244
SANCION DISCIPLINARIA - Naturaleza: 243
SENTENCIA - Cumplimiento: 128
SENTENCIA DE INSTANCIA (Salvamento de voto): 71
SENTENCIA DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA: 38
SINDICATO - Personería: 113

SITUACION DE HECHO SIMILAR: 223
SUBROGACION DEL CONTRATO: 77
SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES: 15

T

TEORIA DE LOS MOVILES Y FINALIDADES: 113
TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS: 9
TRIBUNAL SUPREMO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: 51

U

UNICA INSTANCIA: 9

V

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento: 244
VIOLACION DE LA LEY - Improcedencia: 113

SALA DE CONSULTA

A

AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD: 356
ALCALDE-Elección: 335
ALCALDE - Inhabilidades: 335
AUTORIZACION: 316

B

BONOS PENSIONALES: 356

C

CAPRECOM - Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida: 356
CARRERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL - Definición: 325
COMISION Y VALOR DE GARANTIA DE LA SERIEDAD: 281
COMPETENCIA: 356
CESANTIA - Régimen Aplicable: 289
CONTRATO DE CONCESION: 341
CONTRATO DE FIDUCIA PUBLICA: 281
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Régimen Legal: 341
CONVENCION COLECTIVA - Beneficio: 326

D

DEPARTAMENTOS: 296
DESPIDO COLECTIVO: 316
DISTRITOS: 296
DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO - Incompatibilidades: 335
DOCENTE UNIVERSITARIO: 289

E

EDAD DE RETIRO FORZOSO: 335
EMPLEADOS PUBLICOS: 324, 325
EMPLEO - Cambio de naturaleza: 326
EMPLEO DE ELECCION POPULAR: 335
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO: 325
ENCARGO FIDUCIARIO: 281
ESPECTRO ELECTROMAGNETICO - Acceso: 341
ESTABLECIMIENTO PUBLICO - Transformación: 325
ESTATUTOS: 325, 326
ESTATUTOS - Reforma: 326

F

FONDO DE PENSIONES PUBLICAS: 281

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES: 297

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - Régimen Aplicable: 296

FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL: 325, 326

FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL - Clasificación: 324

FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL - Definición: 324

FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL - Origen: 324

G

GOBERNADOR - Inhabilidades: 335

H

HERMENEUTICA JURIDICA: 348

I

INGRESOS CORRIENTES DE LA NACION: 296

INTERPRETACION DE LA LEY: 348

ISS: 324, 326, 356

ISS - Naturaleza jurídica: 325

IVA: 296

INTEGRAL: 308

L

LEY POSTERIOR: 341, 348

LICENCIA: 341

M

MAGISTERIO: 296
MINISTERIO DE TRABAJO - Funciones: 316

P

PAGO: 296
PENSION: 297
PENSIONADO: 335
PENSION DE JUBILACION: 325
PENSION DE JUBILACION - Incompatibilidades: 335
PERSONAL DOCENTE: 296, 297
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Afiliación: 311
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Beneficiarios: 311
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Cobertura Familiar: 311
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD COLECTIVO: 311
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD CONTRIBUTIVA: 311
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD INDIVIDUAL: 311
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD SUBSIDIADA: 311
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Modalidades: 311
PRESTACIONES SOCIALES: 296, 325
PRESTACIONES SOCIALES - Régimen Aplicable: 326
PRIMA SEMESTRAL: 297

R

REAJUSTE OFICIOSO DE PENSIONES 297
REGIMEN APLICABLE: 326
REINTEGRO AL SERVICIO OFICIAL - Excepción: 335

S

SALARIO: 335
SALARIO CONVENCIONAL - Conservación: 326
SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA - Régimen aplicable: 348
SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES: 341
SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES - Larga distancia: 341
SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS: 341, 348
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL: 311
SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD: 311
SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Excepción: 296
SITUADO FISCAL: 296
SOCIEDAD: 316
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES: 356
SOCIEDAD - Disolución: 316
SOCIOS: 316

