REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXLIII
PRIMERA PARTE

ABRIL - MAYO - JUNIO

1995

RELATORAS:
DRA. MARÍA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
DRA. MARÍA DEL PILAR VELOZA PARRA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES

DEL

CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXLIII
PRIMERA PARTE

ABRIL - MAYO - JUNIO

1995

RELATORAS:
DRA. MARÍA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
DRA. MARÍA DEL PILAR VELOZA PARRA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA
ONAC. Relatoria
UNJE
OMPRA
LOR $ Nº
CHA INGRESO 22 OCT. 1998

IMPRESO EN COLOMBIA **PRINTED IN COLOMBIA**

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

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS - AÑO 1995

Presidente
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez

Vicepresidente
Dr. Miguel González Rodríguez

Secretaria General
Dra. Mercedes Tovar de Herrán
Dra. Nubia González Cerón
(Desde el 13 de marzo hasta el 18 de julio/95)

SECCIÓN PRIMERA

Dr. Yesid Rojas Serrano
Presidente

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

Secretaria
Dra. Katerine Karakalpakis Calderón

SECCIÓN SEGUNDA

Dra. Dolly Pedraza de Arenas
Presidente

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

Secretaria
Dra. Myriam Cecilia Viracachá Sandoval
(Encargada)

SECCIÓN TERCERA

Dr. Daniel Suárez Hernández
Presidente

Dr. Carlos Betancur Jaramillo
Dr. Juan de Dios Montes Hernández
Dr. Julio César Uribe Acosta
(hasta mayo 15/95)
Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros
(desde mayo 16/95)

Secretaria
Dra. Lola Elisa Benavides López

SECCIÓN CUARTA

Dr. Guillermo Chahín Lizcano
Presidente

Dra.Consuelo Sarria Olcos
Dr. Jaime Abella Zárate
(hasta 3 de mayo/95)
Dr. Julio Enrique Correa Restrepo
(desde 4 de mayo/95)
Dr. Delio Gómez Leyva

Secretario
Dr. Carlos Alberto Flórez Rojas

SECCIÓN QUINTA

Dra. Miren De La Lombana de Magyaroff
Presidente

Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez
Dra. Denisse Duviau de Puerta
(desde 16 de marzo al 28 de junio)
Dr. Mario Alario Méndez
(desde el 29 de junio/95)

Secretario
Dr. Octavio Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Roberto Suárez Franco
Presidente

Dr. Javier Henao Hidrón
Dr. Humberto Mora Osejo
Dr. Luis Camilo Osorio Isaza

Secretaria
Dra. Elizabeth Castro Reyes

PROCURADURÍAS DELEGADAS

1a. Dr. Juan Carlos Henao

2a. Dra. Libia Zuluaga Uribe

3a. Dr. Jairo Maya Betancourt

4a. Dra. María Eugenia Samper R.

5a. Dra. 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 Méndez

RELATORAS

Dra. María del Pilar Espinosa Salazar
(licencia desde el 18 de febrero hasta el 12 de mayo/95)

Dra. Claudia Angela Navarro Acevedo
(desde 7 de marzo hasta 12 de mayo/95)

Dra. María del Pilar Veloza Parra

SALA
PLENA

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA-Causales/**CONTRIBUCIÓN A MOVIMIENTOS POLÍTICOS**-Inexistencia/**PRUEBA/GRABACIÓN MAGNETOFÓNICA/INDICIO/PLENA PRUEBA**-Inexistencia

La causal invocada establece, para quienes desempeñan funciones públicas la prohibición de hacer o inducir a otros a que hagan contribuciones a partidos, movimientos o candidatos políticos. Se debe entonces establecer si el Representante JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA incurrió en dicha conducta, para precisar si está incurso en la mencionada causal y por ello es acreedor de la sanción de la pérdida de su investidura. La conversación transcrita, si bien está inducida por la accionante siempre al tema de las consignaciones también contiene respuestas del señor Representante García Cabrera que constituyen un indicio que permitiría concluir que él sabía claramente a que consignaciones se refería y que podían ser para él, toda vez que no contradice, ni cuestiona, ni aclara lo dicho por la señorita Rodríguez y por el contrario le responde que sí, que consigne. Situación similar se presenta en la conversación con el señor César Serrano Rudas: la accionante dirige siempre la conversación hacia el tema de las consignaciones y el señor Serrano no cuestiona lo que pretende hacer decir la accionante y en la misma forma lo que hace el Representante, Serrano Rudas también le dice que sí, que le consigne en su cuenta. Pero lo anterior si bien puede considerarse como un indicio, no constituye plena prueba de que el señor Representante hubiere coaccionado o inducido a que la señorita en cuestión le hiciera contribuciones a un partido, movimiento o candidato, ya que las otras pruebas y en especial las documentales, a que se ha hecho referencia no sólo no prueban la conducta cuestionada, sino que por el contrario establecen

sin lugar a dudas que en las cuentas corrientes del Representante GARCÍA CABRERA no aparece ninguna consignación hecha por la señorita Rodríguez Ospina y que ella las hizo en las cuentas de César Serrano Rudas, sin que haya podido establecer que éste le entregaba esos dineros al Representante y que este o su movimiento político los recibía y se beneficiaba con ellos. Así que no se ha probado la inducción o presión por parte del Representante, ni cual era el destino de esas sumas de dinero pues aunque aparecen recibidas por el Asistente del Dr. GARCÍA CABRERA no está comprobado que evidentemente entraran a formar parte del patrimonio del Representante o de los fondos de su movimiento político.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Radicación AC-2362. Solicitud de Pérdida de la Investidura que ostenta el Señor Representante Jesús Antonio García Cabrera. Actor: Luz Maribel Rodríguez Ospina. FALLO.

Procede la Sala a resolver sobre la solicitud de pérdida de investidura de JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA como Representante a la Cámara, solicitada por la Señorita LUZ MARIBEL RODRÍGUEZ OSPINA.

LA SOLICITUD

La Señorita LUZ MARIBEL RODRÍGUEZ OSPINA, en memorial presentado ante el Consejo de Estado, solicita que se decrete la pérdida de investidura del Representante a la Cámara JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA, elegido por la circunscripción electoral del Huila, para el período 1994-1998.

Fundamenta su solicitud en los siguientes hechos:

"1) Fui vinculada con fecha de octubre 28 de 1992 como Asistente II en la Unidad de Trabajo Legislativo de la Honorable Cámara de Representantes al servicio del Representante Dr. JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA, por el departamento del HUILA.

"2) Ingresé con una Asignación Básica de $237.445 pesos y a la fecha de mi retiro devengaba $366.354 pesos.

"3) De esta Asignación Básica solo me correspondía la suma de $80.000 al principio y luego $100.000 debido a que tenía que consignarle el resto a la cuenta del Asistente del Honorable Representante JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA, SR. CÉSAR ENRIQUE SERRANO RUDAS, por requerimiento expreso del Representante para poder continuar en mi puesto.

"4) En Abril me fue diagnosticada por el médico adscrito al Fondo de Previsión del Congreso una enfermedad de VON WILLEBRAND, esta enfermedad requiere un tratamiento de por vida y además costosísimo.

"5) En octubre de 1994 decidí consignarle al H. Representante JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA la suma de $200.000 puesto lo que debía consignar era $266.000 y esto llevó a mi destitución del cargo el 1o. de noviembre por resolución 954 de octubre de 1994." (sic el texto).

Precisa el concepto de violación así:

"RÉGIMEN DE INAVILIDADES (sic)

"Según los hechos relatados dentro del régimen de inavilidades (sic) dice que ningun (sic) empleador le debe exigir dínero a sus empleados de su asignación salarial".

CONTESTACIÓN DE LA SOLICITUD

El Representante JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA, mediante apoderado, responde la anterior solicitud y dice que es cierto que la demandante LUZ MARIBEL RODRÍGUEZ OSPINA fue vinculada el 28 de octubre de 1992 como Asistente II en su Unidad Legislativa, por postulación que él mismo hizo.

Precisa que "el sueldo, como su nombramiento, lo señaló al (sic) Resolución No. 772 del 13 de octubre de 1992, de conformidad con lo establecido con la ley 05 de 1992".

Afirma que no es cierto que la Señorita RODRÍGUEZ OSPINA haya consignado en las cuentas corrientes del Representante GARCÍA CABRERA suma alguna de dinero, ni qué éste le hubiere sugerido y menos ordenado que lo hiciera a favor de otra persona.

Anota que la enfermedad a que se refiere la accionante es de carácter congénito y que no es cierto que la destitución del cargo de la accionante hubiere sido motivada en el hecho de que solamente consignó $200.000 en el mes de octubre de 1994 y no $266.000.

LA AUDIENCIA

Habiéndose cumplido el trámite previsto por la ley 144 de 1994, mediante auto proferido el 24 de febrero de 1995, se citó para la audiencia pública a que se refiere el artículo 10 *ibídem.*

Dicha audiencia se realizó ante la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, el día 16 de marzo, con asistencia de: la accionante LUZ MARIBEL RODRÍGUEZ OSPINA, su apoderado doctor LUIS BERNARDO ALZATE GÓMEZ, el demandado Señor Representante JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA y su apoderado doctor HUGO ESCOBAR SIERRA y el Señor Procurador DÉCIMO Delegado ante el Consejo

de Estado (E) Doctor JAIME OSSA ARBELÁEZ. Sus intervenciones constan en el acta respectiva, la cual obra a folios 310 y siguientes del expediente, y en los resúmenes escritos presentados al final de la audiencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 144 de 1994 se hacen los siguientes planteamientos:

– Del Señor Apoderado de la Accionante

Luego de referirse a la acusación que se hace al Representante GARCÍA CABRERA y a las pruebas aportadas por la accíonante, a las solicitadas por el Ministerio Público y a las decretadas en el proceso, se refiere específicamente a la prueba pericial de cotejo de voces de la grabación magnetofónica allegada por la denunciante y de la trascripción oficial hecha por el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, que obra en el cuaderno de pruebas, de la cual resalta que en la conversación telefónica de la denunciante con TERESA DE JESÚS TORRES, ésta le dice: "Para que consignaba no más doscientos?" y de la conversación con CÉSAR SERRANO, precisa que éste refiriéndose a su Jefe él Representante GARCÍA CABRERA, dice: "si, el (sic) me preguntó de la plata de la vez pasada, le dije doctor hasta donde se, no hay sino tanto, los doscientos y entonces me dijo que le comentara a Doña Carmela pues de que ya usted estaba hasta esta fecha ...". Más adelante LUZ MARIBEL pregunta "Será que él está bravo por eso, César ?, porque yo no le consigné sino doscientos? y CÉSAR SERRANO le contesta "No no, usted sabe que él no se pone bravo por nada mijita, lo que pasa es son compromisos políticos ..."

Agrega que, como si fuera poco lo anterior, de la conversación sostenida por la denunciante con el Representante GARCÍA CABRERA, se transcribe lo siguiente:

> "'ya, ay doctor por qué usted sabe que todos los meses le he consignado V.M. Pero que hacemos?. A partir de mañana, usted sabía ... Doctor, usted está bravo porque yo (T.I.) sino Doscientos V.M. No, si usted estaba advertida de que eso era hasta este mes ... Doctor, entonces le consigno mañana a la cuenta esa?. Si me hace el favor, si señora, vamos a esperar ...'. Y para concluir lo que sigue: Habla LUZ MARIBEL 'Bueno doctor, entonces yo mañana le consigno a primera hora en la cuenta de César, como siempre V.M. Como siempre sí.'"

Resalta que la prueba pericial indica que las voces registradas en la grabación corresponden a Luz Maribel Rodríguez Ospina, Teresa de Jesús Torres Peña, César Enrique Serrano Rudas y Jesús Antonio García Cabrera.

Anota que "si bien el Representante no fue oído dentro de esta acción pública" se ordenó tener como prueba la exposición que hizo ante la Procuraduría General de la Nación, en la cual rechaza en términos generales los cargos que le hace Luz Maribel Rodríguez Ospina, afirma haber obtenido información de su asistente Serrano Rudas de sumas de dinero que éste le prestaba a Luz Maribel y agrega que logró ubicarla nuevamente en la Cámara, pero que ella no aceptó y manipuló la conversación.

Luego, de los testimonios recibidos en la etapa probatoria resalta que el señor SERRANO RUDAS admite, demostrando gran desfachatez y un alto grado de solidaridad con su jefe, que recibía gran porcentaje del sueldo que devengaba LUZ MARIBEL como empleada de la Cámara, para ser repartido a dos colaboradores políticos Amparo Montes y Hernando Salgado, en razón de un convenio que surgió entre Serrano y Rodríguez, para favorecer a personas que colaboran políticamente con Serrano Rudas.

Insiste en que dicho testigo, siempre, con el ánimo de favorecer a su empleador hace énfasis en que el citado convenio se hizo sin consentimiento del Representante y resalta que no obstante haber el empleado confesado, desde mediados de noviembre, el acuerdo ante su jefe y su apoderado el Doctor HUGO ESCOBAR SIERRA, para la fecha de la declaración el 3 de marzo del presente año, sigue desempeñando el cargo de Asistente del Representante GARCÍA CABRERA.

Precisa luego que gracias a las ratificaciones hechas por quienes ya habían declarado ante notario, se pudo establecer que la Señora AMPARO MONTES mantiene actividades relacionadas con la comunidad y que el Señor HERNANDO SALGADO, es o fue funcionario del INCORA y que ninguno ha sido funcionario de la Unidad Legislativa de la Cámara de Representantes.

De todo lo anterior, a su juicio, se desprende que se tiene suficientemente acreditado que el Representante GARCÍA CABRERA, a través de su asistente SERRANO RUDAS exigió a la Señorita RODRÍGUEZ OSPINA, durante su vinculación laboral a la Unidad legislativa de la Cámara parte de su ingreso mensual, el cual le era depositado en la cuenta corriente de SERRANO RUDAS y finalmente entregado al jefe de los mismos.

Anota que esta conclusión tiene respaldo en la prueba pericial a que se ha hecho referencia, en la cual se hizo la transcripción de las llamadas y el cotejo de voces y de ella se concluye en forma evidente que el Ingeniero GARCÍA CABRERA era consciente de la consignación que debía verificar la denunciante en la cuenta de SERRANO RUDAS con el ánimo de favorecerse económicamente.

Precisa que:

> "Si bien sus empleados (SERRANO RUDAS y TORRES PEÑA) no se detienen en declarar en falso para favorecer a quien los tiene vinculados al Congreso, se tiene, que en verdad ellos tenían conocimiento que el dinero que se consignaba por parte de MARIBEL correspondía al compromiso que había adquirido con el Representante GARCÍA CABRERA de entregar muy buena parte de lo que devengaba.
>
> "Dar como un hecho cierto la aseveración de SERRANO RUDAS de haber adelantado un convenio con LUZ MARIBEL RODRÍGUEZ para hacer entrega de parte de su sueldo es desconocer los términos de las grabaciones telefónicas. Es ubicarnos por fuera del campo de la lógica, por cuanto no podemos admitir que

una persona que deriva su subsistencia en la capital de la República, proveniente de la provincia, en forma voluntaria haga entrega de casi todo su salario, para favorecer personas que no laboran en el Congreso.

"Se trata simplemente de una práctica corrupta. Se trata llanamente de una costumbre reiterada de quienes tienen el poder de nombrar personal para que trabajen bajo su propio mando. Se trata de querer hacer efectiva (sic) sumas de dinero provenientes de nombramientos políticos que llevan implícito (sic) la entrega de parte de lo devengado. Es una forma descarada de recuperar parte del dinero invertido. Es una forma de ampliar sus ingresos. De afectar las arcas del tesoro público para su beneficio particular. De entregar sumas irrisorias a quienes se ven en la necesidad de prestarse para ello. Es decir, se trata de otra forma de favorecerse, tal como se hace con la destinación final de los auxilios educativos.

"No debe bastar el sacrificio tardío que quiere hacer SERRANO RUDAS para intentar salvar la investidura de su jefe político. No puede bastar que en forma tardía y amañada presente como excusa 'convenios' o 'acuerdos' que nunca se verificaron."

Manifiesta que para LUZ MARIBEL RODRÍGUEZ ya no se trataba de lograr una nueva ubicación en la Cámara; sino de denunciar un hecho de todos sabido pero por nadie denunciado.

Dice que la conducta del Representante GARCÍA CABRERA no sólo viola el artículo 110 de la Constitución Nacional, sino que se ubica dentro de los parámetros de los artículos 140 (Concusión) y 148 (Enriquecimiento ilícito) del Código Penal, por lo cual solicita que además de la pérdida de investidura se compulsen copias ante la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Hace referencia a violaciones de los artículos 2, 53, 122, 123, 133 de la Constitución Nacional por parte del Representante, todo lo cual lleva a la validez de la solicitud de pérdida de investidura.

Por último solicita que se ordene "la compulsación de copias en contra de los señores CÉSAR SERRANO RUDAS Y TERESA DE JESÚS TORRES PEÑA por los eventuales hechos punibles que hubiesen podido cometer conforme los planteamientos anteriores".

– Del Señor Procurador Décimo Delegado ante el Consejo de Estado

En extenso documento, el Señor Procurador Delegado cuestiona la interpretación que del artículo 110 de la Constitución ha hecho el Consejo de Estado y remite a la lectura de las actas de la Asamblea Constituyente y de los salvamentos de voto de quienes no compartieron la tesis mayoritaria.

Afirma que desinvestidura es una locución que implica el despojo de una dignidad que la tienen no sólo los congresistas sino todos los servidores públicos.

Considera que cuando ocurriere un comportamiento congresional alejado de los parámetros éticos y morales que fijan la Constitución y las Leyes y que no está enmarcado dentro de las estrictas tipificaciones del artículo 183 de la Constitución Nacional, lo más prudente sería que el informativo levantado en el Consejo de Estado se remitiera a la Procuraduría para que allí, dentro de su competencia se ejerciera la facultad disciplinaria respectiva o a su vez el expediente se enviara a la Corte Suprema de Justicia.

Comparte el criterio de inaplicabilidad del artículo 110 de la Constitución Nacional por ausencia de la ley que contemple las excepciones a que alude la misma norma constitucional.

Se refiere luego a los principios rectores del derecho sancionatorio y menciona la interpretación restrictiva, la prohibición de la analogía, la especificidad de la norma, la posterioridad de la misma, la subjetividad de la infracción, la favorabilidad, la tipicidad, la proporcionalidad, el *nulla crimen sine lege, non bis in idem,* "etc., etc".

Luego de algunas disquisiciones sobre lo que es el derecho, la función del juez y sus facultades interpretativas afirma que el debate no se ha cerrado y que "el Consejo debe abrir un compás de espera largo y difícil, para que las opiniones se alinderen razonablemente, para que las disidencias sean rebatidas con más profundidad, para que la tesis mayoritaria se consolide en el campo de la crítica o se derrumbe en el terreno de la razón".

Cita luego algunos criterios doctrinales de carácter constitucional y concluye que con la tesis minoritaria se conserva la unidad de la Constitución, "pues de lo contrario se llegaría a romper abruptamente la identidad misma de la institución que fue regulada en una sola norma y llevaría también a distribuir competencias para juzgar una conducta cuyo conocimiento no le ha sido asignado expresamente al Consejo de Estado. Fuera de ello con la tesis mayoritaria se descompone el sistema constitucional que postula la vigencia de los principios que gobiernan todo el proceso sancionatorio".

Vuelve a remitirse a los salvamentos de voto de los Consejeros de Estado que no acogieron la tesis mayoritaria para concluir: "De donde surge la imposibilidad jurídica, por falta de razonabilidad en los fines, de aplicar textualmente la disposición a los Congresistas. La norma perdería su fuerza vinculante, y la manera de hacerlá operante sería entenderla racionalmente, aplicándola a los demás servidores públicos con el fin de que si incurrieren en tal conducta pierdan su investidura."

Se pregunta: que pasaría si se adelantara un disciplinario y se demostrara que un congresista hubiera hecho contribuciones a su partido político, sería este motivo suficiente y causal de desinvestidura?. Dónde podremos encontrar un Congresista que no contribuya con su partido? Y agrega que hay un elemento normativo de valoración cultural que no puede pasar desapercibido y es el que nuestras costumbres políticas tienen fuertemente arraigado que los mismos candidatos aporten sumas a sus respectivos partidos para su fortalecimiento.

Anota que el problema no es meramente semántico como quiere hacérsele parecer, sino que se debe reducir a una lectura lógica de la norma, de racionalidad, de valoración de sus pretensiones, de dialéctica en la estructura de su contexto.

Afirma que la norma prohíbe hacer contribución alguna a los partidos, no recibir, de donde surge la viabilidad jurídica de que el congresista, que ya no es candidato, pueda recibir contribuciones, sin que incurra en irregularidad alguna. O el mismo servidor público puede hacer contribucíones a los congresistas. Es que el destinatario de la norma es el candidato, no el congresista. Inclusive la inducción prohibida es a favor de los partidos, movimiento o candidatos, definitivamente no los congresistas.

Se cuestiona de dónde el Consejo de Estado se adscribió la competencia y de dónde aplicó el procedimiento de la Ley 144 de 1994 que no se refirió a la causal del artículo 110 de la Constitución?

Precisa que "En ninguna disposición constitucional o legal se le atribuyó la competencia al Consejo ni se le dijo que la causal del 110 se tramitaba por la ley y menos por la 144. O sea que causal, competencia, procedimiento y sanción aparece desubicada en la forma como lo dice la tesis mayoritaria".

Invoca la "comprensión jurídica" para el cambio de una tesis que lejos de superar el problema de interpretación, lo que hace es complicarlo por ir en contra del contexto de la misma Constitución.

Se refiere "al denigrante espectáculo corruptor que se relata en las pruebas allegadas al plenario" y llama la atención de la Corporación específicamente a ta versión jurada del Señor Serrano a quien califica de testigo principal y a los cassettes en los cuales constan las conversaciones sostenidas entre el Representante GARCÍA CABRERA y la denunciante.

Finalmente sugiere que del expediente se compulsen las copias pertinentes para que se surta la investigación disciplinaria ante la Procuraduría General de la Nación y se solicite la inmediata suspensión provisoria del cargo del señor César Enrique Serrano Rudas y "También penalmente para que se le investigue por la posible infracción al artículo 140 del Código Penal".

Y en cuanto al Doctor García Cabrera considera que procede investigación disciplinaria por cuanto hasta donde se tiene conocimiento, no cumplió con el deber de denunciar el hecho presuntamente punible de acuerdo con el artículo 25 del Código de Procedimiento Penal ni a denunciarlo ante la Procuraduría.

- Del Señor Representante GARCÍA CABRERA

El Representante JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA afirma que la Señorita Rodríguez Ospina ha intentado manchar su imagen y mancillar su honra, al afirmar que la obligaba a consignar parte de su sueldo en la cuenta corriente del Asistente Serrano

Rudas. Y que ninguna de esas afirmaciones es exacta, ni verdadera tal como lo demuestran las declaraciones de Serrano Rudas y de Teresa de Jesús Torres. Además toda la estrategia de la señorita Rodríguez estaba encaminada a continuar en la Unidad Legislativa y al no obtenerlo presiona su reintegro y, como tampoco lo logra, decide solicitar la pérdida de su investidura como Representante, ante la Procuraduría y ante la Comisión de Ética.

Hace un relato de los hechos así:

Le hace saber a la señorita Rodríguez que al terminar su período el 20 de julio de 1994 no continuaría en la Unidad Legislativa, porque no asistía a la oficina, ni estudiaba, sino que se había dedicado a pasar días remunerados y agradables en Bogotá. La citada Señorita le monta un show diciéndole que está enferma, pero no obtiene respuesta positiva. Luego su madre lo visita en Neiva y le pide que la deje trabajando porque ella está tramitando su pensión por enfermedad, le hace un drama y accede a dejarla por tres meses más mientras tramita la supuesta pensión, para lo cual retira una persona que ya tenía en la lista de su personal que debía presentar el 20 de julio de 1994 e incluye a la Señorita Rodríguez, quien habiendo sido citada a Junta Médica para dictaminar si tenía derecho a la pensión o nó, no asiste a las citas en el Hospital Militar, lo cual confirma que se trataba de una estrategia para convencerlo de su continuidad en el cargo.

Hace aproximadamente un año notó que la Señorita Rodríguez le dejaba razones al señor Serrano Rudas en la oficina de Bogotá, informándole que ya le había consignado y al preguntarle a Serrano Rudas sobre dichas razones este le contestó que él le prestaba plata con alguna frecuencia, lo cual le pareció normal.

En los tres últimos meses se volvió a enterar del asunto, porque Serrano Rudas le dijo que la Señorita Rodríguez no le había consignado lo que le adeudaba y que como ya iba a salir que le ayudara para que le consignara. Y efectivamente en alguna oportunidad le dijo a la Señorita Rodríguez que Serrano Rudas le había comentado que no le había consignado, que lo hiciera y esta es la grabación en la que malintencionadamente se quiere hacer aparecer que esos dineros eran para el Representante.

Insiste en que esos dineros no eran para él y que nunca la presionó para que le consignara a Serrano Rudas bajo amenaza de que la retiraría del cargo, pues esa determinación ya la había tomado y comunicado con anticipación.

Anota que sólo se enteró del acuerdo que tenían sus dos subalternos, en febrero, no recuerda en qué fecha, cuando con el Doctor HUGO ESCOBAR SIERRA estaba preparando la contestación de la demanda de pérdida de investidura y el citado Doctor ESCOBAR SIERRA requirió a Serrano Rudas para que le contara la verdad y allí se refirió al acuerdo que tenía con la Señorita Rodríguez quien sólo se quedaría con $100.000 y el resto del sueldo se lo consignará a Serrano Rudas, ante lo cual reaccionó indignado.

En el mes de octubre entregó la nota para su desvinculación en la Secretaría General de la Cámara y entre el 30 de octubre y el 1o. de noviembre la Señorita Rodríguez hizo

las grabaciones y en la segunda semana de noviembre le reclama el reintegro y visita la Comisión de Ética y le muestra a su Secretario una nota, pero no la radica y le solicita al citado funcionario que le informe al Representante de la nota, luego le manifestó a una de las secretarias de dicha Comisión de Ética que tenía los teléfonos de QAP, por si no le arreglaban el problema.

Posteriormente le dejó una carta de fecha 21 de noviembre solicitando nuevamente el reintegro y el Representante logra que la nombren en planta lo cual se hizo mediante la resolución No. 111 del 30 de noviembre de 1994 con asignación de $272.250 mensuales, cargo del cual no se posesionó.

Luego hizo el escándalo en QAP y en VIVA FM Estéreo y envía una carta a la Comisión de Ética y a la Procuraduría y solicita la pérdida de la investidura.

Anota que la Señorita Rodríguez solamente estaba interesada en permanecer vinculada en la Unidad Legislativa y si hubiese sido por la enfermedad se hubiera posesionado en la planta para obtener los servicios médicos.

Además ella se contradice pues en su declaración ante la Procuraduría afirma que en julio de 1994 el Representante le dijo que no la podía tener más y luego refiere que la insubsistencia se originó en la no consignación de $266.000.

Menciona luego las pruebas que obran en el expediente en relación con las consignaciones bancarias en su cuenta del Banco Ganadero y las declaraciones de sus funcionarios y exfuncionarios, las cuales no contienen ninguna afirmación en el sentido de que se les hubiere exigido dinero, ni directamente, ni por interpuesta persona.

– Del Señor Apoderado del Representante GARCÍA CABRERA

El Doctor HUGO ESCOBAR SIERRA resume su intervención, en síntesis así:

Luego de referirse cuidadosamente a los hechos en que se fundamenta la demanda, a su contestación y a las pruebas decretadas, precisa como "verdades inconcusas, irrefragables e indiscutibles" los siguientes hechos:

– La Señorita Rodríguez Ospina nunca consignó suma alguna de dinero en las cuentas corrientes del Representante García Cabrera, sino en la del Señor César Serrano Rudas, distinguida con el número 650-13187-3 de la oficina principal del Banco Ganadero de Neiva.

– Tampoco el Señor Serrano Rudas consignó los dineros en cuestión en las cuentas corrientes del Representante GARCÍA CABRERA, ni en su cuenta corriente han sido girados cheques al Representante por los mismos valores que le consignó la Señorita Rodríguez Ospina.

– Ni el Señor Serrano Rudas, ni la Señorita Rodríguez Ospina, ni ningún otro empleado subalterno le hizo al Representante GARCÍA CABRERA aportes o donaciones de ninguna naturaleza destinados a su campaña electoral.

– La Señorita Rodríguez Ospina, previo acuerdo con el Señor Serrano Rudas le consignó a él, en su cuenta corriente No. 650-13187-3 del Banco Ganadero de Neivá, sin consulta, autorización, exigencia, orden o inducción del Representante GARCÍA CABRERA. Y esas sumas de dinero Serrano Rudas las distribuyó libremente entre los Señores Hernando Salgado y Amparo Montes, según confesión que hiciera Serrano Rudas en su declaración juramentada.

Las anteriores conclusiones las fundamenta en las pruebas que obran en el expediente así:

– Las fotocopias de las consignaciones hechas por la Señorita Rodríguez en la cuenta de Serrano Rudas.

– Los oficios No. 428 de febrero 17 y 510 de marzo 2 de 1995 enviados por la Directora del Banco Ganadero Sucursal de Santa Fe de Bogotá según los cuales la única consignación hecha en la cuenta corriente No. 000-51208-7 del Representante GARCÍA CABRERA, durante el mes de octubre de 1994 fue por la suma de $3.363.824 del 19 de dicho mes, correspondiente a abono efectuado por la Pagaduría de la Cámara de Representantes por concepto de nómina, lo cual comprueba también el respectivo extracto.

– El oficio No. 001043 del 20 de febrero de 1995 del gerente del Banco Ganadero de Neiva en el cual se enumeran las consignaciones de la cuenta corriente del Señor Serrano Rudas durante los meses comprendidos de enero a octubre de 1994, sumas todas diferentes entre sí, "sin que aparezcan posteriormente cheques girados por dichos valores" con la excepción del mes de julio en el cual el Señor Serrano Rudas "giró el cheque No. 2908 por éste mismo valor, a favor del mismo girador y pagado por caja".

– Los extractos de las cuentas corrientes del Representante GARCÍA CABRERA en el Banco Ganadero de Santa Fe de Bogotá, Banco Cafetero, Caja Agraria, Bancoquia y Banco Ganadero de Neiva.

– Las declaraciones juramentadas del Señor Serrano Rudas y de Teresa de Jesús Torres y las declaraciones extrajuicio de Luis Alberto Andrade, Daniel Mariano Ospina Perdomo, Bianeth Trujillo Rodríguez y Carlos Silverio Mendieta Espitia, ratificadas ante el Consejo de Estado.

– El informe sobre el presupuesto ejecutado durante el período de la campaña política para el Congréso 1994-1995 presentado por el Representante GARCÍA CABRERA a la Veeduría del Tesoro y el presupuesto de ingresos y egresos del citado Representante como candidato a la Cámara, según fotocopias enviadas al Consejo Nacional Electoral en los cuales consta que no se le hicieron donaciones en dinero o especie, nacionales o en el exterior, ni reuniones sociales o espectáculos u otros eventos.

Hace luego la crítica de las anteriores pruebas y afirma que de las afirmaciones de la denunciante "no existe más prueba que su propio dicho" apoyado en grabaciones

ilegales, hechas por ella misma sin autorización de autoridad competente, carentes de autenticidad y obtenidas indebidamente con manifestaciones sorpresivas tendientes a provocar o inducir las respuestas que sugerían sus propias afirmaciones, torcidas y elucubradas para preconstituir testimonios indirectos, al margen de la ley.

Observa que la actora no fue destituida del cargo de Asistente II de la Unidad Legislativa del Representante GARCÍA CABRERA, sino que se le declaró insubsistente o se le reemplazó por compromisos políticos previamente adquiridos por el congresista y que eran de conocimiento de la Señorita Rodríguez y por ineficiencia en el cumplimiento de sus deberes, dada su inasistencia habitual para cumplir con sus obligaciones. Y luego, por razones derivadas de su estado de salud fue designada por intervención del Representante en cuestión en la planta de personal del Congreso. Es falso que se le destituyó por no haberle consignado al Congresista en octubre de 1994 el valor de $266.000 y solo haberlo hecho por $100.000. Si esa hubiera sido la razón no se le hubiera designado en la planta en el cargo que no aceptó.

Recuerda que la Señorita Rodríguez Ospina fue advertida de que sólo estaría en el cargo hasta el 20 de julio de 1994, a pesar de lo cual se le dejó permanecer tres meses más, cumplidos los cuales se idea las grabaciones para presionar al Representante, a quien le habla de las consignaciones y como el Representante sabía de los negocios que existían entre Serrano Rudas y la señorita Rodríguez, le dice según la grabación que consigne como siempre. Agrega que pretender que esa sea una confesión es una avilantez, una temeridad inaudita, un abuso incalificable.

Considerar dicha afirmación como una confesión violaría el artículo 33 de la Constitución Nacional, pues nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Califica como irrespeto al Consejo de Estado, pretender que se quite la investidura del Representante a través de una patraña que implica la violación de un derecho constitucional fundamental.

Se refiere luego extensamente a las grabaciones y precisa que, de conformidad con el informe del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, presentan frases o palabras ininteligibles o ambiguas y se consideran material "dubitado", siendo indubitados los muestreos de las voces de los interlocutores o sea las de la Señorita Rodríguez, el Representante GARCÍA CABRERA, del Señor Serrano Rudas y de Teresa de Jesús Torres.

Luego analiza detenidamente las diferentes conversaciones grabadas y anota que en algunos textos falta el comienzo de las charlas, que la demandante utiliza las expresiones "usted sabe" para comprometer a la persona que responde, al tiempo que relata hechos desconocidos para dar la impresión de que la otra persona está enterada del tema, para inducir las respuestas, hay silencios, hay partes de la conversación borradas, hay contradicciones de la accionante, los intervinientes se refieren a temas diferentes.

Sobre las grabaciones concluye que si se llegaren a tener como confesión del Representante se estaría desconociendo el debido proceso y ante las anteriores fallas que

presenta la grabación, las declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento son las pruebas importantes y deciden con el valor real de pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica probatoria.

Precisa luego **"la verdad verdadera"** y afirma que ésta se la reveló al Consejo el testigo César Serrano Rudas, bajo juramento en su declaración, prueba controvertida en el juicio. Confesó, dicho Señor, la verdad que le había ocultado al Representante porque sabía que éste no estaría de acuerdo con esa actuación corrupta y sólo cuando su víctima denuncia públicamente al Congresista, decide confesar la verdad.

Se pregunta por qué ante lo anterior, el Representante aún tiene como Asistente en la Cámara al Señor Serrano Rudas y se responde en el sentido de que tal vez por considerar que debía comprobarse judicialmente, dada la confusión creada en torno a su propia conducta y a la publicidad de la noticia, lo que no excluye los reproches que podrían hacerle por no haberlo desvinculado.

En relación con el **"DERECHO"** se refiere al artículo 110 de la Constitución para precisar que, de conformidad con sus antecedentes y su texto final, prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, contribución que se refiere, necesariamente, a la financiación de las campañas y por ello la pérdida de la investidura, de conformidad con la voluntad de la Constituyente de 1991, es para quienes induzcan a otros a hacer contribuciones para los partidos, movimientos políticos o candidatos, salvo las excepciones que consagre la ley.

Al respecto precisa que está probado que el Representante GARCÍA CABRERA no indujo a la Señorita Rodríguez Ospina a que le hiciera contribuciones para su campaña electoral como candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción del Huila y que los funcionarios a su servicio tampoco le prestaron ninguna ayuda financiera, sino que el debate lo hizo con recursos propios, dada su solvencia económica y auxiliándose con préstamos bancarios y de instituciones crediticias y si la actora pactó con el Señor Serrano Rudas hacerle consignaciones en su cuenta corriente, porque él le ayudó a que la nombraran, la censura debe recaer en Serrano Rudas por su ilegal e inescrupuloso proceder y en ella por su imprevisión inexcusable.

Por último precisa que no parece lógico admitir que el artículo 110 de la Constitución esté adicionando una norma posterior de la Constitución como lo es el artículo 183, y si este desarreglo en la ordenación de las disposiciones crea dudas, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución, ha de prevalecer la presunción de inocencia, amparada en el *in dubio pro reo,* debiendo aplicarse con exclusividad el artículo 183.

Solicita que se absuelva de todo cargo al Representante GARCÍA CABRERA.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con los términos de la solicitud de pérdida de investidura y concretamente con lo que allí se titula "concepto de la violación" y se precisa textualmente así:

"RÉGIMEN DE INAVILIDADES (sic)

"Según los hechos relatados dentro del régimen de inavilidades (sic) dice que ningun (sic) empleador le debe exigir dinero a sus empleados de su asignación salarial"

La Sala concluye que la causal invocada por la accionante es la consagrada en el artículo 110 de la Constitución Nacional.

Teniendo en cuenta los planteamientos hechos por el Señor Procurador Décimo Delegado ante el Consejo de Estado (E) en su intervención en la audiencia pública y por el Señor Apoderado del Representante cuestionado, es pertinente precisar el criterio de la Corporación sobre el tema.

Como antecedentes, se tiene que en el expediente 1899, en el cual se decidió sobre la pérdida de la investidura de la Senadora REGINA BETANCOURT DE LISKA, la Corporación, en providencia del 17 de agosto de 1994, con ponencia del Consejero Doctor Guillermo Chahín Lizcano, resolvió favorablemente la solicitud hecha por el Señor Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, con fundamento en la causal prevista en el citado artículo 110 de la Constitución Nacional, con el salvamento de voto de cinco Consejeros.

Posteriormente, en providencia del 24 de agosto de 1994, la Corporación decidió la solicitud de pérdida de investidura del Representante a la Cámara ROBERTO ELÍAS CANO ZULETA y en dicha providencia hizo un detallado análisis del artículo 110 de ia Constitución Nacional, llegando a la conclusión de que en él se consagró una causal de pérdida de la investidura de los Congresistas, tesis que en esta oportunidad reitera.

Dijo en dicha decisión la Sala:

"El artículo 110 de la Constitución Nacional dice textualmente:

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

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

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

"– Los sujetos pasivos de la prohibición están determinados por los términos **'quienes ejerzan funciones públicas'** y ejercen funciones públicas no solamente

los servidores de la rama ejecutiva del poder público, sino también los miembros del Congreso Nacional, tal como lo determina claramente el artículo 123 de la Constitución Nacional cuando dispone 'Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado...'

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

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

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

"Por su parte el artículo 10, inciso 1 del Decreto Ley 2400 de 1968, sin perjuicio del derecho al sufragio, había prohibido a los empleados 'desarrollar actividades partidarias', entendiendo por tales las de 'aceptar la designación o formar parte de directorios y comités de partidos políticos aún cuando no se ejerzan las funciones correspondientes, intervenir en la organización de manifestaciones o reuniones públicas de los partidos; pronunciar discursos o conferencias de carácter partidario y comentar por medio de periódicos, noticieros u otros medios de información, temas de la misma naturaleza, tomar en cuenta la filiación política de los ciudadanos para darles un tratamiento de favor o para ejercer discriminaciones en contra, coartar por cualquier clase de influencia o presión la libertad de opinión o de sufragio de los subalternos'.

"Y el mismo artículo 10 del Decreto ley 2400 de1968, en su inciso 2 prohibía terminantemente 'hacer descuentos o retenciones de sueldos o salarios con destino a los fondos de los partidos políticos o para cualquier finalidad de carácter partidario aún cuando medie autorización escrita de los empleados'.

"Dicha norma fue sustituida por el artículo 1 del decreto Ley 3074 de 1968 y la norma quedó textualmente así:

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

"Y el artículo 14 de la ley 130 de 1994 dispuso:

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

"'....

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

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

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

"Por **investidura** se entiende, según el Diccionario de la Lengua Española, el 'carácter que se adquiere con la toma de posesión de ciertos cargos o dignidades', es decir que se trata de un concepto de carácter genérico que bien puede estar referido a cargos o a dignidades.

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

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

"De acuerdo con lo anterior puede afirmarse que si bien todos los servidores públicos tienen una investidura', en nuestra Carta Fundamental se utiliza dicho

término en relación con los miembros de las corporaciones públicas, que son escogidos por elección.

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

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

"A juicio de la Sala no resulta válida la afirmación de que la conducta descrita en el artículo 110 de la Constitución Nacional pueda ser sancionada con la remoción del cargo en el caso de los Congresistas, pues justamente cuando la norma distingue entre remoción del cargo o pérdida de investidura es para referirse en este último caso a quienes ejercen funciones públicas y tienen una investidura como miembros de una Corporación pública, que es el tratamiento que al tema de la Constitución en las normas correspondientes, y por ello utiliza la conjunción disyuntiva 'o'.

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

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

De acuerdo con los criterios anteriormente expuestos, los cuales sirven de fundamento también a la presente decisión, y de conformidad con la norma constitucional en comento, la causal invocada establece, para quienes desempeñan funciones públicas la prohibición de hacer o inducir a otros a que hagan contribuciones a partidos, movimientos o candidatos políticos. Se debe entonces establecer si el Representante JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA incurrió en dicha conducta, para precisar si

está incurso en la mencionada causal y por ello es acreedor de la sanción de la pérdida de su investidura.

La denunciante afirma en su escrito introductorio que, por expreso requerimiento del Representante GARCÍA CABRERA, solamente le correspondían $100.000 de su sueldo como Asistente de la Unidad Legislativa del Doctor GARCÍA CABRERA, porque el resto debía consignarlo en la cuenta bancaria del Señor César Serrano Rudas, Asistente del citado representante.

Luego en el mismo escrito precisa que en octubre de 1994 decidió "... consignarle al H. Representante JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA ..." la suma de $200.000 y no los $266.000 que debía consignar y "... esto llevó a mi destitución del cargo ..."

1 . Como prueba de su dicho, la Señorita Rodríguez Ospina aportó la grabación magnetofónica de conversaciones telefónicas, la cual no fue decretada como prueba documental por no reunir los requisitos exigidos en el artículo 252 No. 3 del Código de Procedimiento Civil, pero sí fue objeto de la prueba pericial, solicitada por la Procuradora Décima Delegada ante el Consejo de Estado, de cotejo de voces y transcripción, realizada por el Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

Según el respectivo dictamen las voces que allí aparecen registradas corresponden a las de la denunciante Teresa de Jesús Torres Peña, con el Señor César Serrano Rudas, y con el Señor Representante JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA.

De dichas conversaciones deben resaltarse los siguientes apartes, relacionados con el cargo que se hace en contra del Representante cuestionado:

En la conversación de la denunciante Luz Maribel Rodríguez Ospina (LMRO) con la Señorita Teresa de Jesús Torres Peña (TJTP):

> LMRO: "Sí, usted sabe Teresa que yo le consigno a él al Banco Ganadero en cuenta seis cincuenta ciento treinta y uno ochenta y siete tres y yo le consigno a él todos los meses, entonces digo porque harán eso, usted sabe que él me quita el ochenta por ciento del sueldo, Teresa yo necesito."
>
> TJTP: "Ay hola, no no entonces siempre lo hizo?"
>
> LMRO: "Y César que dijo porque yo no le consigné (...) el mes pasado?"
>
> TJTP: "A mí nada mijita, usted sabe que ellos los dos son los que hablan, él no me dice ni lo más mínimo de (...)"
>
> LMRO: "Pero cuando tu le dijistes que ya había consignado hoy (...) él que dijo?"
>
> TJTP: "No, no yo no le dije nada, únicamente que Ustedes consignaron"
>
> LMRO: "Que yo le había consignado en dónde?"

TJTP: "En el banco pero yo no le dije cuanto"

LMRO: "En el ... en cual Banco?"

TJTP: "En el Ganadero, Banco Ganadero, en la cuenta de él, yo le dije que usted le había consignado la plata entiende? pero yo no le dije cuanto porque Usted no me dijo que le dijera cuanto".

LMRO: "Yo le dije que doscientos".

TJTP: "Si mami pero Usted no me dijo que le dijera la cantídad."

LMRO: "Así que yo únicamente le había consignado, no, de todas formas yo le voy a consignar mañana en la misma cuenta será que por eso es que me van a echar, porque no le consigné sino doscientos?".

TJTP: "Y usted para que hacía eso hermana? (...) que tuviera cuidado, para que hacía eso?".

LMRO: "Pero para que hago eso de qué?"

TJTP: "Para que consignaba no más doscientos?".

LMRO: "No Teresa, porque yo necesitaba, usted sabe que yo con cien mil pesos no vivo, yo me gano trescientos sesenta y seis y me quitan el ochenta por ciento de mi sueldo".

TJTP: "Sí si yo creo que usted por eso Maribel".

–En la conversación de la denunciante Luz Maribel Rodríguez Ospina (LMRO) con el Señor César Enrique Serrano Rudas (CESR)

LMRO: "No, es que mi mamá me comentó que usted la había llamado para decirle que ya no me podía tener más. César pues yo esta (...) no le pude consignar sino doscientos, porque es que de verdad yo tuve una urgencia del arriendo, mire yo estoy muy mal económicamente, de enfermedad y de todo, usted lo sabe y entonces es verdad César?".

CESR: "No, yo le creo, lo que pasa es que usted sabía que el Doctor tenía un compromiso, entonces frente a esas situaciones no puedo hacer nada más sino disponer de ... eso ya lo había hablado con su mamá cierto, sí, el me preguntó de la plata de la vez pasada, le dije doctor hasta donde yo sé, no hay sino tanto, los doscientos, y entonces me dijo que le comentara a Doña Carmela pues de que ya Usted estaba hasta esta fecha para que hiciera papeles, no? los papeles que le faltaban, no se que es".

LMRO: "César pero si quiere yo mañana le consigno el resto, el excedente, pero por favor (...) no me saque mire que mi vida depende de esa droga, usted lo sabe muy bien César".

CESR: "No mamita ya no hay nada que hacer, ya no hay nada que hacer, porque de otra ya (...) posesionado, entonces ante esa situación sí ..."

LMRO: "Entonces les consigno el resto mañana?".

CESR: "Pues mamita cuanto es lo de esto?".

LMRO: "Pues lo que yo sepa les consigno, los doscientos sesenta y seis más los sesenta y seis, sí? le consigno mañana entonces".

CESR: "Mamita Usted ya cobró?".

LMRO: "Cómo?".

CESR: "Usted ya cobró?".

LMRO: "Sí yo ya cobré".

CESR: "Entonces consigne la otra plata".

LMRO: "Me hace el favor y me da el número, seis qué?".

CESR: "Un momentico seis cincuenta".

LMRO: "Seis cincuenta".

CESR: "Ciento treinta y uno".

LMRO: "Ya".

CESR: "ochenta y siete raya tres, es el número de la cuenta corriente.

LMRO: "Ah bueno César".

CESR: "Verifiquemos, verifiquemos, seis cincuenta ciento treinta y uno ochenta y siete raya tres".

LMRO: "Y el Doctor que dice César? que no que él no me puede tener más".

CESR: "No, no es que el ya había hablado creo con su mamá, inclusive la iban a meter cuando habría cambio, no cierto? porque él tenía un compromiso, entonces luego su mamá pues le comento al Doctor (...) y él le dijo (...) dejémosla ahí, luego yo hable con el doctor, entonces luego vino (...) ya definitivamente allá en Bogotá se le presentó un inconveniente, se le presentó un inconveniente aquí en Neiva, porque era un compromiso que tenía para un señor, entonces le tocó que disponer de eso, no ve? entonces él le comentó a su mamá que la tenía tres meses y hasta ayer eran tres meses".

.....

LMRO: "Ay César entonces yo voy ahora a buscarlo, si? entonces, bueno yo quería pues confirmar eso, de todas formas yo mañana le consigno la plata y el excedente de la plata y entonces a esa cuenta no? su cuenta del banco ganadero, seis cincuenta ciento treinta y uno ochenta y siete raya tres, no?"

CESR : "Sí".

LMRO: "Será que él está bravo por eso, César? porque yo no le consigne sino doscientos?".

CESR: "No no, usted sabe que él no se pone bravo por nada mijita, lo que pasa es son compromisos políticos sí? por eso el no la sacó por otra cosa sino por eso, inclusive el compromiso era a partir de la posesión pasada, pero entonces él decidió pues a ver si la podía dejar, pero definitivamente no la pudo dejar, entonces por eso le dio tres meses de tregua, él entiende la situación y todo pero él no puede hacer nada más porque se le formó un problema, un problema político".

–De la conversación de la denunciante Luz Maribel Rodríguez Ospina (LMRO) con el Representante Jésús Antonio García Cabrera (JAGC).

JAGC: "Que a partir de mañana".

LHRO: "de mañana?", ya ay doctor porqué usted sabe que todos los meses le he consignado".

JAGC: "Pero que hacemos? a partir de mañana, usted sabía".

.....

LMRO: "Doctor, usted está bravo porque yo (...) sino doscientos".

JAGC: "No no".

LMRO: "Es que yo no pude consignarle más doctor yo tuve unos inconvenientes (...)".

JAGC: "No, si usted estaba advertida de que eso era hasta este mes".

LMRO: "Ya, de todas formas pues yo mañana le pienso consignar dos cheques al (...) setenta y seis, que mi mamá ya me los mandó pues para que le consignara o si el doctor quiere yo voy mañana y le entrego la plata".

JAGC: "No, yo mañana me voy y yo no pude llamar a Carmela porque el teléfono estaba dañado, y ayer no estuve en la oficina, el viernes estuve llamando y ese teléfono no lo contestaban yo no se que le pasaba".

.....

LMRO: "Doctor, entonces le consigno mañana a la cuenta esa?".

JAGC: "Si me hace el favor, si señora, vamos a esperar a ver yo no se si esperar que se retire vamos a ver que se puede hacer ahí".

.....

LMRO: "Bueno Doctor, entonces yo mañana le consigno a primera hora en la cuenta de César, como siempre".

JAGC: "Como siempre si".

Obran también en el expediente los video cassettes de la noticia trasmitida por QAP en la cual se escucha la misma grabación magnetofónica a que se ha hecho referencia.