T

TELECOM - Régimen Pensional: 356
TRABAJADORES OFICIALES: 324
TRABAJADORES OFICIALES: 325
TRANSFERENCIA: 296

SECCION PRIMERA

A

ABANDONO LEGAL: 622
ACCIONARIA: 560
ACCION DE NULIDAD: 373, 699, 732

INDICE TEMATICO

ACCION DE NULIDAD ESPECIAL: 691, 860
ACCION DISCIPLINARIA: 483
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: 437
ACCION DE REPARACION DIRECTA: 622
ACCION MARCARIA: 691
ACTIVIDAD DE CONSULTORIA: 653
ACTIVIDAD DE INTERVENTORIA: 653
ACTO ADMINISTRATIVO - Particular y concreto: 442, 712, 840
ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia: 841
ACTOS ADMINISTRATIVOS: 691
ACTOS ADMINISTRATIVOS - Inexistencia: 661
ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR Y CONCRETO: 437
ACTO ADMINISTRATIVO SUI GENERIS: 860
ACTO DEFINITIVO: 483
ACTO DE REGISTRO DE MARCA - Naturaleza: 860
ACTO DE TRAMITE: 455, 483
ACUERDO DE CARTAGENA: 861
ACUERDOS DEL DISTRITO CAPITAL: 373
AERONAUTICA - Reestructuración: 886
AERONAVE: 396
ALCALDE - Facultades: 925
ALCALDE - Funciones: 732
ALCALDE MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL: 374
ALCALDE MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL - Facultades: 444, 539
ALCALDE MAYOR DE SANTA FE DE BOGOTA: 373
ALCALDE MUNICIPAL - Atribuciones: 782
APERTURA ECONOMICA: 885
APORTES PARA FISCALES: 876
APUESTAS PERMANENTES: 797
ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE - Candidato: 426
ASISTENCIA MEDICA AL MENOR: 547
AUTO ADMISORIO: 691
AUTO DE SUSTANCIACION: 434
AUTO DE TRAMITE: 691
AUTONOMIA ADMINISTRATIVA: 443

B

BANCO POPULAR - Enajenación: 560
BEBIDAS ALCOHOLICAS - Almacenamiento: 818
BIENES DEL INTRA: 884
BIEN INMUEBLE: 412, 420

C

CADUCIDAD: 437, 483, 691, 860
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR - Afiliación: 916
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR - Aportes: 916
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR - Sede: 916
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR - Descentralización: 916
CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR - Funciones: 876
CAUCION - Cuantía: 383
CAUSA PETENDI JUZGADA: 680
CERTIFICACION DE SANIDAD - Reglamentación: 766
CESION GRATUITA Y OBLIGATORIA - Improcedencia: 420
CESION OBLIGATORIA Y GRATUITA - Terreno : 412
CLASIFICACION DE RIESGOS - Graduación: 653
CODIGO DE POLICIA DEL DISTRITO CAPITAL: 374
COLCULTURA: 775
COMISION ASESORA: 885
COMPETENCIA: 442, 443, 539, 587, 766, 818
COMPETENCIA - Improcedencia: 587
COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS - Redistribución: 885
CONCEJO DEL DISTRITO CAPITAL: 373, 522
CONCEJO DEL DISTRITO CAPITAL - Prohibiciones: 522
CONCEJO DEL DISTRITO CAPITAL - Reglamento: 523
CONCEJO DISTRITAL - Legislación especial: 732
CONCEJO MUNICIPAL - Atribuciones: 782
CONCEJO MUNICIPAL - Facultades: 738
CONCEPTO: 841
CONFLICTO DE JURISDICCION - Inexistencia: 443

CONFLICTO DE JURISDICCIONES - Inexistencia: 539
CONCORDATO PREVENTIVO OBLIGATORIO: 870
CONSEJO DE ESTADO: 443, 539, 745
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA: 587
CONTRATO DE CONCESION DE SISTEMA DE TRANSPORTE MASIVO: 444
CONTRATO DE CONCESION DE TRANSPORTE MASIVO: 443
CONTRATO DE FIDUCIA: 746
CONTRAVENCION ADMINISTRATIVA: 818
CONSTITUCION POLITICA - Características: 546, 547
CONSTITUCION POLITICA - Vigencia: 546, 547
CONTRIBUCION DE VALORIZACION: 420
CONTRIBUCION DE VALORIZACION POR BENEFICIO GENERAL - Bogotá: 524
CONTRIBUCION DE VALORIZACION POR BENEFICIO LOCAL: 524
CONTRIBUCION PARAFISCAL - Persona obligada: 667
CONTRIBUCION PARAFISCAL - Recaudo: 667
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: 732
CONTROL DE LEGALIDAD: 732
CONTROL JURISDICCIONAL: 442, 818
CONTROL JURISDICCIONAL - Improcedencia: 841
CONTROL Y VIGILANCIA: 887
CONVALIDACION CONSTITUCIONAL : 554
COPIAS AL CARBON - Valor probatorio: 699
CORPORACION ADMINISTRATIVA: 522
COSA JUZGADA - Improcedencia: 699
COSA JUZGADA - Requisitos: 680