2 . Por su parte, el Representante GARCÍA CABRERA, mediante apoderado, solicitó como pruebas, fueron decretadas en el proceso y a juicio de la Sala deben resaltarse, las siguientes:

– La exposición libre es espontánea rendida por el citado Representante ante la Procuraduría General de la Nación, el día 30 de enero del presente año, en la cual respecto de los hechos que interesan para la decisión que debe tomar la Sala, y concretamente en relación con los dineros de la Señorita Rodríguez Ospina y las consignaciones que ésta hacia en la cuenta corriente de César Enrique Serrano Rudas, manifestó el Doctor GARCÍA CABRERA:

"En alguna oportunidad hace ya más de un año, empecé a notar que la señorita Luz Maribel le dejaba razones a mi Asistente César Enrique Serrano tanto en mi oficina en Bogotá como la de Neiva, concernientes a que ya le había consignado. Ante estas razones que observé le pregunté a mi asistente César "Augusto" Serrano a que se debían dichas razones sobre que ya le había consignado. Mi Asistente César Serrano me contestó que él (César) le prestaba plata con alguna frecuencia a mí me pareció normal y no le volví a preguntar más sobre el asunto hasta cuando ya ella se encontraba en los tres últimos meses que le había concedido para que tramitara su pensión. Me volví a enterar del asunto porque mi asistente César Serrano me dijo que Maribel no le había consignado la plata y que como ya iba a salir que le ayudara para que se la consignara. Efectivamente en alguna oportunidad le expresé a Maribel que César me había comentado que no le había consignado unos dineros que lo hiciera. Maribel mal intencionadamente en la grabación que me hace quiere dar a entender que esos dineros eran para mí, y yo como estaba enterado de los préstamos que mi asistente le hacía a Maribel con frecuencia y además sin ninguna malicia en la charla inducida por Maribel le dije que sí que le consignara como antes lo hacía. Pero deseo dejar en claro que esos dineros no eran para mí, ni mucho menos en ningún momento la presioné para que le consignara al Señor César Serrano asistente mío, bajo la amenaza de que la retiraría del cargo".

–La prueba testimonial, y especialmente la declaración juramentada hecha por el Señor César Serrano Rudas, de la cual tienen especial incidencia en la verificación de los hechos alegados por la accionante y de la parte opositora los siguientes apartes:

> "... y efectivamente le comenté a los días siguientes al Dr. García Cabrera que buscara la posibilidad de nombrar a Maribel Rodríguez Ospina, como Asistente, el Dr. García Cabrera me respondió que no había ninguna posibilidad, le insinué que buscara la manera de colaborarle ya que la familia Rodríguez Ospina eran muy amigos del Representante García Cabrera, en ese momento el Representante García Cabrera no me respondió ni que sí ni que no, a los días siguientes me llamó a la oficina la señora Carmelita Ospina de Rodríguez a recordarme el favor que me había solicitado, le respondí que de pronto había que tomar otra determinación, en las horas de la tarde del mismo día recibí una llamada de Luz Maribel Rodríguez diciéndome que por favor me recomendaba mucho el favor que me había pedido para que la nombraran en la Cámara, le contesté que si podía pasar por mi oficina quería comentarle algo, ella me dijo que sí que pasaría por ahí el día siguiente, se establece la comunicación al día siguiente con Maribel en mi Oficina y le comento que estoy muy preocupado porque me estoy metiendo en serios problemas ya que la insinuación que yo le había hecho al Representante García Cabrera, era que anulara de la lista a la señora Amparo Montes, unos días después le recordé al Dr. García y me dijo que el veía complicada la situación pero que en esos días tomaba dicha determinación de vincular a Maribel Rodríguez y anular el nombre de la Señora Amparo Montes, ya que el Representante García no había pasado la lista a la Oficina de personal del Congreso para que elaborara su nombramiento. En unos días siguientes volví a hablar con Maribel y le dije que estaba muy preocupado por lo de Amparo, me preguntó Maribel Rodríguez, que que se me ocurría de pronto, le hice la pregunta de una vez que si siempre había tomado la determinación de empezar estudios universitarios y me contestó que sí, como su madre antes me había comentado de las dificultades económicas para el desplazamiento de la señoríta Maribel Rodríguez a la ciudad de Santafé de Bogotá, para empezar estudios universitarios, esa fue una de las cosas que me motivó para insistirle al Representante García Cabrera que le diera la oportunidad de ser Asistente en la Cámara, siendo así en la charla anterior me atreví a preguntarle que cuanto necesitaría ella para ayudar a sostenerse en la Capital y ella me dijo, lo único que le interesaba en ese momento era estudiar pero que ella se podía ayudar con unos cien mil pesos porque sus padres le girarían dinero para su sostenimiento. El Representante García Cabrera me entregó la nota de nombramiento de Maribel, yo llamé a Maribel Rodríguez Ospina y le dije que me preocupaba siempre lo de Amparo Montes, ella me dijo que qué se me ocurría y yo directamente le dije que con ese nombramiento ella aceptaba sacar los cien mil pesos que me había dícho antes y me respondió que no había ningún inconveniente, le dije que el resto del dinero era para repartirlo en dos importantes líderes amigos de los municipios, del Municipio del Pital y Pitalito, me respondió que no había ningún inconveniente que

ella aceptaba esa propuesta, y que muchas gracias porque ese nombramiento me lo debía era a mí, le hice una observación de que por favor no le fuera a comentar a nadie y menos al Representante García Cabrera porque a él no le gusta nada de éstas cosas, que ese acuerdo quedaba únicamente entre ella y yo, y ella me aceptó, en el segundo semestre de 1992 ella ingresó a la Unidad Legislativa del Congreso y yo estaba pendiente del convenio que habíamos hecho para ofrecerles la colaboración a Amparo Montes y al señor Hernando Salgado Cadena, personas que aspiraban también a quedar vinculadas a la Unidad Legíslativa, pero como por el comentario anterior no tuvieron oportunidad entonces me pareció fácil contribuirle a los dos con lo que la señorita Maribel me enviara, pasaron unos meses, llame a Maribel y le pregunté del acuerdo en que habíamos quedado, ella me manifestó que tenía muchos gastos en la Universidad y en la instalación aquí en Santafé de Bogotá, que si por favor le dejaba esos primeros sueldos, yo no vi ningún inconveniente y le dije que cuando me fuera a consignar a mi cuenta la consignara al Banco Ganadero principal Neiva a nombre de César Enrique Serrano Rudas en la cuenta No 650-13187-3, a mediados del mes de enero tuvimos la oportunidad de volver a hablar y ella me dice que me consigna el excedente de ese sueldo del mes de marzo perdón del mes de febrero y efectivamente en los primeros días del mes de marzo me hace la consignación, entonces tuve la oportunidad para llamar a Amparo Montes y a Hernando Salgado para comentarles y entregarles el dinero que Maribel me había enviado, no recuerdo cuanto era pero ese dinero lo dividí entre los dos, y así seguidamente me consignó en unos meses, en otros no consignaba cuando ella creía conveniente, ella personalmente hacía las consignaciones por cuenta nacional a mi cuenta, cuando les entregué el dínero a Amparo Montes y a Hernando Salgado les hice el comentario de dónde provenía ese dinero y les pedí el favor que no le fueran a comentar a nadie, ni siquiera al representante a la Cámara García Cabrera porque yo había hecho este acuerdo sin consentimiento de él, así quedaron las cosas de esa manera".

.....

"... también lo dije anteriormente que era un convenio, un arreglo, un acuerdo formal entre ella y yo, porque le pedí el favor inmediatamente que el Representante García Cabrera no se fuera a enterar de este convenio entre ella y yo, nunca el Representante García Cabrera me hizo alguna insinuación para que esto se hiciera, ni con ella ni con ninguna otra persona que pertenecen a la Unidad Legislativa, como se puede comprobar las veces que hizo esas consignaciones las hizo a nombre de Cesar Enrique Serrano Rudas a la cuenta 650-13187-3 del Banco Ganadero de la ciudad de Neiva y estoy seguro que el Representante García Cabrera nunca me hiciera tal insinuación porque él es una persona pudiente económicamente en el Departamento del Huila, lo conozco hace muchos años, como persona honesta y correcta en su actividad comercial por lo tanto no es cierto lo que la Señorita Luz Maribel Rodríguez está insinuando en dicho proceso"

.....

"... el Representante García Cabrera se vino a enterar de este convenio que yo había realizado con Maribel cuando la Señorita Luz Maribel Rodríguez le hace unas supuestas denuncias, él muy preocupado me llamó la atención y me invitó a que clarificaramos esta situación frente a un abogado, la cual en ese momento de la entrevista con el abogado confesé la verdad quiero agregar que cuando me enteré perdón corrijo, quiero agregar que unos meses antes el Representante García Cabrera se enteró por algunas razones que dejaba en la Oficina la señorita Luz Maribel, que ya me había consignado, el Representante García Cabrera me preguntó que ella porque me consignaba, yo le respondí que en algunas ocasiones yo le prestaba dinero y esa fue toda mi explicación para el Representante García Cabrera, cuando me enteré en junio que el Representante García Cabrera pensaba decretar la insubsistencia de Maribel yo aproveché decirle al doctor García que por favor le dijera a Maribel que me consignara como siempre, esto lo hice preocupado de que Maribel en esos últimos días no me cumpliera y también porque el Representante García Cabrera quedó convencido de que yo le prestaba dinero".

.....

"Desde el momento en que Luz Maribel Rodríguez aceptó y nos pusimos de acuerdo en el convenio las sumas que ella me consignó siempre fueron divididas entre estas dos personas Amparo y Hernando, siempre que les hacía la entrega del dinero se las hacía personalmente y en efectivo".

.....

"Yo no tengo, ni nunca he tenido negocios con el Dr. Jesús Antonio García Cabrera pero en algunas ocasiones o en muchas ocasiones le manejo sus cuentas corrientes y sus dineros también vale la pena anotar que yo en muchas ocasiones hago consignaciones a su cuenta corriente o sea la de Jesús Antonio García Cabrera porque él me deja cheques para consignar o efectivo, pero son dineros propios de él".

– Los demás testimonios y las ratificaciones de declaraciones rendidas ante notario solicitadas también por el Señor Apoderado del Representante cuestionado, rendidas por personas que prestan o prestaron sus servicios en la Unidad Legislativa del Doctor GARCÍA CABRERA coinciden en afirmar que el Representante GARCÍA CABRERA nunca les ha exigido sumas de dinero, ni directa ni indirectamente y que por el contrario, lo conocen como una persona muy honesta y solvente.

– En cuanto a la rueba documental allegada al proceso se encuentra:

a) El informe del presupuesto ejecutado por el candidato a la Cámara Jesús Antonio García Cabrera para el período 1994-1998 (Folio 81 Cuaderno principal), así como una

relación de ingresos provenientes de un crédito por $15.000.000 del Banco Cafetero, un crédito de $15.000.000 de Bancoquia, (Folio 82 Cuaderno Principal y 28 Cuaderno de pruebas) y una relación de gastos con un valor total de $29.815.848 (Folio 29 Cuaderno de pruebas).

b) Certificación de MOLINOS ROA S. A. según la cual el Señor Jesús Antonio García Cabrera efectuó una venta de arroz paddy verde por la suma de $12.181.824, según factura No. 091903 del 2 de marzo de 1994 (Folio 83 Cuaderno principal).

c) Extracto de la cuenta No. 000-51208-7 de la oficina principal del Banco Ganadero en Bogotá, del Señor JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA, correspondiente al mes de octubre de 1994 en el cual aparece una única consignación por la suma de $3.363.824 (Folio 87 Cuaderno principal).

d) Extracto de la cuenta No. 28705281-5 de la oficina del Banco Cafetero de Neiva, del Señor JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA, correspondiente al mes de octubre de 1994 en el cual aparece una única consignación por la suma de $5.420.000 (Folio 88 Cuaderno principal).

e) Extracto de la cuenta No. 3905-002655-6 de la Oficina de la Caja Agraria de Neiva, del señor JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA correspondiente al mes de octubre de 1994, en el cual aparece una única consignación por la suma de $560.000 (Folio 89 Cuaderno principal).

f) Extracto de la cuenta No. 252-00100-3 de la oficina del Banco Comercial Antioqueño de Neiva, del Señor JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA, correspondiente al mes de octubre de 1994 (Folio 90 Cuaderno principal).

g) Extracto de la cuenta No. 650-03517-3 de la oficina del Banco Ganadero de Neiva, del señor JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA, correspondiente al mes de octubre de 1994, en el cual aparece una consignación de $500.000 y consignaciones de otras plazas por $600.000, $100.000 y $3.300.000 (Folio 91 del Cuaderno principal).

h) Certificados de las citadas entidades bancarias en relación con las obligaciones del Señor GARCÍA CABRERA y referencias comerciales (Folios 92 a 96 Cuaderno principal).

i) Certificación del Jefe de Cuentas Corrientes del Banco Ganadero Sucursal Neiva, según la cual la cuenta corriente No. 650-13187-3 pertenece al señor César Enrique Serrano Rudas, identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.228.864 de Pitalito (Folio 97 Cuaderno principal).

j) Comunicación de la Directora de la oficina principal del Congreso, del Banco Ganadero según la cual la única consignación efectuada en el mes de octubre de 1994

en la Cuenta Corriente No. 000-51208-7 perteneciente al representante Jesús Antonio García Cabrera fue la efectuada por la pagaduría de la Cámara de Representantes por abono del sueldo por la suma de $3.363.824 y anexa tres recibos de consignaciones hechas por la señorita Luz Maribel Rodríguez en la cuenta corriente No. 650-13187-7 del Señor César Enrique Serrano Rudas durante el año de 1994 así: $245.000 el 29 de julio, $270.000 el 30 de junio y $261.000 el 27 de mayo (Folios 20 a 23 del Cuaderno de pruebas).

k) Comunicación dirigida por el Jefe de la División de Prestaciones Médico Asistenciales a los asesores del despacho de la Procuraduría General de la Nación, según la cual la enfermedad que padece la señorita Luz Maribel Rodríguez Ospina es congénita, razón por la cual cuando ingresó al Congreso ya la padecía y cuando fue citada para la junta médica relacionada con su enfermedad no se presentó (Folios 33 a 35 del Cuaderno de pruebas).

l) Comunicación del Gerente del Banco Ganadero de Neiva, según la cual:

– La cuenta corriente 650-13187-3 figura a nombre del señor César Enrique Serrano Rudas.

– En enero 28 de 1994 fue efectuada consignación en otra plaza por $208.000 sin que aparezcan posteriormente cheques girados por este mismo valor.

– En mayo 27 de 1994, fue efectuada consignación en otra plaza por $261.000, sin que aparezcan posteriormente cheques girados por este mismo valor.

– En junio 30 de 1994 fue efectuada consignación en otra plaza por $270.000, sin que aparezcan posteriormente cheques girados por este valor.

– En julio 29 de 1994 fue efectuada consignación en otra plaza por $245.000 y en agosto 2 de 1994 se giró el cheque No. 2908 por este mismo valor a favor del mismo girador y pagado por caja.

– En agosto 3 de 1994 fue efectuada consignación en otra plaza por $90.000, sin que aparezcan posteriormente cheques girados por este valor.

– En septiembre 19 de 1994 fue efectuada consignación en otra plaza por $266.000 sin que aparezcan posteriormente cheques girados por este mismo valor.

– En octubre 14 de 1994 fue efectuada consignación local por $200.000 sin que aparezca posteriormente cheques girados por este mismo valor.

– El Señor Jesús Antonio García Cabrera es titular de la cuenta corriente 650-03517-3 y adjuntan sus extractos correspondientes a los meses en que tuvo movimiento (Folios 36 a 38 y 49 a 72 del Cuaderno de Pruebas).

De acuerdo con las pruebas a que se ha hecho referencia y que obran en el proceso está establecido que:

1. JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA fue elegido como Representante a la Cámara de Representantes por el Departamento del Huila para el período 1994-1998. (Fl. 36-44).

2 . Que su Unidad Legislativa estaba conformada por HERNANDO TRUJILLO POLANCO, LUZ MARIBEL RODRÍGUEZ OSPINA, CÉSAR ENRIQUE SERRANO RUDAS, VIANETH TRUJILLO RODRÍGUEZ, OCTAVIO CHARRY QUINTERO (fl. 120).

3. Que la Señorita Luz Maribel Rodríguez Ospina estuvo vinculada a dicha Unidad Legislativa desde el mes de octubre de 1992 y hasta el mes de octubre de 1994.

4. Que en la misma Unidad Legislativa se desempeñaba como Asistente y aún está vinculado en dicho cargo el Señor César Enrique Serrano Rudas.

5 . Que la Señorita Rodríguez Ospina en reiteradas oportunidades hizo consignaciones nacionales y una local por diferentes sumas de dinero en la cuenta corriente del Señor César Enrique Serrano Rudas y que en el mes de julio de 1994 hizo una consignación por $245.000 y el señor Serrano Rudas giró un cheque por el mismo valor a favor del mismo girador, el cual se cobró por caja.

6 . Que en las cuentas corrientes del Representante GARCÍA CABRERA no aparece ninguna consignación hecha por la citada Señorita Rodríguez Ospina.

Y por el contrario, no está probado en el proceso los hechos en que se fundamenta la solicitud de pérdida de investidura referidos a la exigencia del parlamentario de una parte del sueldo a la Señorita Luz Maribel Rodríguez Ospina que permita afirmar que está incurso en la causal de pérdida de su investidura por haberla inducido a hacer contribución alguna a partidos, movimientos o candidatos.

En efecto, la única prueba que al respecto encuentra la Sala es el dictamen pericial sobre la grabación magnetofónica de una conversación telefónica en la cual la denunciante habla con el Representante GARCÍA CABRERA, ella se refiere a que todos los meses le ha consignado, él no dice nada, ella le pregunta sí está bravo porque no le consignó sino $200.000 y él responde "No, no". Ella vuelve a referirse a las consignaciones que no pudo consignarle más, que "mañana le pienso consignar dos cheques" o que si el Doctor quiere le lleva la plata y él responde que no porque se va: luego ella insiste que si le consigna la plata a la cuenta esa y él responde "si me hace el favor, si señora, vamos a esperar a ver yo no se si esperar que se retire, vamos a ver que se puede hacer ahí" y más adelante, ella vuelve a referirse a la consignación para

preguntarle si le consigna en la cuenta de César como siempre y el responde "como siempre sí".

La anterior conversación, si bien está inducida por la accionante siempre al tema de las consignaciones también contiene respuestas del Señor Representante García Cabrera que constituyen un indicio que permitiría concluir que él sabia claramente a que consignaciones se refería y que podían ser para él, toda vez que no contradice, ni cuestiona, ni aclara lo dicho por Señorita Rodríguez y por el contrario le responde que sí, que consigne.

Situación similar se presenta en la conversación con el Señor César Serrano Rudas: la accionante dirige siempre la conversación hacia el tema de las consignaciones y el señor Serrano no cuestiona lo que pretende hacer decir la accionante y en la misma forma que lo hace el Representante, Serrano Rudas también le dice que sí, que le consigne en su cuenta.

Pero lo anterior, si bien puede considerarse como un indicio, no constituye **plena prueba** de que el Señor Representante hubiere coaccionado o inducido a que la señorita en cuestión le hiciera contribuciones a un partido, movimiento o candidato, ya que las otras pruebas y en especial las documentales, a que se ha hecho referencia no sólo no prueban la conducta cuestionada, sino que por el contrario establecen sin lugar a dudas que en las cuentas corrientes del Representante GARCÍA CABRERA no aparece ninguna consignación hecha por la señorita Rodríguez Ospina y que ella las hizo en las cuentas de César Serrano Rudas, sin que se haya podido establecer que éste le entregaba esos dineros al Representante y que éste o su movimiento político los recibía y se beneficiaba con ellos. Así que no se ha probado la inducción o presión por parte del Representante, ni cual era el destino de esas sumas de dinero pues aunque aparecen recibidas por el Asistente del Doctor GARCÍA CABRERA no está comprobado que evidentemente entraran a formar parte del patrimonio del Representante o de los fondos de su movimiento político.

Por otra parte según el dicho de Serrano Rudas esas sumas de dinero eran entregadas por voluntad de la misma denunciante, de conformidad con el convenio con él celebrado.

Considera la Sala que la conversación a que se ha hecho referencia apenas si puede constituir un indicio, pero no plena prueba de los hechos afirmados, ya que ella no prueba el destino de los dineros, ni la inducción por parte del parlamentario, ni su carácter de voluntarios o no y como las demás pruebas allegadas al proceso tampoco permiten precisar dichos aspectos es claro que no se ha comprobado que el Representante JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA esté incurso en la causal prevista por el artículo 110 de la Constitución Nacional y por lo tanto deberá denegarse la solicitud de pérdida de su investidura.

Pero si bien a juicio de la Sala no procede decretar la pérdida de la investidura de Representante del Doctor Jesús Antonio García Careera, si es del caso que se le investigue por cuanto no cumplió con el deber de denunciar un hecho presuntamente punible en que pudo haber incurrido su subordinado y denunciar también una infracción de carácter administrativo disciplinario, razón por la cual se ordenará compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para que se adelanten las respectivas investigaciones disciplinaría y penal.

Y en relación con el Señor César Enrique Serrano Rudas, también deberá ser investigado disciplinaria y penalmente por la conducta que él mismo confiesa en su declaración y que aparece debidamente probada a lo largo del proceso a través del acervo probatorio y en especial de las pruebas documentales.

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

FALLA:

Niégase la solicitud de pérdida de la investidura del Doctor JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA como Representante a la Cámara de Representantes.

Envíense copias del expediente a la Procuraduría General de la Nación para que se investiguen las posibles faltas disciplinarías en que hubieren podido incurrir el Representante a la Cámara JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA y él señor César Enrique Serrano Rudas.

Envíense copias del expediente a la Corte Suprema de Justicia para que se investigue al Representante JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA por la posible violación de las normas penales al no denunciar la conducta presuntamente punible de su subordinado y a la Fiscalía General de la Nación para que se investigue al Señor César Enrique Serrano Rudas por presunta violación del artículo 140 del Código Penal.

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

CÓPIESE, PUBLÍQUESE, NOTÍFÍQUESE, CÚMPLASE. ARCHÍVESE.

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

DIEGO YOUNES MORENO
Presidente

JAIME ABELLA ZÁRATE

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Salvó el Voto

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Salvó el Voto

MIREN DE LA LOMBANA DE M.

DENISE DUVIAU DE PUERTA

CLARA FORERO DE CASTRO

DELIO GÓMEZ LEYVA

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ
Ausente

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA
Salvó el Voto

LOS CONSEJEROS,

ÁLVARO LECOMPTE LUNA
Aclara Voto

JUAN DE DIOS MONTES H.
Aclara Voto

CARLOS ARTURO ORJUELA G.
Con Salvamento de Voto

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
Salvó el Voto

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Con Salvamento de Voto

YESID ROJAS SERRANO

CONSUELO SARRIA OLCOS

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA
Aclaró el Voto

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN
Secretaria

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA/CAUSALES/PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD/CONTRIBUCIÓN A MOVIMIENTO POLÍTICO-Inexistencia

Estiman los suscritos que el art. 110 de la Constitución de 1991 no describe conducta aplicable a los congresistas como causal de pérdida de investidura, por cuanto dicha norma es de carácter genérico o general, y la figura de la pérdida de la investidura de los congresistas es de carácter especial y específico, es decir, el art. 183 de la misma determina, de modo taxativo, cuales son esas causales, describiéndolas de un modo claro, de tal suerte que no permite analogías ni reenvíos, como piensa la mayoría de la Sala. Para los suscritos, la figura jurídica que se estudia, por su carácter sancionatorio, participa de los principios básicos del derecho disciplinario, del derecho penal y del derecho político y bajo esa triple perspectiva deben medirse y orientarse sus alcances, desarrollos y fines. En otras palabras, desde esos tres ángulos han de analizarse las situaciones, las conductas, los comportamientos atribuidos al senador o al representante, dentro de un marco de diafanidad y transparencia que va inclusive hacia cuestionamientos de índole personal e individual, como son por ejemplo, las causales señaladas en los ordinales 5, 6 y 7 del art. 179 de la Carta. Al congresista acusado en el caso de autos se le juzgó por algo que se prohíbe a los "funcionarios públicos" y que no se encuentra dentro de las causales que se han mencionado. En otras palabras, el art. 110 no establece una causal más para pérdida de la investidura de los congresistas. Las causales como se ha visto, son únicamente las indicadas de manera taxativa y no es posible que el juzgador traslade disposiciones que están en otro lugar de la Carta para agregarlas de esa manera, máxime cuando las normas de tipo sancionatorio son de interpre-

tación restrictiva, amén de que las normas de derecho penal también lo son. Y sea pertinente recordar que no sólo los congresistas tienen investidura.

ACLARACIÓN DE VOTO

DE LOS MAGISTRADOS JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ Y ÁLVARO LECOMTE LUNA, EN LA SENTENCIA FECHADA A VEINTIUNO (21) DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO (1995).- EXPEDIENTE No. AC-2362.- ASUNTOS CONSTITUCIONALES - SOLICITUD DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA.- ACTORA: LUZ MARIBEL RODRÍGUEZ OSPINA.

Con el máximo respeto hacia la ilustrada mayoría de la Sala Plena, los suscritos exponen seguidamente los motivos que los han llevado a apartarse de la tesis central, aunque no de la decisión según la cual se denegó la solicitud de pérdida de la investidura de congresista que ostenta el señor representante a la Cámara Jesús Antonio García Cabrera.

Estiman los suscritos que el artículo 110 de la Constitución de 1991 no describe conducta aplicable a los congresistas como causal de pérdida de investidura, por cuanto dicha norma es de carácter genérico o general, y la figura de la pérdida de la investidura de los congresistas es de carácter especial y específico, es decir, es el art. 183 de la misma la que determina, de modo taxativo, cuáles son esas causales, describiéndolas de un modo claro, de tal suerte que no permite analogías ni reenvíos, como piensa la mayoría de la Sala.

Para los suscritos, la figura jurídica que se estudia, por su carácter sancionatorio, participa de los principios básicos del derecho disciplinario, del derecho penal y del derecho político y bajo esa triple perspectiva deben medirse y orientarse sus alcances, desarrollos y fines. En otras palabras desde esos tres ángulos han de analizarse las situaciones, las conductas, los comportamientos atribuidos al senador o al representante, dentro de un marco de diafanidad y transparencia que va inclusive hacia cuestionamientos de índole personal e individual, como son por ejemplo, las causales señaladas en los ordinales 5, 6 y 7 del artículo 179 de la Carta.

Como es sabido, mediante los artículos 179 y 180, la Constitución estableció una serie de inhabilidades e incompatibilidades y un severo régimen de conflicto de intereses. Y el artículo 183 señaló las cinco causales que pueden significar, si así bróta de un riguroso examen de las pruebas allegadas, el decreto de la pérdida de investidura. Por lo tanto, piensan los suscritos, no es posible agregar conductas antijurídicas por fuera de esas causales.

Al congresista acusado en el caso de autos se le juzgó por algo que se prohíbe a los "funcionarios públicos" y que no se encuentra dentro de las causales que se han

mencionado. En otras palabras, el artículo 110 no establece una causal más para pérdida de la investidura de los congresistas. Las causales, como se ha visto, son únicamente las indicadas de manera taxativa y no es posible que el juzgador traslade disposiciones que están en otro lugar de la Carta para agregarlas de esa manera, máxime cuando las normas de tipo sancionatorio son de interpretación restrictiva, amén de que las normas de derecho penal también lo son. Y sea pertinente recordar que no sólo los congresistas tienen investidura.

Cordialmente,

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

Santa Fe de Bogotá, D.C., 4 de abril de 1995.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA/CONTRIBUCIÓN A MOVIMIENTOS POLÍTICOS

Aparece probado en el expediente: 1. Que Luz Maribel Rodríguez Ospina hacía contribuciones mensuales de su sueldo consignado en una cuenta corriente del asistente del Representante. 2. Que la contribución no era voluntaria. Ello se deduce claramente del monto de la cuota mensual que prácticamente dejaba sin sueldo a la empleada y de las conversaciones grabadas de ésta con Teresa de Jesús Torres, y con el propio asistente César Serrano Rudas, quien además de recordarle el compromiso que ella había adquirido al respecto, y de preguntarle si ya había cobrado, le dice "entonces consigne la otra plata". 3. Que el Representante no solamente sabía de la coacción de que venía siendo víctima la empleada, sino que la consentía. No de otra forma podría sentirse constreñida la emplada bajo la amenaza de perder el empleo, pues no era el asistente sino el Representante quien podía decidir sobre su estabilidad. Pero es más, es el Representante quien en la conversación telefónica que le fue grabada, a la afirmación de la señorita Rodríguez Ospina de "bueno doctor, entonces yo mañana le consigno en la cuenta de César, como siempre", le responde "como siempre sí". Este acervo probatorio en mi sentir es contundente e incuestionable y desbarata la peregrina versión de que el asistente inducía a la demandante a espaldas de su jefe y que cuando éste se refería a las consignaciones lo hacía creyendo de buena fe que era que la empleada debía dinero a su asistente.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Santa Fe de Bogotá D.C., diecieiete (17) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente No. AC-2362. ASUNTOS CONSTITUCIONALES. Actor: LUZ MARIBEL RODRÍGUEZ OSPINA.

Al igual que los Consejeros Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano y Luis Eduardo Jaramillo Mejía, mi disentimiento con el fallo radica en el análisis probatorio que fundamentó la decisión denegatoria, toda vez que en mi sentir había prueba suficiente para llegar a la convicción de que el Representante Jesús Antonio García Cabrera incurrió en la conducta de inducción que sanciona el artículo 110 de la Constitución Política con la pérdida de investidura.

En efecto, aparece probado en el expediente:

1. Que Luz Maribel Rodríguez Ospina hacía contribuciones mensuales de su sueldo consignando en una cuenta corriente del asistente del Representante.

2. Que la contribución no era voluntaria. Ello se deduce claramente del monto de la cuota mensual que prácticamente dejaba sin sueldo a la empleada y de las conversaciones grabadas de ésta con Teresa de Jesús Torres, y con el propio asistente César Serrano Rudas. quien además de recordarle el compromiso que ella había adquirido al respecto, y de preguntarle si ya había cobrado, le dice "entonces consigne la otra plata".

3. Que el Representante no solamente sabía de la coacción de que venía siendo víctima la empleada, sino que la consentía. No de otra forma podía sentirse constreñida la empleada bajo la amenaza de perder el empleo, puse no era el asistente sino el Representante quien podía decidir sobre su estabilidad. Pero es más, es el Representante quien en la conversación telefónica que le fue grabada, a la afirmación de la señorita Rodríguez Ospina de "bueno doctor, entonces yo mañana le consigno en la cuenta de César, como siempre" le responde **"como siempre sí".**

Este acervo probatorio en mi sentir es contundente e incuestionable y desbarata la peregrina versión de que el asistente inducía a la demandante a espaldas de su jefe y que cuando éste se refería a las consignaciones lo hacía creyendo de buena fe que era que la empleada debía dinero a su asistente.

La decisión, por consiguiente, debió ser contraria, decretando la pérdida de investidura del Representante Jesús Antonio García Cabrera.

Con todo respeto,

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA/PÉRDIDA DE INVESTIDURA-Efectos/**NORMA CONSTITUCIONAL**-Interpretación/**NORMA CONSTITUCIONAL**-Inconstitucionalidad/**DEMOCRACIA REPRESENTATIVA/RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES**

La posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales ha sido aceptada por la doctrina extranjera, y encuentra respaldo, en el derecho nacional, en la posición jurídica fijada por los Magistrados Drs. Luis Carlos Sáchica, Gustavo Gómez Velásquez, Humberto Mesa González, Luis Sarmiento Buitrago, Fernando Uribe Restrepo, Álvaro Luna Gómez y Darío Velásquez Gaviria, al salvar su voto cuando la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, profirió la providencia calendada el 2 de octubre de 1980, Exp. 799. En este momento del discurso judicial la Sala se pregunta: Los VALORES JUSTICIA, IGUALDAD Y LIBERTAD, no resultan acaso seriamente comprometidos cuando en el art. 179 de la Constitución, numeral cuarto (4o.), se preceptúa que de por vida no pueden volver a ser congresistas "QUIENES HAYAN PERDIDO LA INVESTIDURA"? Acaso eternizar el castigo no equivale a eternizar el mal, como lo enseñaba el Teólogo Evangélico ROTHE en 1869? Un ordenamiento positivo JUSTO podrá consagrar una sanción de por vida". Y disponer que no se puede ser congresista porque en un momento dado de la existencia se profirió una sentencia de condena, en contra del parlamentario, sin entrar a distinguir el universo mismo que tuvo el delito? Una sanción penal, por unas lesiones personales, podrá tener las mismas consecuencias que otra, por un homicidio? No se atenta acaso contra la DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA, y contra el VALOR IGUALDAD, cuando se preceptúa en la Carta que los

congresistas no podrán DESEMPEÑAR CARGO PRIVADO, sin hacer excepciones de ninguna naturaleza? No podrán ellos, por ejemplo, ser los administradores del edificio en donde viven, o Presidente de la Junta del Colegio en donde estudian sus hijos? El proceso orientado a decretar la pérdida de investidura no puede convertirse en una casería de brujas. Tampoco se puede manejar la ilusión de que montando sentencias de condena sobre contratos con una cuantía de QUINIENTOS MIL PESOS ($500.000.oo), se va a moralizar el País. El derecho no es norma y no es la ley la que se interpreta sino la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva. Ello demanda del juez gran ponderación y esfuerzos superiores para no fallar bajo los efectos de los PERJUICIOS SUBLIMINALES.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santa Fe de Bogotá, D.C. marzo veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

ACLARACIÓN DE VOTO DOCTOR JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA.

Referencia: Expediente No. AC-2362. SOLICITUD PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL SEÑOR JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA. Actor: LUZ MARIBEL RODRÍGUEZ OSPINA.

Debo aclarar el voto para precisar que, a mi juicio, la Sala ha debido inaplicar las normas constitucionales que sirvieron de apoyo a la demanda, por ser inconstitucionales, como paso a explicarlo.

La posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales ha sido aceptada por la doctrina extranjera, y encuentra respaldo, en el derecho nacional, en la posición Jurídica fijada por los magistrados Drs. Luis Carlos Sáchica, Gustavo Gómez Velásquez, Humberto Mesa González, Luis Sarmiento Buitrago, Fernando Uribe Restrepo, Alvaro Luna Gómez y Darío Velásquez Gaviria,, al salvar su voto cuando la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, profirió la providencia calendada el día dos (2) de octubre de mil novecientos ochenta (1.980), Expediente No. 799. En lo sustancial de tal pieza Jurídica, se lee:

> "6o.- Si se quiere, por otra parte, vivificar la Constitución, ello exige entender que ella no solo está conformada por las normas positivas en que se expresa, sino POR LOS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS EN LAS MISMAS Y POR LOS VALORES ENUNCIADOS COMO OBJETIVOS DE SU PRECEPTIVA; estos son instancias supra, aunque no extraconstitucionales, a las cuales es necesario referir toda interpretación y toda aplicación de las normas positivas; y su desconocimiento debe acarrear invalidez, inconstitucionalidad, pues todo lo que sea contrario a la JUSTICIA tiene que ser contrario al derecho, y un control de constitucionalidad que no tenga este enfoque es incompleto y carece de eficacia. En consecuencia, cuando las normas acusadas, **no importa su rango**, atentan contra la unidad nacional, la paz o la justicia, proclamadas en el preámbulo de la constitución como

la razón de ser de la forma de vida colectiva en ella propuesta, el Juez de constitucionalidad debe invalidarlas, ya que el derecho positivo no se justifica por sí mismo.

"7. POR ESTO NO ES ABSURDO PLANTEAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL. FRENTE A LOS POSTULADOS DEL PREÁMBULO, ya que él forma parte de la Constitución tiene, fuerza directiva sobre el texto constitucional y expresa los fines para cuya realización es simple herramienta la Constitución..." (Subrayas de la Sala)

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

"La Constitución española ofrece, en este aspecto, un paradigma de complejidad, que hace muy difícil su elaboración sistemática. Es evidente que nuestra Ley de leyes responde a un sistema de positivación mixto, por llevarse a cabo lo mismo a partir de cláusulas o postulados generales que de normas específicas o casuísticas. Ahora bien, su formulación rebasa la tipología aludida, ya que entiendo que pueden distinguirse hasta cinco instrumentos distintos de positivación, los cuales, ordenados de menor a mayor precisión jurídico-positiva, aparecen como:

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

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

"2) Principios constitucionales. Aquí quedarían englobados una serie de principios dirigidos a delimitar el marco político, social y económico que va a determinar las modalidades de ejercicio de todos los derechos fundamentales, como también una serie de postulados encaminados a orientar la acción de los poderes públicos. Así, el artículo 9o. 2 al prescribir que: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o

dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social." De igual modo que el artículo l0, que cifra en la dignidad de la persona el fundamento del orden político y de la paz social (apartado 1) y que establece como criterio hermeneútico de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España (apartado 2). También deben encuadrarse aquí los artículos 39 a 52 incluidos en el Capítulo III del Título I denominados "Principios rectores de la política social y económica", sobre los que expresamente se afirma que informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3).

"3) Cláusulas generales. Un numeroso grupo de derechos fundamentales acogidos en el articulado de la Constitución y positivados como tales derechos, y no como principios, se hallan remitidos a la legislación orgánica para la delimitación de su alcance y contenido. Entre otros pueden citarse, dentro de este apartado, el artículo 17.4, con respecto a la regulación del **habeas corpus**; el 18.4, sobre la limitación del uso de la informática; el 20.3, sobre organización y control de medios de comunicación social; el 24.2, sobre la exención, por razones de parentesco o de secreto profesional, de la obligación de declarar sobre presuntos hechos delictivos; el 28.2, en materia del derecho a la huelga; el 29, en relación con el derecho de petición....

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

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

"(...)

"La distinción entre el sistema de positivación a través de valores y principios y de normas específicas no carece de trascendencia práctica, ya que, mientras la doctrina no discute el alcance jurídico-positivo de los derechos fundamentales promulgados por el procedimiento casuístico, se da una profunda disparidad de criterios sobre el sentido normativo de los valores y principios. Ya que mientras para determinados autores los valores y principios constitucionales son meros postulados programáticos, reflejo de determinadas ideologías filosóficas o políti-

cas, que por su propia naturaleza no pueden traducirse en reglas obligatorias, para otros constituyen auténticas normas jurídico-positivas que imponen determinadas conductas, sea al poder legislativo, sea al poder ejecutivo o a la propia administración de justicia.

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

(En este momento del discurso judicial, la Sala se pregunta: Los **VALORES JUSTICIA, IGUALDAD y LIBERTAD** no resultan acaso seriamente comprometidos cuando en el artículo 179 de la Constitución, numeral cuarto (4o.), se preceptúa que de por vida no pueden volver a ser congresistas **"QUIENES HAYAN PERDIDO LA INVESTIDURA"**?. Acaso eternizar el castigo no equivale a eternizar el mal, como lo enseñaba el teólogo evangélico ROTHE en 1869?

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

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

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

Por qué se impide a los congresistas **GESTIONAR EN NOMBRES PROPIO O AJENO**, asuntos ante las autoridades públicas? Acaso el parlamentario no contrae obligaciones con sus electores? La gestión para que se paguen las deudas de la Nación en favor de los Departamentos o de los Municipios, o para que se inicie la carretera o se construya la escuela, es antijurídica? Es verdad que el parlamentario es el representante de **LA NACIÓN**, y por lo mismo, no queda vinculado por mandato alguno de persona o grupo. Pero como bien lo destaca Norberto Bobbio, en su obra, **EL FUTURO DE LA DEMOCRACIA**, **"Y dónde podemos encontrar un representante que no represente intereses particulares?** Ciertamente no en los sindicatos, de los cuales, por lo demás, depende la estipulación de acuerdos, como los acuerdos nacionales italianos sobre la organización y sobre el costo del trabajo, que tienen una enorme importancia política. ¿En el Parlamento? Pero, ¿qué representa la disciplina de partido sino una abierta violación de la prohibición del mandato imperativo? Aquellos que a veces huyen de la disciplina de partido aprovechándose del voto secreto, ¿no son tal vez tachados como "francotiradores", o sea, como réprobos a los que hay que señalar a la condena pública? La prohibición de mandato imperativo es, sobre todo, una regla sin sanción. Por el contrario, la única sanción temible por el diputado cuya reelección depende del apoyo del partido, es la derivada de la transgresión de la regla opuesta, que le impone considerarse vinculado al mandato que ha recibido del propio partido.

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

El universo que tienen los artículos que en la Constitución Nacional regulan todo lo relacionado con el régimen de **INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES**, deja la impresión de que el parlamentario que era **PERSONA**, en el momento de solicitar el

apoyo popular, **DEJA DE SERLO** por la sola circunstancia de ser elegido. No deja de ser curioso que la misma Asamblea Constituyente, que definió que sus actos no tenían control alguno, consagrara en forma tan contradictoria, todo lo relacionado con el régimen a que ha venido haciendo referencia, pues si el pueblo elige como su representante, a quien no debería serlo, a la luz de cierta perspectiva moral, resulta bien difícil, por no decir imposible, **JUZGAR LA CONDUCTA DE LAS PERSONAS CON INDEPENDENCIA DE LAS NORMAS DE GRUPO**, que lo ha considerado digno de tener tal calidad. Como lo recuerda bien el Profesor **DAVID LYONS**, "Los grupos sociales no constituyen agrupaciones simples y homogéneas de individuos que tienen opiniones coincidentes sobre todo. En la vida real los grupos sociales no sólo difieren entre sí, sino que cada uno incluye a personas con muy diversas opiniones. Aunque los miembros de un grupo determinado suelen compartir **CIERTOS VALORES BÁSICOS**, a menudo **DISCREPAN EN CUANTO A PROBLEMAS MORALES...**" (Ética y Derecho. Ariel - pág. 32).

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

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

El proceso orientado a decretar la pérdida de la investidura no puede convertirse en una cacería de brujas. Tampoco se puede manejar la ilusión de que montando sentencias de condena sobre contratos con una cuantía de QUINIENTOS MIL PESOS ($500.000.00), se va a moralizar el País. El derecho no es norma y no es la ley la que se interpreta sino la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva. Ello demanda del juez gran ponderación y esfuerzos superiores para no fallar bajo los efectos de los **PREJUICIOS SUBLIMINALES.**

Preocupa que en los procesos orientados a que se decrete la pérdida de la investidura prevalezca la escuela de la exégesis, el dogmatismo, la creencia muy generalizada de que el derecho es norma y nada más que norma. Manejando esta perspectiva jurídica se pueden cometer muchas injusticias. Esta verdad jurídica lleva al jurista Karl Larenz, a enseñar:

> "En el curso del siglo XIX, la dogmática degeneró en un conceptualismo estrecho, que constituyó un serio obstáculo para la evolución de la jurisprudencia y del mundo del comercio jurídico. Ello hizo nacer reacciones de diferente signo contra

el **"positivismo jurídico"** y el **"positivismo legal"** términos con los cuales la mayor parte de las veces entendemos sólo una sobrevaloración de la ley y de la dogmática orientada hacia la ley y una subvaloración de los elementos creativos, singularmente de la jurisprudencia, del sentimiento jurídico, de la intuición de lo que ESSSER ha llamado una profundización en las posibilidades de la evidencia que existen en la valorización predogmática (Derecho Justo. Editorial Civitas, página 25).

La inquietud anterior nace del respeto que merece la democracia representativa. Si el pueblo selecciona, a su talante, sus representantes, ese hecho demanda la mayor consideración. El fallo que ordena la pérdida de la investidura no debe ser el fruto de un proceso fácil, montado sobre prueba oficiosa, y aplicación mecánica de la norma. En un País enfermo de envidia y manejado en muchas de sus áreas ciudadanas por el **"rumor"** o el **"chisme"**, se impone el máximo de prudencia jurídica. Si se entiende por régimen democrático –como lo enseña **Norberto Bobbio**– "...el conjunto de reglas de procedimiento para la formación de decisiones colectivas, en las cuales está prevista y facilitada la participación más amplia posible de los interesados", se debe tener mucha cautela al decidir romper el marco inicial que el pueblo se dio para la toma de tales decisiones. Haciendo propias, las palabras del citado maestro y filósofo, La Sala se resiste a contribuir, en casos como el presente, a destruir nuestra democracia "... siempre frágil, siempre vulnerable, corrompible y a menudo corrompida, para hacerla perfecta". No seduce la acción de aquellos que ....."tomando la imagen Hobbeaiana, se comportan como las hijas de Pelias, que despedazaron a su viejo padre para resucitarlo..." (El Futuro de la Democracia. Plaza Janes, páginas 15 y s.s,).

Atentamente,

JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ A LA SENTENCIA DE FECHA 21 DE MARZO DE 1995

Referencia: Expediente No. AC-2362. Actor: Luz Maribel Rodríguez Ospina. Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos.

El salvamento de voto del suscrito Consejero en relación con la sentencia de la referencia se fundamenta en las mismas razones expuestas en sus respectivos salvamentos de voto por los Consejeros Carlos Betancur Jaramillo y Dolly Pedraza de Arenas, las cuales coinciden en términos generales con las expresadas por el suscrito durante la discusión del proyecto.

En consecuencia, con la venia de los HH. Consejeros citados y en aras de la economía procesal, me remito a sus escritos que obran a folias 439, 440, 479 y 480 del Cuaderno No. 1.

Con todo respeto,

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno de abril de mil novecientos noventa y cinco.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO

Referencia: Expediente No. AC-2362. Actor: Luz Maribel Rodríguez O. Consejero Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

En gracia de la brevedad debo decir que mi posición con respecto al fallo de cuya definición me aparté es similar a la expresada por el distinguido colega doctor Carlos Betancur Jaramillo, en cuanto que del análisis que personalmente elaboré sobre las pruebas obrantes en el proceso, logré formarme la convicción plena de que esta sentencia ha debido culminar decretando la pérdida de la investidura del Representante Jesús Antonio García Cabrera.

Atentemente,

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO

Fecha: ut supra.

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA/CAUSALES-Taxatividad/ **CONTRIBUCIÓN A MOVIMIENTO POLÍTICO-**Inexistencia/**ACCIÓN CONSTITUCIONAL-**Improcedencia/**DENUNCIA PENAL**

Estimo que las causales de pérdida de investidura de los consegristas están taxativamente contemplados en el Título VI, Capítulo 6, "De los consegristas", de la Carta Política de 1991. Por tal razón, considero que el art. 110 de dicho estatuto no le es aplicable a los Congresistas, y antes bien, creo que por su redacción los excluye, particularmente a quienes tienen la calidad de dirigentes de los partidos o movimientos políticos, o son candidatos a las corporaciones públicas. En ese orden de ideas, considero que no debió admitirse la demanda, pues la vía adecuada para debatir la responsabilidad que le pueda caber al Representante demandado en lo que tiene que ver con la exacción que se le estaba practicando a la señorita Rodríguez Ospina, es la de una denuncia penal ante la Corte Suprema de Justicia, y no la del proceso de pérdida de investidura.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA A LA SENTENCIA DICTADA EL 21 DE MARZO DE 1995 EN EL EXPEDIENTE NO. AC-2362.- ASUNTOS CONSTITUCIONALES.- ACTORA: LUZ MARIBEL RODRÍGUEZ OSPINA. (SOLICITUD DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA JESÚS ANTONIO GARCÍA CABRERA)

Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

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

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

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

4. Ahora bien; en ese orden de ideas, considero que no debió admitirse la demanda, pues la vía adecuada para debatir la responsabilidad que le pueda caber al Representante demandado en lo que tiene que ver con la exacción que se le estaba practicando a la señorita Rodríguez Ospina, es la de una denuncia penal ante la Corte Suprema de Justicia, y no la del proceso de pérdida de investidura.

5. Así las cosas, debo señalar, sin embargo, que la situación planteada en esta litis es verdaderamente monstruosa e implica la adopción de un sistema de **"salario del miedo"**, a través del cual el servidor público debe pagar una parte sustancial de su asignación mensual para conservar el empleo. Nada más próximo, entonces, a la esclavitud, proscrita –por lo menos teóricamente– de nuestro régimen constitucional y legal. Empero, por eso mismo, el juzgamiento de esta clase de conductas debe hacerse por el juez especializado en dichas materias, para que de conformidad con la legislación penal aplique las sanciones, penas o correctivos a que haya lugar.

Por las razones anteriores, que tiene que ver con el fondo del problema me separo del enfoque jurídico que se le dio al conflicto planteado en la demanda, pues –como ya lo anoté– estoy convencido de que la competencia es de la justicia y no de esta jurisdicción.

Con todo acatamiento,

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA-Causales/**CONTRIBUCIÓN A MOVIMIENTOS POLÍTICOS/GRABACIÓN MAGNETOFÓNICA**-Validez

Estoy de acuerdo con el análisis hecho en relación, con aplicación del art. 110 de la C. Nal, a los congresistas, por tratarse de una norma de carácter general que por lo tanto los comprende. No lo estoy con la negativa de decretar la pérdida de investidura al Representante Jesús Antonio García Cabrera, pues considero, de las pruebas aportadas al proceso puede deducirse que realmente se acreditó éste tenía pleno conocimiento de que Maribel Rodríguez Ospina, como empleada del Congreso llevada por él a ese cargo, tenía por obligación entregar el 80 de su sueldo mensual con el fin de atender fines políticos, al asesor del representante César Serrano Rudas. La anterior se estableció con la gravación aportada al expediente, cuyas voces fueron reconocidas mediante dictámen técnico, en la cual el representante García Cabrera en momento alguno negó tener algo que ver con los aportes hechos por Maribel de parte de su sueldo. Al contrario, de ella se deduce con plena certeza que era conocedor de esa situación. Se sale de la lógica, el que si dicho Representante no tenía que ver con lo anterior permitiera que esa conducta asumida por su asesor en su exclusivo beneficio ocurriera y las cosas siguieran igual, pues dicho representante no tomó medida alguna para corregirla.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Expediente No. AC-2362. ASUNTOS CONSTITUCIONALES - PÉRDIDA DE INVESTIDURA. Sr. JESÚS ANTONIO GARCÍA C. Actor: Luz Maribel Rodríguez Ospina.

En relación con el fallo proferido es este proceso, con el debido respeto por la opinión mayoritaria, quiero manifestar mi disentimiento con la decisión de fondo.

Estoy de acuerdo con el análisis hecho en relación, con la aplicación del artículo 110 de la C. Nal., a los congresistas, por tratarse de una norma de carácter general que por lo tanto los comprende.

No lo estoy con la negativa a decretar la pérdida de la investidura al representante Jesús Antonio García Cabrera, pues considero, de las pruebas aportadas al proceso puede deducirse que realmente se acreditó éste tenía pleno conocimiento de que Maribel Rodríguez Ospina, como empleada del Congreso llevada por él a eses cargo, tenía por obligación entregar el 80% de sueldo mensual con el fin de atender fines políticos, al asesor del representante Cesar Serrano Rudas.

Lo anterior se estableció con la gravación aportada al expediente, cuyas voces fueron reconocidas mediante dictamen técnico, en la cual el representante García Cabrera en momento alguno negó tener algo que ver con los aportes hechos por Maribel de parte de su sueldo. Al contrario, de ella se deduce con plena certeza que era conocedor de esa situación.