D

DAÑO EMERGENTE: 712
DAÑO EVENTUAL: 426
DECOMISO: 384, 818
DECOMISO DE VEHICULOS: 712
DECRETOS DE MODERNIZACION DEL ESTADO - Naturaleza legislativa: 885
DECRETO REGLAMENTARIO - Derogación: 916

DEMANDA - Ineptitud: 841
DEMOCRATIZACION DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA: 560
DEPARTAMENTO - Ambito: 916
DEPARTAMENTOS - Recursos y proyectos: 885
DEPOSITO DE ADUANA: 622
DERECHO A LA VIDA: 547
DERECHOS A LA DIGNIDAD HUMANA: 547
DERECHOS DE AUTOR: 471
DERECHOS DE DEFENSA: 426
DERECHO DE PREFERENCIA: 561
DEROGATORIA DEL ACTO: 577
DEROGATORIA DEL ACTO - declaratoria: 546
DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES: 699
DEVOLUCION POR OBJECIONES: 502
DIRECCION NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES: 396
DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - Extralimitación de funciones: 766
DISTRITO CAPITAL: 524, 746
DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTA: 443
DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTA - Régimen aplicable: 442
DISTRITO CAPITAL - Régimen administrativo: 539
DISTRITO CAPITAL - Régimen aplicable: 522, 539
DISTRITO CAPITAL - Régimen especial: 443
DISTRITO CAPITAL - Régimen jurídico aplicable: 732, 745, 756
DISTRITO CAPITAL - Régimen político: 539
DISTRITO CAPITAL - Tributación: 524
DOCUMENTO PRIVADO: 661
DOCUMENTOS PUBLICOS: 699
DROGUERIA - Apertura: 912
DROGUERIA - Distancia: 912
DROGUERIA - Traslado: 912

E

ECOSALUD: 932
ECOSALUD - Creación: 797

EMPLEADO PUBLICO DISTRITAL - Régimen disciplinario: 523
EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION: 539
EMPRESA: 653
EMPRESAS DE ENERGIA-Reglamento: 840
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO: 932
ENTIDAD PUBLICA - Creación: 886
ENTIDADES TERRITORIALES - Régimen aplicable: 443
ENRIQUECIMIENTO ILICITO - Inexistencia: 396
ESPECTRO ELECTROMAGNETICO: 738
ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO - Bebidas alcohólicas: 925
ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO - Distancia: 782
ESTATUTO DE BOGOTA: 443, 539, 745
ESTATUTO DE BOGOTA - Carácter legal: 756
ESTATUTO DE SANTAFE DE BOGOTA: 522
ESTATUTO DE SANTA FE DE BOGOTA - Autorización: 373
ESTATUTO - Impugnación: 681
EXAMENES PREPARATORIOS: 577
EXPEDICION DE TITULOS - Reglamentación: 578
EXPROPIACION SIN INDEMNIZACION: 420

F

FACTORES DE RIESGO - Control: 766
FACULTAD IMPOSITIVA: 775
FALLO INHIBITORIO: 640
FEDERACION NACIONAL DE CULTIVADORES DE PALMA AFRICANA: 661
FOMENTO GANADERO Y LECHERO - Cuota: 667
FONDO NACIONAL DEL GANADO: 667
FRAUDE DE RENTAS - Inexistencia: 818
FUNCIONARIO AL SERVICIO DE ORGANISMOS INTERNACIONALES: 712
FUNCIONARIO CON FUERO: 587
FUNCIONARIO JUDICIAL: 587
FUSIONAR - Definición: 886

G

GACETA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL: 691
GARANTIA DE ENTIDADES PUBLICAS - Compromisos: 661
GOBIERNO NACIONAL - Facultades: 443, 444, 578, 885