Se sale de toda lógica, el que si dicho representante no tenía que ver con lo anterior, permitera que esa conducta asumida por su asesor en su exclusivo beneficio ocurriera y las cosas siguieran igual, pues dicho representante no tomó medida alguna para corregirla.

Lo anterior se confirma con la declaración de Cesar Enrique Serrano Rudas, quien al contestarle a Maribel cuando le dijo que solo había podido consignarle doscientos, manifestó: "...si, él me preguntó de la planta de la vez pesada, le dije doctor hasta donde yo sé, no hay sino tanto, los doscientos, y entonces me dijo..."

Por lo anotado, debió de perder la investidura el congresista demandado.

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo 31 de 1995.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA-Causales/**CONTRIBUCIÓN A MOVIMIENTO POLÍTICO**

Acepto sí el enfoque que de la misma se le dá al art. 110 de la Carta de 1991; norma que con el 183 de la misma contempla las causales de desinvestidura de los congresistas. Aunque el 110 sea una norma de alcance general de más amplia aplicación, no por eso deja de aplicarse a tales funcionarios. Es ésta otra razón más para sostener que las causales señaladas en el antecitado art. 1183 de son taxativas. Pero no puedo compartir el análisis probatorio que condujo a la mayoría a desestimar la pretensión de la desinvestidura formulada por la ciudadana Maribel Rodríguez Ospina. Y no lo comparto porque el acervo probatorio analizado en su conjunto y con sujeción a los principios de la sana crítica da certeza sobre una realidad contraria evidente: a la señora Rodríguez Ospina se le atropelló en sus derechos como servidora oficial, hasta el punto de que tuvo que entregar mensualmente una suma aproximada al 80% de su asignación. Y aunque las entregas periódicas no se le hicieron directamente al Dr. García Cabrera, el señor César Enrique Serrano Rudas, su secretario, la recibió por él para sus repartidas entre dos "capitanes" políticos del movimiento del representante, de Pital y Pitalito. La patraña fue tan burda que la única defensa consistió en decir que no aparecieron consignaciones a nombre del Dr. García. Como también se urdió la patraña con la autoacusación, poco creíble y hasta risible que hizo el señor Serrano, quien no tuvo verguenza al decir que su jefe nada sabía del atropello que estaba cometiendo con su compañera de trabajo desde hacía varios meses.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Consejera Ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Expediente No. 2362. Actor: Luz Maribel Rodríguez Ospina.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria de marzo 21 del presente año.

Acepto sí el enfoque que en la misma se le da al artículo 110 de la Carta de 1991; norma que con el 183 de la misma contempla las causales de desinvestura de los congresistas. Aunque el 110 sea una norma de alcance general de la más amplia aplicación, no por eso deja de aplicarse a tales funcionarios. Es ésta otra razón más para sostener que las causales señaladas en el antecitado artículo 183 no son taxativas.

Pero no puedo compartir el análisis probatorio que condujo a la mayoría a desestimar la pretensión de desinvestidura formulada por la ciudadana Maribel Rodríguez Ospina, Y no lo comparto porque el acervo probatorio analizado en su conjunto y con sujeción a los principios de la sana crítica de certeza sobre una realidad contraria evidente; a la señora Rodríguez Ospina se le atropelló en sus derechos como servidora oficial, hasta el punto de que tuvo que entregar mensualmente una suma aproximada al 80% de su asignación. Y aunque las entregas periódicas no se le hicieron directamente al Dr. García Cabrera, el señor César Enrique Serrano Rudas, su secretario, la recibió por él para ser repartidas entre dos "capitanes" políticos del movimiento del representante, de Pital y Pitalito.

La patraña fue tan burda que la única defensa consistió en decir que no aparecieron consignaciones a nombre del dr. García. Como también se urdió la patraña con la autoacusación, poco creíble y hasta risible que hizo el señor Serrano, quien no tuvo verguenza al decir que su jefe nada sabía del atropello que estaba cometiendo con su compañera de trabajo desde hacía varios meses.

Esta decisión duele. Pero la justicia es lo que dicen los jueces y merece acatamiento.

Con todo respeto.

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

PÉRDIDA DE INVESTIDURA-Causales/**APORTE DINERARIO A CAMPAÑAS POLÍTICAS/DESCUENTOS VOLUNTARIOS/EMPLEO PÚBLICO**-Prohibiciones/**CONGRESISTA**-Beneficiario/**CONTRATISTA DEL ESTADO**-Inexistencia

Son dos las conductas vedadas a quienes desempeñan funciones públicas: "hacer" contribuciones e "inducir" a otros a que lo hagan. Obviamente, como la primera de las conductas no es la que se endilga a la demandada, el análisis de la Sala se debe orientar a establecer si de conformidad con el acervo probatorio aparece demostrado dentro del proceso que la Senadora indujo a otros a que hicieran alguna contribución a algún partido, movimiento o candidato, transgrediendo así la prohibición contenida en el artículo 110 de la Constitución Nacional.

CONGRESISTA/PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA/CONSEJO DE ESTADO/SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA/EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD/NORMA GENERAL-Inaplicación

A la luz de nuestro ordenamiento jurídico no puede darse aplicación al parágrafo del artículo primero de la ley 144 de 1994, que definió por "Consejo de Estado en pleno" el integrado por todos sus miembros, con inclusión de los de la Sala de Consulta y Servicio Civil, por pugnar con el artículo 236, inciso segundo de la Constitución Política, que ordena dividir el Consejo de Estado en Salas y Secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la misma Constitución y la ley. Lo anterior, tiene soporte, además, en el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional contenido en la sentencia C-319, por medio de la cual se declaró la inexequibilidad del artículo 398 de la ley 5a. de 1992, en cuyo

numeral 3 se había atribuido competencia al "Consejo de Estado en pleno" para el conocimiento de las acciones de pérdida de la investidura de los congresistas. En consecuencia inaplicará, por inconstitucional, el referido parágrafo.

CONGRESISTA/PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA-Naturaleza/**PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA**-Causales/**PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD**

Aunque es cierto que la causal establecida en el artículo 110 de la Carta resulta aplicable a todos los servidores públicos cuando dice que se prohíbe a "quienes desempeñen funciones públicas" hacer contribuciones o inducir a otros a que lo hagan, también lo es, a juicio de la Sala, que es incuestionable que los congresistas, por ser miembros de las corporaciones públicas, ejercen esta clase de funciones al asignarles el artículo 123 el carácter de servidores públicos que son, están sujetos a las prohibiciones contenidas en el referido artículo 110. La investidura es propia de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular y que en consecuencia, son ellos y solo ellos, quienes pueden perderla. Los demás servidores públicos podrán ser objeto de remoción del cargo mediante la destitución, la declaración de insubsistencia del nombramiento, la declaratoria de vacancia, etc, mas no de la pérdida de la investidura, entendida ésta, en el estricto y preciso sentido jurídico que le reservó la Constitución. La enumeración que de las causales para la pérdida de la investidura de los congresistas trae el artículo 183, no es taxativa; pues ni ese artículo, ni otra norma de la Carta, así lo estableció. Siendo ello así, se debe efectuar una interpretación sistemática de la institución de la pérdida de la investidura, armonizando los diferentes preceptos constitucionales que tratan de ella, entre ellos, obviamente el artículo 110. No es necesario que la ley desarrolle o reglamente el artículo 110, para que pueda dársele aplicación. La ausencia de ley que establezca excepciones a la prohibición establecida en dicho artículo, se traduce en que la conducta en él previstas estarán prohibidas de manera absoluta, sin excepciones, pero no que el precepto constitucional no pueda aplicarse. La intención del Constituyente no fue la de condicionar la aplicación de la norma a la previa determinación de las excepciones.

Consejo de Estado. - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: DR. JOAQUÍN BARRETO RUIZ.

Referencia: Expediente No. AC-2444. Asuntos Constitucionales. Actor: EURÍPIDES DE JESÚS CUEVAS CUEVAS.

El abogado y ciudadano EURÍPIDES DE JESÚS CUEVAS CUEVAS solicitó al Consejo de Estado se decrete la pérdida de la investidura de congresista de la señora

Senadora **MARÍA IZQUIERDO DE RODRÍGUEZ,** porque según dice a folio 50, incurrió:

a) En violación del artículo 110 de la Carta al obligar a varios de sus seguidores a suministrarle mensualmente ciertas sumas de dinero.

b) En la prohibición del artículo 180, numeral 4, de la Constitución, pues no podía gestionar con personas naturales o jurídicas contratistas del Estado o empleados en general, que fue precisamente lo que hizo para conseguir de los contratistas del estado, se refiere a los empleados que según dice hizo nombrar la senadora, ciertas dávidas económicas con el único propósito de mantenerlos en el puesto.

c) Es indebida destinación de dineros públicos.

d) En tráfico de influencias.

HECHOS

Se afirma en la solicitud que la congresista demandada ha financiado sus campañas y demás actividades proselitistas con dineros que obligatoriamente tienen que aportar las personas que ha hecho vincular en el servicio público, "so protexto de que si no lo hacen no podrán seguir en el cargo"; que en meses anteriores han sido despedidos del servicio público algunos funcionarios, precisamente porque la demandada les ha quitado el apoyo, al no contribuir ellos con las exigencias de la congresista; que con fines judiciales y, sin audiencia de la parte contra quien se quieren hacer valer, se recepcionaron los testimonios de las señoras Esther Julia de Rojas, María Leonor Mesa Cordero, Azucena Fonseca Díaz, Ascención Guerrero Camargo, Claudia Elena Molina Valencia y Gladys Edilma Numpaque Torres, y al efecto hacen resumen y transcribe algunas de sus partes; que las declaraciones mencionadas "representan de manera clara y convergente versiones de testigos sobre la conducta prohibida a los congresistas", puesta en práctica por la senadora demandada, que el periódico "BOYACÁ 7 DÍAS" en las ediciones del 16 y 30 de diciembre de 1994 y 6 y 20 de enero de 1995, publicó precisas denuncias hechas contra la citada senadora, por cobrarle a empleados públicos cuota obligatoria para el sostenimiento del directorio político y otras conductas antiéticas que se tipifican dentro de las prohibiciones a los congresistas; que el noticiero de televisión AM-PM en su emisión del 17 de julio de 1993 hizo públicas las denuncias mencionadas y en ella se entrevistó, entre otras personas, a la señorita Gladys Edilma Numpaque, documento fílmico que reafirma sus declaraciones y las de las demás declarantes referidas anteriormente; que algunas de las cuotas obligatorias impuestas por la citada parlamentaria se encuentran registradas en los libros a que se refieren las declarantes y en el periódico y noticiero aludidos; en poder de una de las deponentes se encontraba uno de los libros de registro de cuotas en cuya hoja de apertura se encuentra manuscrito "DIRECTORIO LIBERAL DEL PROGRESO CUOTAS EMPELADOS (sic) TUNJA", y registra los aportes desde le mes de octubre de 1989 hasta el mes de marzo de 1992, fechas y firmas de quienes aportaban y recibían los pagos, "como FABIOLA, VÍCTOR SANABRIA, LA FISCAL MARIELA VELANDIA

Y MARIELA ÁLVAREZ"; incluye además algunos conceptos, valores y nombres como "PERSONAL QUE APORTÓ PARA EL ARROZ CON POLLO; APORTE BAZAR;" en dicho libro aparecen también registrados los aportes de Gladys Numpaque, "manuscritos al parecer por ESPERANZA ESPÍNDOLA Y MARIBEL BERNATE. ASCENSIÓN GUERRERO CAMARGO.

FUNDAMENTO JURÍDICO

Se sostiene en la solicitud que la demandada infringió los artículos 110, 180, numeral 4, y 183, numerales 4 y 5 de la Constitución Política.

A folios 50 a 53 obran los razonamientos jurídicos del solicitante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La senadora demandada, por medio de apoderado, se refirió a la demanda aceptando ser cierto el primer hecho relativo a su investidura, el séptimo relacionado con las publicaciones del periódico "Boyacá 7 Días", agregando que EL TIEMPO, su propietario, rectificó lo publicado; y el séptimo 1, sobre la noticia del Noticiero del M-19, pero afirma que su contenido no es cierto; negó otros, y afirmó que no son "hechos" los restantes. Además solicitó la práctica de pruebas.

AUDIENCIA PÚBLICA

En cumplimiento de lo ordenado por la ley 144 de 1994, se celebró la audiencia pública en la cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo oyó las alegaciones de las partes en el siguiente orden:

El solicitante. Dr. Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas, manifestó que su tesis consiste en demostrar que no solamente infringió la demandada el artículo 110 de la Constitución Política, sino los numerales 4o. y 5o. del artículo 183 de la misma; que la antítesis, es decir la contestación de la demanda, la senadora negó los cargos, que tratará de desvirtuar en estos alegatos; que el factum probandum se contrae a tres cosas básicamente: 1o. la violación por la parlamentaria del artículo 110 de la Carta, 2o. la destinación indebida de dineros o fondos del Estado ya que en el proceso está probado que no solamente utilizada papelería de entidaes estatales, sino que además, pugnando con el código penal, fue sustraído un conmutador para llevarlo a las oficinas de la parlamentaria y por último el tráfico de influencias marcado, probado también en el proceso, donde la demandada no solamente hacía colocar en las entidades públicas a determinadas personas sino que a su arbitrio en cualquier momento las hacía destituir cuando no eran acatadas sus órdenes; respecto de las pruebas, dijo que las documentales aportadas al proceso pretenden demostrar el grado de dependencia que determinadas personas vinculadas todas al proceso, en su condición de testigos, tenían con la demandada; se refirió al libro de aportes, anexado a la demanda, el que por falta de técnica procesal no fue tachado de falso en su oportunidad y por consiguiente entiende que es plena prueba, ya que dicho documento unido a las demás pruebas, no solamente

testimoniales, sino documentales que llegaron a la Procuraduría General de la Nación, es una interpretación sistemática se puede concluir sin lugar a equivocación, que efectivamente sucedieron los hechos materia de la demanda; que la parte demandada alegó que dicho libro no reunía los requisitos del artículo 48 del C. de Co., y es obvio que no tenía por qué tener requisitos de esa índole, porque aquí no se está debatiendo ninguna situación entre comerciantes; por el contrario, argumenta, así lo afirma y así lo prueba que existía una contabilidad de los aportes exigidos por la senadora a los funcionarios públicos que ella colocaba o sostenía; que posteriormente la parte demandada dijo que dicho documento no podía tenerse en cuenta por haber sido obtenida esa prueba con violación del artículo 29 de la Constitución, es decir la falta del debido proceso; tampoco está probado ello y en consideración a esto, HH. Magistrados tendrá que dársele la plena prueba a dicho documento; que el alcance probatorio se releva de decirlo porque no podría en este momento sentar una cátedra de derecho con tan connotadas personalidades como es la Sala Plena del Consejo de Estado; que esto lo deja al arbitrio de cada uno de los Consejeros.

A continuación hizo una amplio análisis del contenido del libro a que se está refiriendo, del que afirmó que indiscutiblemente pertenecía al Movimiento Liberal del Progreso, tal el rótulo que no fue en manera alguna tachado de falso, se trató de desconocer, pero la circunstancia lógica probatoria no se llevó al proceso; unido lo anterior a ciertos documentos que llegaron de la Procuraduría General de la Nación, como los que reposan a folios 420 a 424 del cuaderno 9, donde con claridad meridional se lee Directorio Liberal del Progreso María Izquierdo de Rodríguez Censo Liberal Familiar Puerta a Puerta; en otro documento de ellos dice Integrantes Equipo de Trabajo Directorio Liberal del Progreso Responsable del Censo Dirección Completa Barrio o Vereda; documentos que lo llevan a la certeza de que el Movimiento del Progreso si está liderado y pertenece a la Senadora María Izquierdo y no como se argumentó en la contestación de la demanda; también está probado en el libro que en dicho documento se registraban las cuotas obligatorias mensuales y sucesivas, porque es que practicamente no existe ningún cambio en la cantidad de los valores registrados en la época que se estudia, vale decir, a partir de julio de 1991, cuando entró en vigencia la Constitución del mismo año; se refirió a las anotaciones de las páginas 25, 21 a 51, 36, 13, y 14; explicó las razones por las cuales a su juicio el libro no era propiedad de ningún centro de estudios sino del directorio liberal del progreso de la demandada; explicó igualmente por qué el señor Víctor Sanabria no era el Tesorero del Centro de Estudios sino el Director Liberal mencionado; que del contexto de las anotaciones del libro puede afirmar que no fue hurtado el 6 de junio de 1991, como aparentemente quieren hacerlo notar los testigos preconvenidos de la parte demandada: de una parte, por no haber sido tachado el libro, porque han debido tacharse los movimientos sucesivos a partir de la fecha de pérdida del libro, circunstancias que no sucedió, y por otra, porque se observa a simple vista la caligrafía que ha seguido utilizándose a partir de esa supuesta pérdida, que es exactamente la misma caligrafía en los meses de julio y agosto; además, es curioso que después de una denuncia presentada presumiblemente en junio de 1991, a estas alturas se traiga únicamente la copia de la

denuncia sin haberse traído una certificación o constancia de la manera como se está adelantando o el estado en que se encuentra el proceso; que también llegó al proceso el periódico Boyacá 7 Días que públicamente denunció hechos de la senadora, los cuales tampoco fueron tachados de falsos; que allí se resalta cómo los testigos que trajo al Consejo de Estado habían repetido tiempo antes las mismas circunstancias de tiempo modo y lugar en que eran inducidos y obligados o contrañidos, mejor, a entregar ciertas sumas de dinero al movimiento político dirigido por la demandada; leyó los titulares de los periódicos: dice que en cuanto al valor probatorio también se releva de hacer cualquier comentario porque entiendo perfectamente cual es el tipo de valor probatorio que el H. Consejo le va a dar a esta prueba; a continuación analizó una por una de las pruebas testimoniales aportadas por él al proceso; que las tachas formuladas en dos oportunidades, contra los testigos que él presentó, no se acomodan a las previsiones del artículo 218 del C. de P.C. y que además no fueron probados los motivos de las tachas; se refirió luego a la investigación enviada por la Procuraduría, que calificó de muy importante, haciendo especial énfasis en el documento de folio 839 del cuaderno No. 9, del cual afirmó que contenía una confesión de la senadora demandada y lo leyó; igualmente leyó apartes del folio 452 del cuaderno No. 5; se refirió a los casos de María Inés Sánchez de Califa, Luz Marina Fonseca y Lilia Esperanza Espíndola que obran en el expediente de la Procuraduría, leyendo las partes pertinentes, así como a otras pruebas contenidas en la investigación, se refirió muy brevemente a las pruebas aportadas por la parte demandada; que el documento enviado por la Fiscalía no tiene nada que ver con lo que aquí se debate; que los testigos de la demandada son preconvenidos, al decir Gorphe.

Terminó su intervención el Dr. Cuevas Cuevas, solicitando que se decrete la pérdida de la investidura de la Senadora María Izquierdo de Rodríguez, por haberse demostrado las causales que se invocaron en la demanda.

La Señora Procuradora Delegada Quinta ante el Consejo de Estado, doctora Edné Cohen Daza, expresó que en su opinión el artículo 110 de la Carta no constituye una causal adicional de desinvestidura para los congresistas, a las señaladas en el artículo 183.

Lo anterior, porque cuando la Asamblea Constitucional estudió lo relativo a la pérdida de la investidura de los congresistas solamente trató los temas que a la postre quedaron consignados en el artículo 183, mientras que la causal consagrada en el 110, fue objeto de estudio dentro del tema relacionado con el servidor público y las prohibiciones para evitar la disposición de cuotas personales en los "presupuestos públicos y en las anónimas", según consta esto último, en la Gaceta No. 68. De lo anterior deduce que mientras las causales del artículo 183 son específicas para los congresistas, la del 110 lo es genérica para todos los servidores públicos; agrega que el referido artículo 110 no está consagrando una prohibición absoluta, pues a la vez que prohibe unas conductas, está permitiendo que la ley señale cuando no opera prohibición. Dice que comparte el criterio según el cual la norma se refiere a la pérdida de la investidura no de los congresistas, sino de los altos funcionarios de las ramas ejecutiva y judicial, y que sería ilógico prohibirle

a aquellos hacer contribuciones a los partidos o movimientos o candidatos de sus simpatías, pese a que desempeñan tareas eminentemente políticas; situación diferente se presenta cuando obtengan de terceros esa contribuciones mediante métodos coercitivos o faltos de ética. Expresa a continuación, que la probición relacionada con inducir a otros a que hagan contribuciones resulta relativa, ya que pueden existir excepciones; y que por vía de analogía y de la supuesta interpretación, el artículo 110 no debe aplicarse como causal si podría dar lugar a investigaciones de tipo disciplinario o penal; refuerza su aserto expresando que debe dársele a la figura un tratamiento restrictivo aplicable solo a las causales que de manera clara y taxativa establece el artículo 183, en armonía con el principio general y rector de las disciplinas jurídicas según el cual la normas que implican excepciones y prohibiciones deben ser de interpretación restrictiva.

Finalmente "deduce, que para darle aplicación al artículo 110 de la Constitución Nacional, se requiriría al menos que la ley lo desarrolle y reglamente".

En relación con el segundo cargo, leyó el artículo 180, numeral 4, y sus dos parágrafos de la Constitución Política y lo que en la solicitud se plantea como violatorio de esa normatividad; al respecto dijo que la Procuraduría Delegada no comparte la interpretación que la demanda hace porque el hecho de imponer un supuesto aporte o contribución a la causa partidista, como dice el actor, no se puede equiparar con el hecho de realizar gestión de una persona que es contratista del Estado y menos aun si el contrato es laboral, como dice el demandante, pues en tal evento el sujeto del contrato sería un trabajador oficial y no un contratista, por lo cual estima que este cargo tampoco puede prosperar.

Refiriéndose al tercer cargo que la demanda hace consistir en la indebida destinación de dineros públicos, leyó la parte pertinente y dijo que lo planteado por el solicitante es impreciso, pues no se dice de cuales bienes en concreto dispuso la senadora, ni se especifica a que entidad pertenecían dichos bienes; pero de conforme a las pruebas podría pensarse que se tratan de los útiles de escritorio y papelería a que se refiere la testigo Gladys Edilma Numpaque Torres, caso en el cual la responsabilidad recaería en la testigo y en la directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar doctora Gladys Sierra, pero no en la demandada.

En torno al cuarto cargo, tráfico de influencias, después de leer lo que al respecto se afirma en la demanda, lo califica de no ser muy preciso; que en el se plantea el tráfico de influencias y al mismo tiempo se hace alusión a unos hecohos que estarían comprendidos dentro de las conductas del artículo 110 de la Constitución Política; para que el tráfico de influencias se configure, se requiere que concurran todos los elementos que lo constituyen, teniendo necesariamente la definición que del mismo hace el artículo 147 del C.P.; teniendo en cuenta las pruebas allegadas al proceso, se concluye que no se configuró el tráfico de influencias denunciado, razón por la cual el Ministerio Público considera que la demanda no debe prosperar.

La Senadora demandada, advirtió que su intervención sería corta porque prefiere que sea su abogado quien profundice en su defensa; inicia su intervención con una frase

de un autor francés, que dice "Nada hay más profundo que el odio entre los de un mismo partido y un mismo color". Esta demanda la remite a un enfrentamiento político muy triste y deplorable en Boyacá; si se suman a este enfrentamiento los debates que se han dado a nivel nacional con el M-19, en un caso sonado del codirector del Banco de la República, por mi defensa de la posición en Juanchaco de la soberanía nacional que me enfrentó a un Presidente de la República, por el ánimo que tuve en presentar un artículo en la televisión para salvaguardiar el buen nombre y la honra de los colombianos y muchos otros debates, han llevado a hacer una amalgama, para que hoy se presente esta demanda ante Uds, que resumo rápidamente ante ustedes; y al efecto se refirió a los testimonios traídos por la parte demandante; terminó su intervención diciendo que como no existía prueba en el expediente que demostrara las denuncias de la demanda; Dios iluminará a los HH. Magistrados y Magistradas para hacer justicia.

El señor apoderado de la demandada, dijo que se referiría al caso desde el punto estrictamente jurídico; hizo un relato de los antecedentes del proceso, desde la presentación de la demanda; posteriormente analizó cada una de las declaraciones rendidas por Ascención Guerrero, Gladys Edilma Numpaque y Claudia Helena Molina Valencia y de las causales de tacha que se formularon contra las declarantes; se refirió a la prueba de interrogatorio de parte y a la forma como el solicitante allegó al proceso las pruebas que en la diligencia de interrogatorio no le fueron recibidas; dijo que el libro de contabilidad no podía tenerse en cuenta por el H. Consejo de Estado, porque el cuaderno fue aportado por el solicitante y no fue reconocido por Juez o Notario, como expresamente lo ordena el artículo 252, numeral 1, del C. de P.C.; tampoco ha sido inscrito en un registro público y mal podía realizarse este trámite ya que no está firmado sino en una que otra hoja, todo de acuerdo con el artículo 252, nuemral 2, del C. de P.C.; y en tercer lugar, habiéndose aportado en este proceso no se puede afirmar que esté suscrito por la parte que represento por la simple razón de que es un documento apócrifo en la mayoría de sus folios, artículo 252, numeral 3; tampoco es posible tacharlo de falso, refiriéndose concretamente a la reiterada menifestación que hizo el actor en esta audencia, sobre el hecho de que no se tachó el libro de falso, debido a que no está firmado ni manuscrito por la parte contra quien se aduce, por esa razón jurídica, como expresamente lo señala el artículo 289, inciso 3., en concordancia con el 252, numeral 3 del C. de P.C.; entonces, el libro carece de valor probatorio y desde el punto de vista contable, tampoco cumple ninguno de los requisitos de los artículos 48 y siguientes del C. de Co.; y dijo que se le ha referido a tal normatividad porque el libro ha sido llamado "libro de contabilidad", y ni siquiera puede llamarse así porque no cumple esos requisitos; y tercero el libro fue robado por la testigo Claudia Helena Molina Valencia, como lo confesó con toda desfachatez ante el Consejo de Estado y fue entregado al actor como expresamente lo confesó la misma testigo; es nula de pleno derecho la prueba aportada u obtenida con violación del debido proceso, como lo enseña el artículo 29 de la Constitución Política.

Refiriéndose a la demás prueba documental aportada al proceso, dice que ni siquiera cumple con los requisitos de ser documentos privados auténticos; los famosos periódicos

cuyos titulares fueron leídos en esta audiencia para impresionar, tampoco fueron aportados en forma legal; finalmente solicitó negar las peticiones de la demanda, debido a que se probó que la senadora demandada no incurrió en violación alguna a la Constitución y concretamente no ha quebrantado los artículos 110 y 183 de la Carta, acogiendo la tesis de la H. Representante del Ministerio Público.

Cumplido el trámite de rigor, la Sala procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. COMPETENCIA

Como ha tenido oportunidad de expresarlo de manera constante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico no puede darse aplicación al parágrafo del artículo primero de la ley 144 de 1994, que definió por "Consejo de Estado en pleno" el integrado por todos sus miembros, con inclusión de los de la Sala de Consulta y Servicio Civil, por pugnar con el artículo 236, inciso segundo de la Constitución Política, que ordena dividir el Consejo de Estado en salas y secciones para **separar** las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la misma Constitución y la ley.

Lo anterior tiene soporte, además, en el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional contenido en la sentencia C-319, por medio de la cual se declaró la inexequibilidad del artículo 398 de la ley 5a. de 1992, en cuyo numeral 3, se había atribuído competencia al "Consejo de Estado en pleno" para el conocimiento de las acciones de pérdida de la investidura de los congresistas.

En consecuencia inaplicará, por inconstitucional, el referido parágrafo.

2. CALIDAD DE LA DEMANDA.

Se demostró que la senadora **MARÍA IZQUIERDO DE RODRÍGUEZ** fue elegida el 27 de octubre de 1991 para el período 1991-1994, habiendo tomado posesión el 1o. de diciembre de ese año, y fue nuevamente elegida por el Partido Liberal Colombiano el 13 de marzo de 1994, para el período 1994-1998, habiendo tomado posesión el 20 de julio de ese año (fls. 42, 56 y 67 cuaderno No. 3).

3. VIGENCIA DE LAS CAUSALES

Teniendo en cuenta que la figura de la pérdida de investidura de los congresistas fue creada por la actual Constitución Política y que se enmarca dentro del derecho penal-disciplinario, la Sala advierte que solo tendrá en cuenta hechos o actos que hayan ocurrido bajo su vigencia y no anterioridad.

4. EL ARTÍCULO 110 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA.

En relación con lo expresado por la señora Procuradora Delegada, respecto a la imposibilidad de decretar la pérdida de investidura de los congresistas con base en lo

dispuesto por el artículo 110 de la Constitución Política, sea lo primero anotar, que le asiste razón cuando dice que la ley puede establecer excepciones a la prohibición establecida por el artículo 110, pues ello emerge del texto mismo de la norma. Mas sinembargo, no es acertado deducir que porque el legislador le pueda establecer excepciones y por ello la causal sea relativa, se deba dejar de aplicar. Lo cierto es, que la prohibición deberá aplicarse, "salvo las excepciones que establezca la ley", como lo dice la norma *sub-exámine*.

Aunque es cierto que la causal establecida en el artículo 110 de la Carta resulta aplicable a todos los servidores públicos cuando dice que se prohíbe a "quienes desempeñan funciones públicas" hacer contribuciones o inducir a otros a que lo hagan, también lo es, a juicio de la Sala, que es incuestionable que los congresistas, por ser miembros de las corporaciones públicas, ejercen esta clase de funciones al asignarles el artículo 123 el carácter de servidores públicos. Luego, como servidores públicos que son, están sujetos a las prohibiciones contenidas en el referido artículo 110.

No es acertado considerar que cuando el artículo 110 dice que "El incumplimiento de cualquiera de esas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de la pérdida de la investidura", está señalando que esta segunda consecuencia, la pérdida de la investidura, se predica respecto de los altos servidores públicos de las ramas ejecutiva y judicial. Por el contrario, a juicio de la Sala la expresión "pérdida de la investidura" tiene una connotación jurídica propia y diferente a la aludida, a la luz de la Constitución. En efecto, si se observa con atención al texto íntegro de la Carta, sin dificultad se encuentra que el término "investidura" lo reservó el constituyente para referirse exclusivamente a quienes son miembros de las corporaciones públicas de elección popular. Fue así como dijo, que "El elegido –aludiendo a los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa– es responsable del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura" (art. 133); que no podrán ser miembros del Congreso "quienes hayan perdido la investidura de congresistas" (art. 179-4); que "Los congresistas perderán su investidura:..." (art. 183); que "La pérdida de la investidura –se refiere a la de los congresistas– será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley..." (art.184); que "Son atribuciones del Consejo de Estado:... 5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas,..." (art. 237) y, que "Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura." (art. 291). Fluye de lo anterior, que la investidura es propia de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular y que en consecuencia, son ellos y solo ellos, quienes pueden perderla. Los demás servidores públicos podrán ser objeto de remoción del cargo mediante la destitución, la declaración de insubsistencia del nombramiento, la declaratoria de vacante, etc., mas no la pérdida de la investidura, entendida ésta, en el estricto y preciso sentido jurídico que le reservó la Constitución.

La enumeración que de las causales para la pérdida de la investidura de los congresistas trae el art. 183, no es taxativa: pues ni ese artículo, ni otra norma de la Carta,

así lo estableció. Siendo ello así, se debe efectuar una interpretación sistemática de la institución de la pérdida de la investidura, armonizando los diferentes preceptos constitucionales que tratan de ella, entre ellos, obviamente el artículo 110. .

No puede sostenerse válidamente que al aplicarse la pérdida de la investidura en los casos señalados en el artículo 110; esa aplicación se hace por analogía o por interpretación extensiva y no restrictiva de la norma, pues lo cierto es que este artículo expresamente establece las sanciones de "remoción del cargo" y de "pérdida de la investidura", para quienes incurran en cualquiera de las conductas por él prohibidas. No es entonces, por vía analógica, que se pretenda en este caso aplicar la institución; es por mandato expreso de la ley de leyes.

Finalmente dirá la Sala, que no es necesario que la ley desarrolle o reglamente el artículo 110, para que pueda dársele aplicación. La ausencia de ley que establezca excepciones a la prohibición establecida en dicho artículo, se traduce en que las conductas en él previstas estarán prohibidas de manera absoluta, sin excepciones, pero no que el precepto constitucional no pueda aplicarse. La intención del constituyente no fue la de condicionar la aplicación de la norma a la previa determinación de las excepciones si ella hubiere sido, así habría dispuesto expresa o tácitamente, y ello no fue así.

5. ANÁLISIS PROBATORIO

Antes de referirse la Sala a las pruebas allegadas legalmente al proceso, es oportuno recordar que de conformidad con el artículo 174 del C.P.C. toda decisión judicial debe basarse en las pruebas regular y oportunamente aportadas. De ahí, que el análisis de acervo probatorio se circunscribirá al decretado y arrimado el proceso con arreglo a las prescripciones legales.

5.1. Pruebas aportadas por el solicitante.

5.1.1. La prueba testimonial del solicitante.

Tacha de testigos formulada por la demandada. En la audiencia pública de alegatos, el solicitante planteó que la formulación de doble tacha de sospecha de los testigos pedidos por él, formulada por la demandada, una al contestar la demanda y otra al momento de recibirse el testimonio, no está permitida por el artículo 218 del C. de P.C., pues ejercido tal derecho la primera vez, opera la preclusión por consumación.

Alrededor del tema observa la Sala, que la tacha formulada por la demandada en la contestación de la solicitud, hace referencia no al testimonio que eventualmente podría recibirse en el término probatorio sino a las declaraciones extra proceso rendidas ante Notario, acompañadas a la solicitud. Dicha tacha se formuló para el caso "de que el H. Magistrado Ponente considere que dichas declaraciones extraproceso sí reúnen los requisitos legales (fl. 79 c. ppal.).

En consecuencia, frente a los testimonios decretados y practicados en el proceso, solo existe la techa de los testigos según obra en las respectivas audiencias públicas.

5.1.2. Testimonios aportadas por el solicitante.

Testimonio de Ascención Guerrero Camargo.

La solicitud que promovió la acción, en el hecho 5.4 (fls. 49 y 50 c. principal) transcribe parcialmente la declaración que ante Notario rindió la testigo, la cual obra a folios 16 al 18 del cuaderno principal, y su declaración ante el Consejo de Estado puede leerse a folios 25 a 40 del cuaderno 1A.

Ante notario dijo conocer de vista trato y comunicación a la demandada (fls. 16 y 16 vto); y ante el Consejo, primero afirmó categóricamente que había sido dicha demandada quien le había exigido el pago de contribuciones (fl. 26 c. 1A); posteriormente, al ser contrainterrogada, dijo que frente a frente no se reunió con ella, ni habló "personalmente como estamos los dos" (refiriéndose al abogado que la contrainterrogaba. fl. 30 c. 1A).

Después de aquella afirmación categórica, al ser contrainterrogada manifestó que la solicitud de los dineros no los hacía la demandada personalmente, sino sus **asistentes** en nombre de ella (fls. 27 y 31 c. 1A).

Previamente, ante notario, había afirmado **por tres veces** (fls. 17 y 17 vto. c. ppal.), que quien le había dicho que tenía que pagar una cuota mensual era la señorita Mariela Álvarez, respecto a quien no hay prueba en el expediente, que se hubiera desempeñado como asistente de la demandada.

Ante notario afirmó:

> "...;en ese mismo año de 1991, los empleados que trabajaban con el gobierno, por recomendación de la señora MARÍA IZQUIERDO, tenían que venir a la posesión de ella en el senado y como yo no pude venir a Bogotá a esa posesión, entonces la secretaria de doña MARÍA IZQUIERDO, de nombre MARIELA VELANDIA, me dijo que tenía que pagar ya no dos mil pesos sino CINCO MIL PESOS como multa por no haber venido y me tocó pagarlos." (fl. 17 vto. c. ppal.).

Y en su declaración ante el Consejo, sobre el mismo punto dijo:

> "En ese tiempo que ella se posesionó al Senado el 1991 sino estoy mal, la Secretaria de Gerencia de Ideboy era Mariela Velandia, ella llevaba unas boletas para venderle a los empleados y a mi me vendió una y me dijo que viniera o no viniera a la posesión de la senadora tenía que pagarla, esa época si vinieron varios funcionarios a la posesión y los que no veníamos nos tocaba pagar la boleta, yo por ejemplo me tocó pagar la boleta". (fl. 36-37 c. 1A).

En dos oportunidades ante Notario (fls. 17 y 17 vto. c. ppal.) dijo que la cuota del mes de agosto de 1991 no la pudo pagar; sin embargo ante el Consejo dijo que "hasta me parece que dos meses no colaboré hasta agosto, septiembre, octubre del mismo año".

Teniendo en cuenta las evidentes contradicciones en que incurre la deponente, la Sala no le puede conceder mérito probatorio a esta declaración.

Tacha de la testigo

La parte demandada tachó el testimonio de Ascención Guerrero Camargo,

La tacha de un testimonio, de estar demostrada, sirve para restarle mérito probatorio. En el presente caso en que la Sala ha desestimado el valor probatorio de ese testimonio, el estudio de la tacha es inocuo y, en consecuencia, se abstiene de pronunciarse al respecto.

Testimonio de Gladys Edilma Numpaque Torres.

La solicitud que promovió la acción, en el hecho 5.3 (fls. 47 a 49 c. ppal.) transcribe parcialmente la declaración que ante Notario rindió la testigo, la cual obra a folios 20 a 22 vuelto del mismo cuaderno. Su declaración ante el Consejo de Estado, puede leerse a folios 46 a 62 del cuaderno 1A.

En lo referente a los aportes para las campañas políticas en la demandada, la característica principal de este testimonio en que después de que la testigo dice de manera categórica que la Senadora daba la orden de contribuir para que determinada persona le transmitiera, al ser contrainterrogada sobre la razón de su dicho, afirma no constarle el hecho de la orden (fls. 48 y 58 c. 1A). Declaró también que la demandada personalmente no le hizo solicitud de cuota u aporte alguno.

Además, la declaramente incurre en contradicciones en sus declaraciones ante notario y ante el Consejo.

Sirven como premisa los siguientes hechos: la testigo ingresó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el 2 de agosto de 1988 (certificado fl. 35 c. 3), y a partir de esa fecha sostiene que empezó a colaborar con las cuotas (fl. 47 c. 1A).

Ante notario dijo:

> "...; a mí al comienzo me dijo la doctora Gladys Sierra qu eme tocaba pagar cinco mil pesos mensuales y yo le dije que no podía porque me tocaba sostener a mi hijo y no me alcanzaba, entonces me obligaron a dar mensualmente dos mil pesos. Para esto nos reunimos en ese entonces varias compañeras de las que ganabamos mas poquito y le dijimos a la doctora GLADYS SIERRA y a VÍCTOR SANABRIA que estaban con el doctor JORGE CALIXTO PAIPA, que nos hicieran una rebaja y ahí fue cuando nos dijeron que entonces pagáramos solo dos mil pesos cada mes." (fl. 21 vuelto in fine).

Vale decir que, en el tiempo, lo sucedido habría ocurrido en el año de 1988.

Y ante al Consejo dijo:

> "Yo tenía que dar una cuota de dos mil pesos y en el año 91 la doctora Gladys Sierra, nos dijo: que teníamos que subir la cuota a cinco mil pesos, yo me reuní con unas

compañeras y acordamos que íbamos a seguir dando la misma cuota que estábamos dando" (fl. 49 c. 1A).

O sea que según la versión rendida ante el Consejo, lo sucedido habría ocurrido en el año 1991 y no en 1988, y de una manera ostensiblemente diferente a la narrada ante el Notario.

De otro lado, la versión de la testigo ante notario en el sentido de que al comienzo (1988) ella manifestó que no podía pagar los cinco mil pesos que se le pedían porque les tocaba sostener a su hijo, no resulta cierta, si se tiene en cuenta que según su misma versión su hijo nació en septiembre de 1991 (art. 92 C.C. fls. 82 c. anexo 2 de la "contestación" de la solicitud y 47 y 57 c. 1A).

Tacha de la testigo

En oportunidad, la parte demandada tachó a la testigo Gladys Edilma Torres, por las manifestaciones que ha hecho ante distintas autoridades de las cuales enemistad para con ella.

Al punto, la Sala observa la copia de la denuncia que la testigo presentó ante el Procurador General de la Nación contra Gladys Sierra Pérez, el 23 de julio de 1993, el cual puede leerse (fls. 42 a 45 c. ppal.):

"5) Una Fiscalía de Tunja y la propia Procuraduría allanaron la oficina de la Senadora MARÍA IZQUIERDO, donde encontraron los documentos (prueba) de tan semejante atropello contra los empleados, porque allí no se trabaja para el Instituto sino para la Senadora de la República, quién ha sido ajena a la voluntad del pueblo, demostrando su grado de irresponsabilidad y atropellos que desdicen a su investidura como tal."

Que la denunciada Gladys Sierra Pérez ha sido testaferro de María Izquierdo; que han quedado al descubierto las jugadas de María Izquierdo de Rodríguez para lograr ventajas personales y encubrir a la funcionaria denunciada y, finalizando su denuncia, sostiene que la denunciada, Gladys Sierra Pérez, "no puede seguir delinquiendo y MARÍA IZQUIERDO DE RODRÍGUEZ utilizando la política para lesionar los intereses del pueblo colombiano."

Como se ve, las críticas o reparos que la testigo hizo respecto de la senadora demandada son severos y, obviamente, demostrativos de su animadversión, por lo cual la Sala tiene probada la tacha.

Testimonio de Claudia Helena Molina Valencia.

En lo esencial, afirma que la senadora demandada, siendo el testigo su asistente en el Senado, la obligada a pedirle cuotas de sostenimiento a los empleados de Bogotá que eran nombrados por ella y debía expedir un recibo en el cual se decía "cuota de sostenimiento" el cual le tocaba firmarlo; que la senadora también le pidió cuota a la

testigo, cuando la nombró; que las cuotas la recaudó desde el 1o. de diciembre de 1991 cuando empezó a ocupar el cargo de asistente en el Senado de la República; que la testigo pagó únicamente la cuota de febrero de 1992 "porque el resto no me pagó" y, que en ese mes, le manifestó la declarante a la senadora que no quería seguir recolectando essa cuotas porque no le parecía justo y lógico, momento en el cual la senadora le dijo que se fuera de la oficina, en términos que la declarante califica como demasiado vulgares y que no puede repetir porque le da pena con los asistentes.

En otra parte de su declaración, manifiesta que trata a la demandada como "Doña María", por amistad y cariño y, que como resultado de la ruptura en el trato con ella, no le guarda ningún rencor y por eso cariñosamente le dice "doña María".

Ahora bien: a juicio de la Sala la credibilidad de la testigo se ve afectada, pues afirmó de manera por demás categórica, ser la autora de la sustracción del libro que se acompañó a la demanda identificando como anexo No. 4 (fl. 75 c. 1A), que según su dicho se encontraba en la oficina de la demandada en Bogotá.

Para la Sala es evidente que este comportamiento que la declarante genera aquella significación jurídica, pues afecta seriamente el poderla reputar como persona de buena fe.

Tacha la testigo.

Oportunamente la parte demandada tachó por sospechosa la declaración de Claudia Helena Molina Valencia por animadversión con la senadora demandada.

Al respecto la Sala observa que la testigo, espontáneamente y sin que se le estuviera preguntando, relató que la demandada le ofreció un puesto en el Senado de la categoría primera y que finalmente la dejó en un cargo inferior, de categoría séptima (fl. 65 c. 1A).

Relató que su desvinculación como asistente de la demandada ocurrió mediante trato soez por parte de ésta (fls. 25 *in fine,* c. ppal. y 65 c. 1A).

A folios 2 a 14 del cuaderno No. 3 obran las copias del proceso ejecutivo civil que promovió la testigo contra la senadora y que actualmente cursa en el Juzgado 27 Civil Municipal de Bogotá.

Para la Sala, las anteriores circunstancias indudablemente afectan la imparcialidad de la testigo, razón por la cual considera probada la tacha que se le formuló, sin que sea óbice para ello el hecho de que la declarante afirme que por cariño y amistad trata de "doña María" a la demandada, "cariño y amistad" que por lo demás, no dejó traslucir al rendir su declaración: al contrario, quedó la sensación de su animadversión y prevención para con la Senadora. Para la Sala el utilizar la expresión "Doña María" dentro de una relación normal, que no lo es la existente entre la declarante y la demandada, es simplemente una demostración de respeto, pero en momento alguno de cariño.

5.1.3. La prueba documental aportada por el solicitante.

El libro, anexo No. 4 de la demanda.

En la petición de pruebas se afirma que es un "Original" del libro de contabilidad" y que "Este documento, relaciona nombres de "aportantes", "tesoreros", "fiscales", conceptos, cifras, fechas etc., de los recaudos y gastos del movimiento político de la demandada en la ciudad de Tunja, entre octubre de 1989 y marzo de 1992."

La demandada ha sostenido que dicha libreta no es un libro de contabilidad porque no reúne los requisitos de que tratan los artículos 48 y siguientes del Código de Comercio, que es documento privado carente de autenticidad.

La Sala no valorará su mérito probatorio como si se tratara de un libro de comercio, caso en el cual sería obligatorio verificar los requisitos de las mencionadas normas, porque los supuestos fácticos y jurídicos de la solicitud no se construyen sobre la base de que la demanda sea comerciante.

Simplemente lo tiene como un documento privado, dentro de aquellos asientos, registros y papeles domésticos que en los términos del artículo 281 del C.P.C. "hacen fe contra el que los ha escrito o firmado".

Ahora bien: la Sala desestima su valor probatorio, en lo pertinente a sus anotaciones desde julio de 1991, pues dicho documento carece de firmas que pueda comprometer jurídicamente a quien lo hubiera creado, excepción hecha de las rúbricas correspondientes al nombre de persona ajena al proceso, el señor Emiro Sánchez, en las páginas 49 y 50, por lo que en contra de la demandada no demuestra hecho alguno.

Además de lo dicho, la Sala observa que según los testimonios de la señora Amira Soracá (fl.85 c. 1A) y del señor Jairo José Sánchez (fl.137 c. 1A). dicho documento no sería de algún movimiento político sino del Centro de Estudios para Boyacá y Casanare, cuya personería jurídica se encuentra debidamente acreditada en el proceso (fls. 73 a 85 c. 3).

De otro lado, la testigo Claudia Helena Molina Valencia declaró que ella había sustraído ese libro de las oficinas de la senadora demandada en Bogotá, lo cual le resta todo mérito probatorio al documento, por haber sido obtenido por medios ilegales y, en consecuencia, con violación del debido proceso.

Los recibos de folio 37.

Son documentos que no ha probado que sean provenientes de la Senadora o autorizados por ella. Están expedidos a Gladys Numpaque, con el sello del Presidente del Directorio de la Unidad Liberal Tunja, movimiento u organización política respecto a la cual no se ha probado que sea liderada por la senadora demandada, o que a través suyo, ella haya obtenido aportes. En consecuencia, tales recibos no tienen mérito probatorio en este proceso.

Los ejemplares del periódico "Boyacá 7 Días".

En dichos ejemplares, se presentan como noticia los hechos que el solicitante planteó en su libelo introductorio, respecto de los cuales la Sala ha estudiado los testimonios y documentos que pretendían demostrarlos, sin que en tales condiciones dichas noticias tengan mérito probatorio independiente de aquellas pruebas. Y así se hubiera demostrado la autenticidad de tales ejemplares, ello acreditaría el hecho mismo de la publicación, mas no la veracidad de la misma.

Investigación, en 5 cuadernos de la Procuraduría General de la Nación.

El señor Procurador General de la Nación (fl. 171 c. ppal.) remitió las copias solicitadas por el Consejo de Estado, manifestando que la averiguación se adelanta contra Gladys Sierra Pérez, mas no contra la senadora María Florángela Izquierdo.

Al revisar la actuación enviada, se verifica que se han formulado cargos contra las siguientes personas:

Gladys Sierra Pérez

Jaqueline Jiménez

Jorge Calixto Paipa y

Nubia Isabel Medina de Pérez.

No consta que haya sido vnculada a dicha investigación la senadora demandada, hasta el punto de que la continuación de la diligencia de registro e inspección adelantada el 18 de noviembre de 1992, cuya acta obra a folio 456 del cuaderno 5 de la Procuraduría, el Ministerio Público manifestó expresamente, dirigiéndose a la Senadora, que "le pongo de presente que usted no está vinculada a esta investigación previa. "Por esta razón la Sala no puede tener en cuenta dicha actuación, pues la parte en contra de quien se ha pedido la prueba, que es la demandada, no tuvo oportunidad de contradecirla.

El artículo 185 del C. de P.C., que gobierna la prueba trasladada, exige para apreciar sin mas formalidades una de esas pruebas, que se hubiera practicado en el "proceso primtivo" a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, lo cual no ocurrió en el presente caso.

Y en lo atinente al documento de folio 839 del cuaderno número 6 de la Procuraduría, en el cual al decir del solicitanete, la demandad confiesa que constreñia y abligaba a sus empleados a darle dineros, calificando esa prueba como plena de confesión extraproceso, bien allegada a este proceso, la Sala advierte que no lo tendrá en cuenta, no solo por hacer parte de la aludida documentación procedente de la Procuraduría, sino porque, adicionalmente, obra de manera irregular en el expediente respectivo de la Procuraduría, como se deduce del auto de fecha julio 18 de 1994 que obra a folio 837 que a la letra dice:

"Del estudio previo del recaudo probatorio que conforma (sic) el expediente radicado bajo el número 094-7505 y teniendo en cuenta que al folio 380 **del cuaderno de copias,** aparece fotocopia contentiva de una comunicación dirigida a la Dra. GLADYS SIERRA PÉREZ y que circunscribe (sic) la senadora MARÍA IZQUIERDO DE RODRÍGUEZ, fechada en Santa Fe de Bogotá el día nueve (9) de marzo del año de 1993 y, por otra parte, ante la circunstancia que este documento **allegado a la Procuraduría no fue incorporado al cuaderno original respectivo,** se hace necesario fotocopiar el folio precitado y anexarlo al cuaderno original del expediente en referencia, para que es ese efecto sea valorado en debida forma." (negrilla fuera de texto).

Como se ve, no se dice cuándo, cómo y por quién fue allegada dicha fotocópia a la Procuraduría.

5.2. Pruebas aportadas por la demandada.

5.2.1. La prueba testimonial aportada por la demandada.

Testimonio de Amira Soracá.