H

HIDROELECTRICA DEL GUAVIO: 483
HORARIO DE FUNCIONAMIENTO - Fijación: 925

I

IDENTIDAD DE CAUSA: 680
IDENTIDAD DE OBJETO: 680
ILEGALIDAD SOBREVINIENTE - Derogación Tácita: 640
ILEGALIDAD SOBREVINIENTE - Diferencias: 870
ILEGALIDAD SOBREVINIENTE - Efectos: 577
IMPORTACION DE VEHICULO: 622
IMPORTACION DE VEHICULOS: 712
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Bogotá: 524
INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE: 546, 547, 577, 870
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS: 712
INDERENA - Facultades: 644
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE: 887
INGENIERIA - Ejercicio profesional: 840
INPEC: 766
INSCRIPCION DE CANDIDATURA- Rechazo: 426
INSCRIPCION DE CANDIDATURA - Requisitos: 426
INSUBSISTENCIA DE LA LEY: 546
INTRA - Enajenación de bienes: 887
INTRA - Funciones: 455
INTRA - Liquidación: 884
INTRA - Supresión: 884

IRREGISTRABILIDAD DE MARCA - Causales: 860
ISS - Funciones: 653

J

JUEGOS DE SUERTE Y AZAR: 782, 798
JUEGO ILEGAL: 798
JUEGOS PERMITIDOS: 782
JUEGOS PROHIBIDOS: 782
JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Improcedencia : 546
JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Objeto: 661, 818
JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: 442

L

LEGISLACION MUNICIPAL - Aplicación residual al Distrito Capital: 732
LEGISLACION PREEXISTENTE: 546
LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA: 884
LEY DE CONTRATACION - Aplicación: 746
LEY DEROGATORIA: 546
LEY EN EL TIEMPO: 577
LICENCIA DE CONSTRUCCION: 412, 835
LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO: 455, 782
LICENCIA DE CONSTRUCCION - Régimen de aplicación: 835
LICENCIA DE IMPORTACION: 712
LICENCIA ESPECIAL: 383
LICENCIA PREVIA: 712.
LITIS CONSORCIO NECESARIO - Inexistencia: 835
LOTERIAS: 797

M

MEDIDAS DE POLICIA: 925
MEDIO AMBIENTE: 644

MERCADOS MOVILES: 374
MERCANIA EN TRANSITO: 818
METRO DE BOGOTA: 443
MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE - Reestructuración: 885
MINISTERIO DE TRANSPORTE: 885, 887
MINISTERIO DE SALUD - Criterios: 912
MINISTERIO DE SALUD - Funciones: 766
MINISTERIO DE TRANSPORTE - Reestructuración: 886
MINISTROS - Obligaciones: 661
MODERNIZACION DEL ESTADO: 884, 885
MONOPOLIO DE JUEGOS - Administración y explotación: 798
MONOPOLIO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - Administración: 797
MONOPOLIO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - Régimen aplicable: 932
MONOPOLIO DE SUERTE Y AZAR (Salvamento de Voto): 942
MONOPOLIO RENTISTICO: 798
MUNICIPIO - Creación: 554
MUNICIPIO - Inexistencia: 554
MUNICIPIOS - Recursos y proyectos: 885

N

NACION - Recursos y proyectos: 885
NARCOTRAFICO: 396
NORMA CONSTITUCIONAL - Desarrollo legal: 932
NORMA CONSTITUCIONAL: 756
NORMA CONSTITUCIONAL - Interpretación: 383
NORMA DEROGADA: 916
NORMAS MUNICIPALES - Aplicación: 523
NOTIFICACION: 835
NARCOTRAFICO: 396

O

OBRA DE ARTE APLICADA A LA INDUSTRIA - Protección: 471
ORDEN PUBLICO - Conservación: 925
OTORGAMIENTO DE PERMISOS: 912