Según este testimonio, como ya se dijo, el libro anexo No. 4, no sería de propiedad de algún movimiento político, sino del Centro de Estudios para Boyacá y Casanare. Además, en dicho Centro fue donde conoció a la testigo Gladys Edilma Numpaque Torres. Negó haber recaudado cuotas para partidos o movimientos o candidatos.

Tacha de la testigo.

El solicitante tachó el testimonio de Amira Soracá por haber sido propuesta y nombrada por Gladys Sierra, "de las preferencias de la demandada".

Las pruebas traídas con tal fin no demuestran esa afirmación, porque el nombramiento de la testigo está suscrito no por Gladys Sierra, sino por otro funcionario; solo la posesión se hizo ante ella (fls. 78 y 79 c. 1A).

Por consiguiente, la tacha no prospera.

Testimonio de Jairo José Sánchez Gil.

También demostraría este testimonio que el libro anexo No. 4 no sería de algún movimiento político sino del mencionado Centro de Estudios y se refiere a las actividades cumplidas allí. Negó haber sacado las fotocopias y papelería que le atribuyó la testigo Gladys Edilma Numpaque Torres.

Tacha del testigo.

El solicitante tachó este testimonio con fundamento en "en las pruebas que ya resposan en el proceso", sin precisar cuáles; y además en el resultado de la declaración. En tales condiciones, la Sala no encuentra razones para que la tacha prospere con base en lo dicho por el solicitante.

Testimonio de Fabiola Arias de Arenas.

La testigo en su declaración que obra a folios 107 y siguiente del cuaderno 1-A, niega haber recaudado cuotas para fines proselitistas y menos aún de Gladys Edilma Numpaque; y manifiesta que nunca ha estado vinculada a movimientos políticos, aunque sílo estuvo a un grupo de ayuda social denominado "Amas de Casa 2000", dependiente del Centro de Estudios y Casanare,

Tacha de la testigo.

En la formulación de la tacha afirmó el solicitante que dicha testigo fue nombrada por recomendación de la senadora demandada.

Según se deduce de la documentación aportada para probar la tacha, que aparece a folios 89 a 105 del cuaderno 1-A, la declarante Arias de Arenas, estuvo vinculada laboralmente al IDEBOY desde el 31 de mayo de 1989 –fecha anterior a la Constitución de 1991– hasta el 8 de enero de 1992 y en su solicitud de empleo incluyó como referencia a la parlamentaria María Florángela Izquierdo Empero, esto no prueba que haya sido nombrada por recomendación de la demandada, pues no aparece demostrada la injerencia de la declarante. Tampoco está demostrado el parentesco entre la demandada y el funcionario que nombró a la declarante. En consecuencia, no prospera la tacha.

Testimonio de Jorge Calixto Paipa.

A folios 125 y siguientes, niega haber recaudado cuotas de Gladys Numpaque u otro empleado del departamento de Boyacá, y narra el conocimiento que tiene de las diferentes denuncias formuladas por ella a raíz de su desvinculación del ICBF por determinación de la cónyuge del declarante, entre otras cosas.

Tacha del testigo.

El solicitante tachó como sospechoso al testigo "por motivos de amistad y dependencia política con la Senadora". En relación con la tacha, encuentra la Sala que en el testimonio rendido ante notario. Oscar Leonidas Wilches Carreño declara que cuando se desempeñó como Gobernador del Departamento de Casanare nombró al Dr. Jorge Calixto Paipa como Director de la Caja de Previsión y Seguridad Social de Casanare, "en representación y como cuota política" de la demandada.

La Sala considera que el acceder a un empleo de representación política, como cuota de un sector política, como cuota de un sector político, presupone la existencia de un mayor o menor grado de subordinación ideológico-político que le resta imparcialidad al dicho del nombrado, en relación con los hechos u omisiones de su jefe político, por lo cual declara probada la tacha.

5.2.2. Prueba documental de la demandada.

Copia de la providencia proferida por la Fiscalía Delegada 221 de Patrimonio Económico de Santa Fe de Bogotá (fls. 17 a 33 vto. c. No. 3).

Por medio de tal providencia se decidió la denuncia penal formulada por Gladys Edilma Torres contra Gladys Sierra Pérez, por haberla destituído del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en forma injusta y con abuso de autoridad, y por haberle ordenado poner permanentemente la fotocopiadora al servicio del "Directorio Liberal El Progreso", de Tunja, dirigido por la senadora demandada, y por tener que suministrarle útiles de escritorio.

La conclusión de dicho proveído fue la de que la sindicada no se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, ni se aprovechó o usó bienes del Estado –Instituto Colombiano de Bienestar Familiar– en provecho suyo **o de un tercero,** razón por la cual se resolvió precluir la investigación, habiendo quedado ejecutoriado.

Entonces, se tiene que la justicia penal ya se pronunció en el sentido de que no se demostró que la demandada, en su condición de tercero, se hubiera aprovechado del punible denunciado, fuera de que quien la denunció, y declaró en este proceso ratificando su denuncia, Gladys Edilma Numpaque Torres, ya se vió que es testigo sospechosa.

6. LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 110 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

Considera pertinente la Sala en primer lugar, precisar los alcances de esta norma invocada por el solicitante como violada.

El referido artículo 110 preceptúa:

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

Si se analiza el contenido de la norma transcrita, se observa que son dos las conductas vedadas a quienes desempeñan funciones públicas: **"hacer"** contribuciones e **"inducir"** a otros a que lo hagan. Obviamente, como la primera de las conductas no es la que se le endilga a la demandada, el análisis de la Sala se deba orientar a establecer si de conformidad con el acervo probatorio aparece demostrado dentro del proceso que la Senadora **indujo** a otros a que hicieran alguna contribución a algún partido, movimiento o candidato, transgrediendo así la prohibición contenida en la norma atras transcrita. Para el efecto se debe determinar el alcance de la norma, debiéndose precisar en primer lugar el significado del verbo rector "inducir" contenido en el precepto constitucional.

Según el Diccionario de la Lengua Española, inducir es **"Instigar, persuadir, mover a uno"; e instigar es "incitar, provocar o inducir a uno a que haga una cosa".** Es decir, que se requiere una acción, una conducta activa, por parte de quien ejerce funciones públicas sobre quien es inducido a hacer la contribución, sin que sea suficiente para quedar incurso en la prohibición, la mera permisividad, condescendencia o conducta complaciente de la persona a quien se le atribuye la conducta antijurídica.

Es por lo anterior, que solo en la medida en que se le haya podido demostrar a la senadora Izquierdo de Rodríguez que indujo, vale decir, que instigó, persuadió, incitó o movió a alguien a hacer contribuciones, se podrá concluir que incurrió en la prohibición que le atribuye el solicitante, contenida en el artículo 110 de la Constitución Política.

Al efecto se observa que la Sala no puede tener en cuenta la prueba documental aportada o pedida por el accionante, por las razones que en su oportunidad fueron expuestas.

Y en relación con la prueba testimonial la Sala encuentra que ella no acredita que la Senadora demandada hubiera **inducido** y menos **obligado**, a hacer contribuciones con fines partidistas, como se denunció en la solicitud. Lo cierto es que de las declarantes, solamente Claudia Helena Molina Valencia es afirmativa en sostener que la Senadora en forma personal y directa le exigió recaudar y contribuir para tal fin. Sin embargo para la Sala no es ajeno el hecho de que lo relatado por la declarante no tiene soporte en otros medios probatorios, como que ella misma expresa que tal exigencia se produjo sin que hubiera testigos presentes, además de la grave circunstancia que afecta la imparcialidad de la testigo que hizo próspera su tacha, como lo es su animadversión para con la demandada; y en su comportamiento planamente admitido por ella, de haber sustraído el libro anexo No. 4 de la solicitud, que demerita su credibilidad al no poderla tener como persona de buena fe.

Las otras dos declarantes, como ya tuvo oportunidad de expresarlo la Sala, incurrieron en graves contradicciones y, lo que no es menos trascendente, al ser contrainterrogadas acerca de si la Senadora había sido quien les había exigido aportes, ambas coinciden en afirmar que no fue ella sino a través de otras personas. Tampoco está demostrado que dichas terceras personas hubieran actuado, si es que lo hicieron, por instrucciones de la demandada.

En suma, la sola versión de la declarante Claudia Helena Molina Valencia, no es a juicio de la Sala, prueba suficiente de que la demandada hubiera incurrido en la conducta que le endilga el solicitante frente a la prohibición contenida en el artículo 110 de la Constitución Política.

7. LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL NUMERAL 4 DEL ARTÍCULO 180 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

Otro de los motivos de la pretensión del solicitante se hace consistir en que la demandada incurrió en la violación del numeral 4 del artículo 180 de la Constitución

Política, al haber hecho gestiones con personas naturales que son contratistas del Estado, "para conseguir de ellos ciertas dávidas económicas con el único propósito de mantenerlos en el puesto" (folio 50).

Para desestimar el cargo, es suficiente decir que, como se concluyó en el numeral 6 de estas consideraciones, no se demostró que la demandada hubiera inducido alguna de las personas a que alude la solicitud a hacer contribuciones prohibidas por el artículo 110 de la Carta. Luego no se puede concluir que la asista razón al peticionario respecto a la alegada violación del artículo 180, numeral 4 de la Carta.

Además, respecto del mismo cargo, los servidores públicos vinculados por una relación legal y reglamentaria no son **contratistas del Estado,** como para que puedan ser ubicados dentro de esta categoría los servidores públicos a quienes alude la demanda.

8. LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL NUMERAL 4 DEL ARTÍCULO 183 DE LA CONSTITUCIÓN.

Respecto a esta causal, la Sala recuerda lo expresado por la señora Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado en el sentido de que lo planteado es impreciso, pues no dice de cuales bienes en concreto dispuso la Senadora, ni especifica a qué entidad pertenecían dichos bienes. Si se refirió a los útiles de escritorio, papelería y otros que se dijo fueron desviados del ICBF a una organización política, la responsabilidad puediera haber recaído en persona diferente a la demandada y no en ésta. Por lo demás, como se dijo en el numeral 5.2.2. de esta providencia, tal asunto fue definido por la Fiscalía Delegada 221 de Patrimonio Económico de Santa Fe de Bogotá, en el sentido de que no se configuró tal conducta en provecho de la funcionaria del ICBF o de un tercero, providencia que quedó ejecutoriada.

Por lo anterior, no prospera el cargo formulado por el solicitante.

9. LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 183 DE LA CARTA.

Finalmente, en lo atinente **al tráfico de influencias** denunciado en la demanda (fl. 50 cdno. ppal.), la Sala advierte que la formulación de este cargo es aun mas vaga e imprecisa que el anterior; pues en parte alguna del escrito introductorio se dice en qué hechos puede llegar a estructurarse. En tales condiciones, la Sala se considera relevada de analizar el cargo.

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, la Sala habrá de denegar la pérdida de la investidura impetrada por el solicitante.

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

FALLA:

1o. Inaplícase, por ser inconstitucional, el parágrafo del artículo 1o. de la ley 144 de 1994.

2o. Deniégase la solicitud de pérdida de la investidura de Congresista de la Senadora María Izquierdo de Rodríguez, formulada por el ciudadano Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE a la Mesa Directiva del H. Senado de la República, al Consejo Nacional Electoral y al Ministro de Gobierno. PUBLÍQUESE y archívese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 18 de abril de 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
Salvó el Voto

DENISSE DUVIAU DE PUERTA

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ
Aclaró el Voto

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

DELIO GÓMEZ LEYVA

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA
Aclaró el Voto

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ
Aclaró el Voto

ÁLVARO LECOMPTE LUNA
Aclaró el Voto

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA
Aclara el Voto

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

CONSUELO SARRIA OLCOS
Ausente

JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA
Aclara Voto

ALBERTO MÚNERA CABAS
conjuez

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN
Secretaria General

CONGRESISTA/PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales/**CONTRIBUCIÓN A PARTIDOS POLÍTICOS**-Inexistencia **(Aclaración de voto)**

No es causal de pérdida de la investidura de congresista la prohibición contenida en el artículo 110 de la Carta Política de 1991.

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

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO DR. MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. AC-2444. Actor: EURIPIDES DE JESÚS CUEVAS.

Aun cuando compartí en su totalidad la parte motiva del proyecto de sentencia sometido a consideración de la Sala –y desde luego la parte resolutiva–, en cuanto hace relación al aspecto de fondo de la controversia, o sea, al atinente a no haberse probado las causales de pérdida de investidura, invocadas por la parte actora, consideré que debía de aclarar mi voto, en razón de que he venido sosteniendo desde la sentencia recaída en el proceso distinguido con el No. AC-1899, actor: Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, pérdida de la investidura de la congresista REGINA BETANCOURT DE LISKA, que no es causal de pérdida de investidura de congresista la prohibición contenida en el artículo 110 de la Carta Política de 1991.

A las razones que me permití exponer en el salvamento de voto a dicha sentencia dictada en el proceso Ac-1899, que doy por reproducirlas, me remito en esta oportunidad.

Atentamente,

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ
Consejero de Estado

Fecha ut supra.

NOTA DE RELATORÍA: Se remite a lo expuesto en el salvamento de voto, con ocasión de resolver el proceso AC-1899, actor, Procuraduría 2a. Delegada para la Vigilancia Administrativa; Pérdida de la Investidura de la Congresista REGINA BETANCOURT DE LISKA.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA-Causales/**CONTRIBUCIÓN A PARTIDO POLÍTICO**-Inexistencia

Estimo que las causales de pérdida de investidura de los congresistas están taxativamente contempladas en el Título VI, capítulo 6, "De los congresistas, de la Carta Política de 1991. Por tal razón, considero que el art. 110 de dicho estatuto no le es aplicable a los congresistas, y antes bien, creo que por su redacción los excluye, particularmente a quienes tienen la calidad de dirigentes de los partidos o movimientos políticos, o son candidatos a las corporaciones públicas. En efecto la norma en comento dice, en su parte inicial, que le está prohibido a quienes desempeñan funciones públicas "hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley". Y a primera vista me parece casi elemental que los dirigentes de los partidos o movimientos políticos y los candidatos a las corporaciones públicas, son los primeros interesados en hacer –si tienen el dinero para ello–, o en conseguir contribuciones para financiar las campañas y actividades del grupo al cual pertenecen. Otra cosa es que cuando las obtengan de terceros pudiesen emplear métodos coercitivos o faltos de ética; sin embargo, en este caso pienso que entrarían en juego las normas disciplinarias o penales que regulen la materia. En últimas esta temática debe ser desarrollada y reglamentada por la ley, y en la medida en que persistan las dudas planteadas considero que no puede aplicarse la norma para despojar de su investidura a los congresistas.

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA A LA SENTENCIA DICTADA EL 19 DE ABRIL DE 1995 EN EL

EXPEDIENTE NO. AC-2444.- ASUNTOS CONSTITUCIONALES.- ACTOR: EURÍPIDES DE JESÚS CUEVAS CUEVAS.- (SOLICITUD DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE LA CONGRESISTA MARÍA IZQUIERDO DE RODRÍGUEZ)

Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo dos (2) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Con el respeto de siempre me permito consignar las razones de mi aclaración de voto, así:

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

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

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

4. De otra parte, debo señalar que a mi juicio, el análisis probatorio hecho en la providencia demuestra que no existe plena prueba en relación con los hechos que se le imputan a la Senadora demandada, por lo cual era procedente observarla en lo que hace con las otras causales que fueron invocadas en su contra.

Con todo acatamiento,

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL/RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN-Prosperidad/**PROVIDENCIA/PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA/RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN**-Improcedencia

> **Obsérvese entonces que el reenvío que hace la norma de la ley 136 al juicio de pérdida de investidura de los congresistas en cuanto atañe al recurso extraordinario de revisión, al operar tan sólo respecto a "las sentencias mediante las cuales haya sido levantada la investidura de un Parlamentario", delimita o circunscribe la titularidad del recurso y el objeto del mismo: el del concejal desinvestido y revisar los fallos que han proferido esa medida, por lo que no cabe respecto de aquellas providencias que no han adoptado dicha decisión. Tampoco puede entenderse que el recurso interpuesto sea el "extraordinario de revisión" del art. 188 del C.C.A., puesto que en tratándose de medios de impugnación de esta naturaleza, las exigencias técnicas son y deben ser rigurosas, y además de que el recurrente no lo ha expresado así, lo cierto es que la norma en comento no esgrime como causal la censura en que se apoya el actor.**

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sala Unitaria.
Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. REV-126. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN. Actor: ÓSCAR GUTEMBERG BENÍTEZ.

El ciudadano Óscar Gutemberg Benítez, en su propio nombre, ha interpuesto recurso extraordinario de revisión contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de

Casanare el seis (6) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996), mediante la cual resolvió no decretar la pérdida de investidura de los concejales del Municipio de Paz de Ariporo ESTEBAN BARÓN CABALLERO, NAZARIO MORENO, ÓSCAR HUERTAS, DANILO BARÓN SILVA y FLAVIO BARÓN REYES, invocando para ello el art. 185 del Código Contencioso Administrativo, por estimar que dicha providencia es abiertamente contraria a los postulados constitucionales y legales y va en contravía de los principios sociales del mandato que prohíbe a los concejales participar en los debates donde se discutan asuntos que los beneficien personalmente y choca abiertamente con los propósitos del Gobierno tendientes a erradicar la corrupción.

Sin embargo, es indispensable definir, en primer lugar, si en verdad, en casos como éste, es viable el recurso mencionado, pues si no lo es y resulta dándosele el trámite que la ley prevé para el "recurso extraordinario de revisión, se provocaría un desgaste injustificado de jurisdicción que atenta contra el principio de economía procesal.

Es conveniente recordar que el art. 55 de la ley 136 de 1994, que trata de la "pérdida de la investidura de concejal", reza en su último inciso, lo siguiente:

> "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 corresponda" (se subraya)."

De igual manera, debe señalarse que el art. 17 de la ley 144 de 1994, dispone:

> **"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 contenido en la Ley 5a. del 17 de junio de 1992."

Obsérvese entonces que el reenvío que hace la norma ley 136 al juicio de pérdida de investidura de los congresistas en cuanto atañe al recurso extraordinario de revisión, al operar tan sólo respecto a "las sentencias mediante las cuales haya sido levantada la investidura de un Parlamentario", delimita o circunscribe la titularidad del recurso y el objeto del mismo: el del concejal desinvestido y revisar los fallos que han proferido esa medida, por lo que no cabe respecto de aquellas providencias que no han adoptado dicha decisión.

Tampoco puede entenderse que el recurso interpuesto sea el "extraordinario de revisión" del art. 188 del C.C.A., puesto que en tratándose de medios de impugnación de esta naturaleza, las exigencias técnicas son y deben ser rigurosas, y además de que el recurrente no lo ha expresado así, lo cierto es que la norma en comento no esgrime como causal la censura en que se apoya el actor.

Por otra parte, es elemental que una cosa es que la ley consagre la aplicación de un trámite similar al del juicio que se adelanta en el caso de los congresistas para el de pérdida de investidura de los concejales, y otra bien distinta que tenga cabida el recurso extraordinario especial de revisión, que todavía no ha sido reglamentado en legal forma.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria,

RESUELVE:

Recházase por improcedente el recurso extraordinario especial de revisión interpuesto por el ciudadano Oscar Gutemberg Benítez contra la sentencia proferida el 6 de marzo de 1996 por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual no se accedió a decretar la pérdida de la investidura como concejales del Municipio de Paz de Ariporo Esteban Barón Caballero, Nazario Moreno, Óscar Huertas, Danilo Barón Silva y Flavio Barón Reyes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previa desanotación en los radicadores. CÚMPLASE.

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

MERCEDES TOVAR DE HERRÁN
Secretaria General

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA-Técnica/**JURISPRUDENCIA/ CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

El recurrente se limita a citar las providencias que presuntamente contienen la jurisprudencia contrariada, pero sin explicar el concepto de la violación, ni precisar los apartes de esas providencias y los de la sentencia recurrida que pudieran ser contrarios entre sí, además de errores de citas que la relatoría hizo notar en su informe. De acuerdo con lo anterior, el recurso no puede prosperar.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. S-362. Actor: Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda "DAVIVIENDA".

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 11 de febrero de 1994, proferida por la Sección Cuarta de la Corporación.

I.- ANTECEDENTES

1.- La Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda "DAVIVIENDA", a través de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 3937 de noviembre de

24 de 1989, mediante la cual la Superintendencia Bancaria sancionó a la demandante con una multa, y 0286 del 2 de febrero de 1990, mediante la cual confirmó la anterior.

2.- Por sentencia del 10 de junio de 1993 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, denegó las súplicas de la demanda.

3.- La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 11 de febrero de 1994 resolvió el recurso de apelación presentado por la parte actora, confirmando la sentencia apelada.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

La sentencia de la Sección Cuarta de esta Corporación, contra la cual se dirige el presente recurso extraordinario de súplica, se fundamenta en los siguientes argumetos:

> "En primer lugar estima la Sala conveniente aclarar a la actora, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 137 numeral 3o. del Código Contencioso Administrativo, toda demanda ante la jurisdicción administrativa deben contener los hechos u omisiones que sirven de fundamento a la acción, los cuales constituyen el marco dentro del cual debe el juez proferir una decisión congruente al resolver las peticiones de la demanda, y que conforman parte del llamado principio dispositivo, cuyos efectos fundamentales son:
>
> "a) La actividad jurisdiccional se encuentra limitada por la demanda inicial. Sin demanda de parte -enseña Chiovenda- el juez no solo no tiene la obligación, sino que tampoco tiene facultad de iniciar un procedimiento;
>
> "b) Corresponde a las partes la determinación objeto del proceso, esto es, precisar la amplitud de la tutela jurídica, de tal manera que el Juez no puede, so pena de incurrir en el vicio de incongruencia, apartarse de las peticiones de los ligitantes, ni otorgar nada que no haya sido pedido;
>
> "c) Las partes tienen el poder de aportar los elementos de hecho y los medios de prueba detinados a formar la sentencia. Por ello el sentenciador no puede introducir en el proceso nuevos hechos no alegados por las partes. La mutación de la causa de pedir en otra distinta conduce a que alguno o todos los contendientes queden sin posibilidad de alegar y practicar pruebas sobre los problemas no planteados, con la consiguiente indefensión. Por lo que, resulta totalmente improcedente la conducta de la actora al exponer hechos no planteados en la demanda, con la oportunidad de la apelación, desconociendo no solo el principio de lealtad entre las partes, sino la citada disposición.
>
> "De otras parte, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior revise el fallo de la primera instancia y determine si éste se ajusta o nó a derecho con fundamento en el análisis de los hechos y omisiones planteadas en la demanda frente a las normas imperantes, y no constituye una oportunidad adicional para exponer otros hechos que estime a bien el demandante.

"En consecuencia, la Sala no tendrá en cuenta los mismos, limitando el análisis en esta oportunidad a los hechos analizados por el Tribunal en la parte de decisión no compartida por el apelante, y que se reduce a la interpretación del artículo 29 de la Resolución 23 de 1987 de la Junta Monetaria.

"Mediante la Resolución 23, de abril 29 de 1987, la Junta Monetaria, en ejercicio de sus facultades legales, especialmente de las conferidas por el artículo 6o. del Decreto Ley 2206 de 1963, literales a), b), c), d) y e) y de la Ley 7a. de 1973, reglamentó las operaciones de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, regulando en los capítulos II y III lo concerniente a los plazos y tasas efectivas de interés en las nuevas colocaciones de crédito por el sistema UPAC, estableciendo límites, según rangos establecidos, dependiendo del valor de la vivienda.

"El capítulo V 'disposiciones varias' reguló los aspectos relacionados con la infracción a los límites de intereses autorizados por ella, y el ámbito de aplicación de la resolución así:

"Artículo 27. La aplicación de tasas de interés superiores a las máximas autorizadas en esta resolución por parte de las corporaciones de ahorro y vivienda será sancionada por la Superintendencia Bancaria con multas equivalentes a las sumas cobradas en exceso. Además, a los funcionarios que autoricen o aprueben tales operaciones se les aplicarán las sanciones previstas en el artículo 23 del Decreto 2920 de 1982.

"Artículo 29. La presente resolución se aplicará a los créditos que se otorguen con posterioridad a su vigencia.

"No obstante, lo dispuesto en esta resolución no se aplicará respecto de desembolsos de préstamos ya aprobados sobre los cuales ya existía un compromiso contractual" (Subraya la Sala).

"Del contexto de las normas transcritas claramente se infiere de las tasas de ineterés autorizadas por la misma resolución para deudas en UPAC no eran aplicables para aquellos créditos otorgados antes de su vigencia.

"Para delimitar el alcance de lo que debía entenderse por crédito otorgado, precisó el artículo 29 ibídem que tampoco se aplicaría la resolución para aquellos desembolsos de préstamos que se efectuaran con posterioridad a su vigencia sobre los cuales, a tal fecha, ya existía un compromiso contractual.

"Tratándose del contrato de mutuo con interés, existe compromiso contractual desde el mismo momento en que las partes se ponen de acuerdo sobre la cantidad y modalidades del préstamo, el rendimiento financiero que debe pagar al usuario del crédito, y el plazo para satisfacer la obligación, aún cuando no se haya efectuado el desembolso necesario para su perfeccionamiento.