P

PARTICIPACION CIUDADANA - Mecanismos: 522
PERJUICIO: 622
PERJUICIOS MORALES: 819
PERMISO - Requisitos: 374
PLANEACION DISTRITAL: 412
PLAN VIAL DISTRITAL: 420
PODER DE POLICIA: 782
PODER DISCIPLINARIO PREFERENTE: 587
PODER - Interpretación: 471
PODER SUPLETORIO DE POLICIA: 782
POLICIA JUDICIAL: 483
POTESTAD REGLAMENTARIA: 373, 383, 667, 876, 932
POTESTAD REGLAMENTARIA - Exceso: 374
PREFERENCIA ARANCELARIA: 712
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Extralimitación de funciones: 876
PRESTACIONES SOCIALES: 876
PRESUNCION DE FRAUDE: 818
PRESUPUESTO MUNICIPAL - Prejudicialidad por revisión jurídica: 502
PRESUPUESTO MUNICIPAL - Validez: 502
PRESUPUESTO MUNICIPAL - Vigencia: 502
PREVALENCIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL: 546
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL: 699
PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA: 443, 539
PROCESO DISCIPLINARIO: 523
PROCURADOR GENERAL DE LA NACION - Funciones: 587
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION: 587
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Funciones: 483
PROGRAMA INFORMATIVO: 383
PROGRAMAS ACADEMICOS: 577
PRONOSTICO FAVORABLE DE CURACION: 547
PROPIEDAD ACCIONARIA: 560
PROPIEDAD ACCIONARIA - Inexistencia: 887
PROPIEDAD ACCIONARIA - Negociabilidad: 560
PROPIEDAD DE LOS TRABAJADORES: 887

PROPIEDAD DE LOS TRABAJADORES - Normatividad: 560
PROPIEDAD INDUSTRIAL: 471, 860
PROVISION DE EMPLEOS: 539
PRUEBA: 819
PRUEBAS: 699
PUBLICACION: 691

R

RADIODIFUSION SONORA: 383
RADIODIFUSION SONORA - Servicio clandestino: 384
RAMA EJECUTIVA - Reestructuración: 885
RECURSO APELACION - Improcedencia: 835
RECURSO DE APELACION: 835
RECURSO DE REPOSICION - Adición: 434
RECURSO DE REPOSICION - Técnica: 691
RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia: 434
REGIMEN ESPECIAL DEL DISTRITO CAPITAL - Expedición: 444
REGISTRO DE CONTRATO DE CESION DE DERECHOS DE AUTOR - Improcedencia: 471
REGISTRO DE DERECHO DE AUTOR - Improcedencia: 471
REGISTRO DE MARCA: 691, 860, 861
REGLAMENTO DE POLICIA: 782
REGLAMENTO INTERNO: 745
RENTA DE ENTIDAD TERRITORIAL - Inexistencia: 798
RENTAS DEPARTAMENTALES - Autorización: 818
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia: 426

S

SACRIFICIO BOVINO: 667
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: 745
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA: 587

SANCION: 502

SANCIONES - Atipicidad: 374

SANCIONES -Improcedencia: 374

SECCIONES - Distribución de trabajo: 745

SECTOR TRANSPORTE - Administración: 885

SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION - Vigilancia: 578

SERVICIO PUBLICO DE ELECTRICIDAD: 840

SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION: 738

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE: 455, 887

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE - Interventoría: 455

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE: 887

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS: 680, 681, 981

SUBSIDIO FAMILIAR - Aportes: 876

SUBSIDIO FAMILIAR - Bonificaciones: 876

SUBSIDIO FAMILIAR - Elementos: 876

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO: 861

SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION: 546

SUPRESION DE EMPLEOS: 886

SUPRESION DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA: 870

SUSPENSION DEL SERVICIO: 384

SUSPENSION PROVISIONAL: 912

SUSPENSION PROVISIONAL Improcedencia: 870

SUSPENSION PROVISIONAL - Solicitud: 699

SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia: 916

T

TARJETON ELECTORAL - Exclusión: 426

TASA RETRIBUTIVA - Cobro: 644

TECNICO ELECTRICISTA - Ejercicio Profesional: 840

TERCERO INTERESADO: 884

TITULO DE ABOGADO - Requisitos: 577
TORNAGUIA: 818
TRANSITO CONSTITUCIONAL: 577
TRANSPORTE MASIVO: 443

U

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL: 886
URBANISMO - Definición: 412
URBANIZACION - Proceso: 412
PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA: 216

V

VECINOS INDETERMINADOS: 835
VENDEDORES AMBULANTES: 374
VENTA DE ACCIONES DEL ESTADO: 560
VENTA DE ACCIONES DEL ESTADO - Condiciones: 561
VENTA DE ACCIONES: 560
VERTIMIENTO - Derechos industriales: 644
VIA GUBERNATIVA: 523
VIA GUBERNATIVA - Agotamiento: 483
VISITA CONYUGAL: 766

La Biblioteca Jurídica Diké
realizó la edición de la obra "Anales del Consejo de Estado primer trimestre de 1995, primera parte" y terminó su impresión el día 8 de febrero de 1996