"Adicionalmente, a pesar de la claridad de la norma la Superintendencia Bancaria, para evitar erradas interpretaciones, en ejercicio de sus atribuciones legales, expidió la Circular Externa DAB y DC 024 de junio de 1987, mediante la cual impartió instrucciones a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda para la correcta aplicación del nuevo régimen normativo del sistema UPAC contenido en la Resolución 23 de 1987 de la Junta Monetaria, definió, para efectos del inciso 2o. del artículo 29 de la resolución mencionada qué debía entenderse por compromiso contractual, entendiendo como tal: el acuerdo de voluntades entre la Corporación y el usuario, que nace a la vida jurídica desde el momento de la aprobación del préstamo, comunicado al beneficiario del mismo, aunque se encuentren pendientes algunos requisitos para el desembolso del crédito".

"No existía entonces duda alguna sobre la prohibición a la Corporación de aplicar las nuevas tasas de interés y plazos autorizados por la Resolución 23 de 1987 de la Junta Monetaria a los créditos: 0030164-8, aprobado desde el 26 de marzo de 1987 a María Consuelo Zambrano a la tasa de interés del 10% anual y plazo de 15 años; 0030073-1, aprobado el 24 del mismo mes y año a Héctor J. Arroyave en las mismas condiciones anteriores y 0030209-1 aprobado al 1o. de abril de 1987, a Francisco J. Ochoa en similares circunstancias. En consecuencia la conducta de la Corporación al variar las modalidades de plazo e interés, infringió el imperativo que estaba obligada a observar haciéndose acreedora a la sanción impuesta.

"Resulta improcedente la pretensión de la actora que busca desvirtuar el acto administrativo sancionatorio con la acusación de ilegalidad de otro acto administrativa: Circular DAB DC 024 de 1987, que le sirvió de fundamento, y que en esta oportunidad no se discute por no ser objeto del libelo, circular que definió con supuesta transgresión de la ley el término compromiso contractual, que fue aplicado por la Superintendencia Bancaria al imponer la multa. Menos admisible resulta el hecho de que la Corporación de Ahorro y Vivienda amparándose en una supuesta ilegalidad ignore e infrinja las normas que obligatoriamente debe cumplir.

"De otra parte, la legalidad de la circular anteriormente señalada, en cuanto define el "compromiso contractual", como bien precisa el apoderado de la demandada, quedó definida en el fallo 1712 del 28 de octubre de 1988, Expediente 1831 Ponente doctor José Ignacio Narváez García, que denegó su declaración de nulidad, (Relatoría Consejo de Esatdo, Sentencias Octubre de 1988)".

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Teniendo en cuenta los términos del escrito que contiene el recurso de súplica y a fin de facilitar su comparación son la sentencia recurrida, la Sala considera conveniente su texto, que es del siguiente tenor:

"ANTECEDENTES

"Permítaseme sintéticamente consignar como antecedentes los siguientes:

"1. En cuanto a la naturaleza de la obligación impuesta por la Resolución 23 de 1987 de la Junta Monetaria, ha quedado claro que era absolutamente inaplicable para el caso sub judice, en la medida en que no existía un desembolso.

"Luego de apreciar con la facilidad que los documentos lo permiten, que en los casos de que trata la Resolución sancionatoria, no existía –como se advirtió– un desembolso de dinero en favor del constructor sino una subrogación generadora de una novación, y que es la misma Superintendencia Bancaria la que afirma que la obligación hipotecaria derivada de la subrogación del crédito es diferente a la existente con el antiguo deudor -constructor-, toda vez que jurídicamente es una novación,... la cotización de la Upac para el nuevo crédito individual se determina aplicando la tasa de ajuste del día en que se efectúe la liquidación del crédito (subrayado ajeno al texto original). Oficio No. 1210-91006306 de diciembre 6/91, no vemos como se llega a conclusión diferente, que la disposición sobre la cual se fundamenta la sanción, no se adecúa típicamente al caso en cuestión.

"Si para la determinación del monto de la obligación en Upacs para quien compra un inmueble y se subroga, debe tenerse en cuenta la fecha de liquidación del crédito, no se entiende cómo se podría tomar otra fecha diferente a esta, para definir la tasa de interés, cuando es precisamente ese el momento en que se hace la citada liquidación.

"Es evidente como se expresa en el memorial donde se sustenta la apelación contra la sentencia de primera instancia y ahora la de segunda, que se desconocen como lo hizo la Superintendencia Bancaria, las disposiciones que se consignan como violadas en la demanda y de contera, el debido proceso.

"2. La Superintendencia Bancaria acumula indebidamente casos diferentes, acaecidos en fechas diferentes ajenos entre sí y que debieron fundamentar sanciones diferentes que permitieran individualizar los cargos y su defensa.

"Esa acumulación ilegal impedía la dosificación de la sanción atendiendo el monto de cada crédito -en la hipótesis de que hubiera fundamentado para ellas-, como se expresa en mayor extensión en el memorial donde se sustenta la apelación contra la sentencia de primera instancia, al que respetuosamente remito a los H. Magistrados.

"Lo cierto es que, por decisiones tanto de la Sala Plena como de la Sección Cuarta, se reconoció que esa acumulación idebida violaba el derecho de defensa y el debido proceso, desconociendo las normas que se enuncian en la demanda como disposiciones violadas.

"Es más:

"La expedición del Decreto 654 de abril 1 de 1993, magnifica la violación por parte de la Superintendencia Bancaria del derecho de defensa y el debido proceso cuando acumula ilegalmente situaciones que aunque similares, son independientes.

"El Decreto en cita autoriza a la Superintendencia Bancaria a partir de abril 1/93 para acumular actuaciones administrativas cumpliendo una serie de requisitos que la normación expresa.

"Con anterioridad –y las Resoluciones de la Superintendencia sí que lo son– no tenían ninguna facultad para acumular como lo hizo, situaciones independientes.

"3. La violación del principio de la especialidad de la sanción, desarrollado en extenso por la misma Superintendencia Bancaria que hoy lo viola y la interpretación contra legen que la Superintendencia Bancaria hace la noción de compromiso contractual también contenidas en el memorial de apelación contra la decisión del *a-quo,* –en que también les ruego reparar– son igualmente violatorias a las disposiciones de que trata la demanda.

"LA PROVIDENCIA DE LA SECCIÓN CUARTA.-

"La providencia que recurro, considera que este apoderado ha introducido argumentos nuevos que no fueron expresados en la demanda y que por ende no pudieron ser controvertidos por la Superintendencia Bancaria.

"La realidad es bien distinta.

"El señor apoderado de la Corporación que hoy es mi mandante, alinderó la discusión jurídica dentro de las disposiciones que enunció como violadas y dio su criterio, según su leal saber y entender.

"Este apoderado, no pretende modificar la demanda con el recurso de apelación, pero considera respetuosamente que dentro de ese marco, puede expresar citerios que fundamenten aún más las pretensiones de la demanda.

"Considero igualemente que los argumentos que se expresan en el rescurso de apelación que suscribo, tienen completo respaldo probatorio en cuanto la simple lectura y observación de los actos administrativos demandados, lo ofrecen sin ambages o limitaciones.

"Siendo así como se prueba la ausencia de fundamento por una parte y la ilegalidad de las Resoluciones de la Superintendencia Bancaria por otra, además de lo expuesto, considero que el principio de la *jura novit curia* –desarrollado ejemplarmente por el Consejo de Estado–, debe aplicarse, como comodidamente lo solicito.

"JURISPRUDENCIAS CONTRARIADAS:

"Auto de Sala Plena de 9 de febrero/82, con ponencia del H. Magistrado doctor Carmelo Martínez Conn, dentro del expediente No. 10790.

"Jurisprudencia de Sala Plena de octubre 1o. de 1990, sentencia No. 1209.

"Auto de Sala proferido por la Sección Cuarta el 22 de marzo/91, con ponencia del doctor Jaime Abella Zárate.

"En derecho me fundamento en el artículo 130 de C.C.A., por lo cual me permito solicitar se revoque la Providencia de la Sección Cuarta de fecha 11 de febrero de 1994, proferida dentro de expediente No. 5105, con ponencia del doctor Guillermo Chahín Lizcano".

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como puede notarse fácilmente de la simple lectura comparativa del memorial que contiene el recurso extraordinario de súplica y de la parte motiva de la sentencia recurrida, la parte actora y recurrente considera que la citada sentencia no da aplicación al principio de la *jura novit curia* y, como consecuecia, considera que se contrarían las providencias que igualmente cita.

Sin embargo, con esa misma lectura se constata también que el recurrente se limita a citar las providencias que presuntamente contienen la jurisprudencia contrariada, pero sin explicar el concepto de violación, ni precisar los aportes de esas providencias y los de la sentencia recurrida que pudieran ser contrarios entre sí, además de errores de citas que la Relatoría hizo notar en su informe.

Al respecto, esta misma Sala Plena se ha pronunciado en los siguientes términos: "...para efectos del recurso de súplica no basta citar un número plural de sentencias, sino que es preciso explicar el concepto de la violación, o sea por qué lo decidido desconoce el pensamiento de la Sala Plena del Consejo" (Sentencia de 23 de marzo de 1994, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente No. S-116, actor: Justina Hernández Iles, Consejero Ponente: doctor Carlos Betancur Jaramillo).

De acuerdo con lo anterior, el recurso no puede prosperar.

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 la parte actora contra la sentencia proferida por la Sección Cuarta, de fecha 11 de febrero de 1994.

En firme esta sentencia, devuélvase a la Sección Cuarta para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha veintitres de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

DIEGO YOUNES MORENO
Presidente ausente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

JOAQUÍN BARRETO RUIZ
Ausente

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS

MIREN DE LA LOMBANA DE M.
Ausente

CLARA FORERO DE CASTRO

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

CARLOS ORJUELA GÓNGORA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

DENISSE DUVIAU DE PUERTA
Ausente

CONFLICTO DE COMPETENCIAS/CONTROL FISCAL/ORGANISMOS DE ORDEN NACIONAL-Cambio de Naturaleza Jurídica/**ORGANISMOS DE ORDEN DEPARTAMENTAL/CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL/COMPETENCIA**

Habiéndose producido un cambio en la naturaleza jurídica del Instituto Seccional de Quindío que lo convierte de orgnismo de carácter nacional en organismo de carácter departamental, las competencias que en relación con dicha entidad ejercían las entidades del orden nacional no pueden seguir siendo ejercidas por ellas en virtud de los principios constitucionales de la autonomía y de la descentralización. Es claro que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos corresponde por mandato de la Constitución a las Contralorías Departamentales y que los Contralores departamentales tienen para el cumplimiento de esa función las mismas atribuciones conferidas el Contralor General de la República. Producido el cambio de naturaleza jurídica del Instituto Seccional de Salud del Quindío, y ante el silencio de la ley sobre el particular, la vigilancia y control fiscales no pueden seguir siendo ejercidos por la Contraloría General de la República sino que deben serlo por parte de la correspondiente Contraloría Departamental.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO.

Referencia: Expediente No. C-285. ACTOR: Contraloría General de la República. Conflicto de Competencia Administrativa suscitado entre la Contraloría General de la República y la Contraloría del Departamento del Quindío. AUTO.

Procede la Sala a decidir, el conflicto de competencia negativa, surgido entre la Contraloría General de la República y la Contraloría General del Departamento del Quindío.

El Secretario General de la Contraloría General del Departamento del Quindío, señor Jesús Antonio Obando Roa, en ejercicio de la "Acción de Definición de Competencias Administrativas", prevista en el artículo 88 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 18 del Decreto 2304 de 1989, solicita que la Corporación entre a resolver cuál es la autoridad administrativa, que debe seguir conociendo de la investigación ordenada por la Contraloría General de la República el 10 de octubre de 1989 a través de la Resolución 09124, al Servicio Seccional de Salud del Quindío, por irregularidades en el pago de la prima de vacaciones a empleados del sector salud.

RAZONES INVOCADAS POR LAS PARTES EN CONFLICTO

Posición de la Contraloría General de la República:

Esta entidad remitió al expediente con las diligencias adelantadas, a través del oficio 146 de 1994, fechado el 6 de abril de 1994 y sostuvo que, quien debe continuar con la investigación al Instituto Seccional del Quindío, es la Contraloría Departamental, como consecuencia de que a través de la Resolución Orgánica No. 0423 de julio 16 de 1993 se suprimió la Auditoria Regional ante el Servicio Seccional de Salud del Quindío en Armenia y la Revisoría Delegada ante el Hospital de la Misericordia en Calarcá; también argumentó como apoyo de su posición el hecho que el Instituto Seccional de Salud del Quindío se convirtió en ente del orden departamental, sujeto a control por parte de la Contraloría Departamental.

De otra parte la Contraloría General de la República, el 13 de diciembre de 1994 a través de oficio No. 2548, resolvió que era competente la Contraloría Departamental, en virtud de lo estatuido en la Ley 10 de 1990 en concordancia con la Ley 42 de 1993, por ser el Instituto Seccional de Salud un Establecimiento Público cuya jurisdicción está circunscrita al Departamento del Quindío.

Posición de la Contraloría General del Departamento de Quindío:

A su vez, la Contraloría Departamental estimó que la competencia radica en cabeza de la Contraloría General de la República, como quiera que la investigación se inició en el año de 1989, lo que implica que cuando se cometieron las irregularidades era competente la Contraloría General de la República.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Corrido el traslado de rigor, sin que las partes alegaron, se observa lo siguiente:

La Contraloría General de la República inició, en el año de 1989, investigación al Servicio Seccional de Salud del Quindío (hoy Instituto Seccional de Salud del Quindío), por presuntas irregularidades de carácter fiscal.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

En el año de 1994 mediante oficio 146, la Contraloría General de la República, remitió el expediente a la Contraloría General del Departamento del Quindío por considerarla competente para continuar con la investigación, en atención a que el Instituto Seccional de Salud del Quindío se convirtió en ente del orden departamental.

A su vez, la Contraloría General del Departamento del Quindío estimó que la competencia se halla en cabeza de la Contraloría General de la República.

De manera que como fue promovida la colisión de competencias, entre la Contraloría General del Departamento del Quindío y la Contraloría General de la República, corresponde a esta Corporación en única instancia, conocer del conflicto según lo preceptuado en el artículo 128 numeral 15 del C.C.A.

A juicio de la Sala, no son de recibo los argumentos esgrimidos por parte de la Contraloría General del Departamento del Quindío, que obran en la Resolución 200 de 1995, por medio de la cual declaró su incompetencia para conocer de los asuntos en referencia y ordenó remitir los expedientes a la Contraloría General de la República. Según tales argumentos, la competencia para culminar las investigaciones referidas seguiría en la última entidad citada, por cuanto cuando los hechos se cometieron, el Instituto Seccional de Salud del Quindío era un organismo del orden nacional y por lo tanto sometido al control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República; así mismo, que en casos similares existen antecedentes en el sentido de que "existe una incompetencia de nuestra parte para adelantar proceso de responsabilidad fiscal", aspecto éste que pretende demostrarse con cita de algunos ejemplos en donde se "indican situaciones de hecho y actuaciones adelantadas por parte de la Contraloría General de la República".

Para la Sala es muy claro que habiéndose producido un cambio en la naturaleza jurídica del Instituto Seccional de Salud del Quindío, que lo convierte de organismo de carácter nacional en organismo de carácter departamental, las competencias que en relación con dicha entidad ejercían las entidades del orden nacional no pueden seguir siendo ejercidas por ellas en virtud de los principios constitucionales de la autonomía y de la descentralización, principalmente consagrados en los artículos 287 y 298 de la Carta cuyos textos, respectivamente, disponen: "Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales." y "Los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio en los términos establecidos por la Constitución".

Así mismo es claro que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos corresponde por mandato de la Constitución a las Contralorías Departamentales y que los Contralores Departamentales tienen para el cumplimiento de esa función las mismas atribuciones al Contralor General de la República.

Todo lo anterior lleva a la conclusión de que producido el cambio de naturaleza jurídica del Instituto Seccional de Salud del Quindío, y ante el silencio de la ley sobre el particular, la vigilancia y control fiscales no pueden seguir siendo ejercidos por la Contraloría General de la República sino que deben serlo por parte de la correspondiente Contraloría Departamental.

Para la Sala es entonces claro que la competencia para conocer y decidir acerca de las actuaciones administrativas que dieron origen al presente conflicto de competencias radica en la Contraloría General del Departamento de Quindío, tal como habrá de disponerse.

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

RESUELVE:

1o. DECLÁRASE que la Contraloría General del Departamento del Quindío tiene la competencia en el proceso de la referencia.

2o. REMÍTASE el expediente a la Contraloría General del Departamento del Quindío para que le dé el trámite correspondiente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

DIEGO YOUNES MORENO
Presidente

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

JULIO E. CORREA RESTREPO
Ausente

CARLOS ORJUELA GÓNGORA
Ausente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

JOAQUÍN BARRETO RUIZ
Ausente

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

DELIO GÓMEZ LEYVA
Ausente

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

CONSUELO SARRIA OLCOS

CLARA FORERO DE CASTRO

DENISE DUVIAU DE PUERTA

JESÚS MARÍA CARRILLO

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN
Secretaria general

RECUSACIÓN SUBJETIVA/PRUEBA-Inexistencia/**TEMERIDAD**-Inexistencia/ **RECURSO DE REPOSICIÓN**

A pesar de que el art. 156 del Código de procedimiento Civil, señala que cuando una recusación se declare no probada, en la misma providencia se condenará solidariamente al recusante y a su apoderado al pago de una multa, y que el art. 152 *ibídem,* prescribe también que las providencias que se dicten en el trámite de una recusación no son susceptibles de recurso alguno, la Sala no puede menos que advertir que en la presente oportunidad se está en presencia de una causal de recusación de carácter subjetivo, cual es la existencia de un interés directo o indirecto en el proceso por parte del fallador, y que por lo mismo, su configuración se fundamenta única y exclusivamente en las apreciaciones subjetivas del juez, motivo éste que dificulta, por decir lo menos, la prueba de la misma. A efectos de imponer al recusante la sanción de que da cuenta el art. 156 del C.P.C., y habida consideración de que estamos en presencia de una causal subjetiva de recusación, la temeridad o mala fe que se pueda predicar de aquél debe estar plenamente probada en el proceso. Efectivamente se ha impuesto al recurrente una multa sin habérsele demostrado previamente su responsabilidad. De otra parte, y sin perder de vista que estamos ante una causal subjetiva de recusación, determinar una "responsabilidad automática" al recusante por el solo hecho de no resultar probada su recusación, va contra los principios de la presunción de inocencia y de la buena fe. Mal podría la Sala con el argumento un tanto cómodo de que el art. 152 del C.P.C. impide recurrir las providencias que se dicten dentro del trámite de una recusación, desconocen que en el curso de una recusación se impuso una sanción, y de paso, impedir que el recusante se oponga a tal decisión, pues en

aras de la celeridad que caracteriza el trámite de una recusación, no se puede sacrificar el debido proceso, ya que es deber de los jueces administrar justicia no sólo en forma pronta y cumplida sino eficaz y "justa".

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Expediente No. Q-024. RECURSO DE QUEJA. Actor: RICARDO AGUDELO SEDANO AUTO.

El Doctor Zamir Silva Amín, actuando en su propio nombre, interpuso recurso de reposición contra los numerales 2o. y 3o. de la parte resolutiva de la providencia de abril 4 de 1995, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en virtud de la cual se declaró no probada una recusación y se impuso una sanción, con el fin de que se disponga que no hay lugar a la imposición de la multa y a la consecuente consignación de su valor.

Como fundamento de su inconformidad, manifiesta que con la imposición de plano de la sanción a que se hace referencia la providencia recurrida, se le han vulnerado sus derechos fundamentales de defensa, de buena fe y de presunción de inocencia, consagrados en los incisos 1o., 4o. y 5o. del artículo 29 y en el artículo 83 de la Constitución Nacional, pues no existió la oportunidad de controvertir la sanción, además de que la recusación fue ejercida sin temeridad o mala fe.

Igualmente, no se desvirtuaron ni el principio de la buena fe, ni la presunción de inocencia, pues por tratarse de una causal de recusación de carácter subjetivo, las apreciaciones subjetivas del fallador son insuficientes para deducir responsabilidad del recusante.

En apoyo de sus argumentos, cita apartes de la sentencia No. C-390 del 16 de septiembre de 1993, de la Corte Constitucional, en virtud de la cual se declararon exequibles los artículos 152 y 156 del C.P.C.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Sea lo primero advertir que la parte resolutiva de la providencia recurrida contiene fundamentalmente dos decisiones a saber: declarar no probada una recusación, y sancionar al recusante con una multa como consecuencia de la declaración anteriormente mencionada.

Vale la pena precisar que el recurso de reposición no versa sobre la primera de las decisiones tomadas (numeral 1o. de la parte resolutiva), y que sigue en pie la decisión de declarar no probada la causal de recusación formulada contra el Doctor Guillermo Chahín Lizcano.

Versa sí el recurso sobre la multa impuesta, y la orden de consignar su valor en el Banco Popular, decisiones éstas que a juicio de la Sala deberán ser revocadas.

En efecto, a pesar de que el artículo 156 del Código de Procedimiento Civil, señala que cuando una recusación se declare no probada, en la misma providencia se condenará solidariamente al recusante y a su apoderado al pago de una multa, y que el artículo 152 *ibídem,* prescribe también que las providencias que se dicten en el trámite de una recusación no son susceptibles de recurso alguno, la Sala no puede menos que advertir que en la presente oportunidad se está en presencia de una causal de recusación de carácter subjetivo, cual es la existencia de un interés directo o indirecto en el proceso por parte del fallador, y que por lo mismo, su configuración se fundamenta única y exclusivamente en las apreciaciones subjetivasdel juez, motivo éste que dificulta, por decir lo menos, la prueba de la misma.

Así las cosas, y como un buen juicio lo expresa la Corte Constitucional en la providencia que el recurrente trae a colación, la ausencia de la prueba de la causal de recusación, no implica la responsabilidad automática del recusante, ni la existencia de temeridad o mala fe de su parte, pues a diferencia de lo que ocurre con las causales objetivas v gr, haber conocido el juez del proceso en instancia anterior, la falta de la prueba de la causal invocada no hace presumir su mala fe o temeridad, sino que ésta debe ser demostrada y probada en el proceso.

Lo anterior significa a que a efectos de imponer al recusante la sanción de que da cuenta el artículo 156 del C.P.C., y habida consideración de que estamos en presencia de una causal subjetiva de recusación, la temeridad o mala fe que se pueda predicar de aquél debe estar plenamente probada en el proceso.

En la presente oportunidad, si bien es cierto la Sala no encontró probada la causal de recusación planteada contra el Doctor Guillermo Chahín Lizcano, y así lo declaró, también lo es, que tampoco encontró ni encuentra prueba alguna de la temeridad o mala fe al recusar, por parte del Doctor Zamir Silva Amín, pues la recusación fue formulada con la convicción de que había un interés en el proceso por parte del recusado, además de que no aparece acreditado en el trámite de la recusación que fuera la intención del recusante dilatar el curso del proceso.

Es así como encuentra la Sala que efectivamente se ha impuesto al recurrente una multa sin habérsele demostrado previamente su responsabilidad, motivo éste suficiente para revocar la sanción impuesta.

De otra parte, y sin perder de vista que estamos ante una causal subjetiva de recusación, determinar una "responsabilidad automática" al recusante por el solo hecho de no resultar probada su recusación, va contra los principios, va contra los principios de la presunción de inocencia y de la buena fe.

Así las cosas, mal podría la Sala con el argumento un tanto cómodo de que el artículo 152 de C.P.C impide recurrir las providencias que se dicten dentro del trámite de una

recusación, desconocer que en el curso de una recusación se impuso una sanción, y de paso, impedir que el recusante se oponga a tal decisión, pues en aras de la celeridad que caracteriza el trámite de una recusación, no se puede sacrificar el debido proceso, ya que es deber de los jueces administrar justicia no solo en forma pronta y cumplida sino eficaz y "justa".

En este orden de ideas, y como se ha sostenido a lo largo de la presente providencia, el auto recurrido deberá ser revocado en lo que toca con la imposición de la multa y con la consignación de su valor en el Banco Popular.

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

RESUELVE:

1. Revócanse los numerales 2o. y 3o. de la providencia del 4 de abril de 1995, en virtud de los cuales, respectivamente se impuso al recusante Doctor Zamir Silva Amín, una multa y se ordenó la consignación de su valor en el Banco Popular.

2. En lo demás, confírmase la providencia recurrida.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE.

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

DIEGO YOUNES MORENO

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

JOAQUÍN BARRETO RUIZ
Ausente

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

JULIO ENRIQUE CORREA R.
Ausente

JESÚS MARÍA CARRILLO B.

CLARA FORERO DE CASTRO
Salva Voto

DELIO GÓMEZ LEYVA

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

JUAN DE DIOS MONTES H.
salva Voto

CARLOS ORJUELA GÓNGORA
Ausente

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
Salva Voto
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

CONSUELO SARRIA OLCOS

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN
Secretaria General

RECUSACIÓN SUBJETIVA/RECURSO DE REPOSICIÓN-Improcedencia **(Salvamento de voto)**

El art. 152 del C. de P.C. declarado exequible por la corte constitucional en sentencia C-390 de 16 de septiembre de 1993 es claro al prescribir que las providencias que se dicten en el trámite de una recusación no son susceptibles de recurso alguno.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

SALVEDAD DE VOTO DE LOS DOCTORES JUAN MONTES HERNÁNDEZ Y CLARA FORERO DE CASTRO.

Referencia: Expediente No. Q-0S24. Actor: RICARDO AGUDELO SEDANO.

Respetuosamente nos apartamos del criterio mayoritario de la Sala, pues consideramos que no es admisible el recurso de reposición interpuesto contra los numerales 2 y 3 del auto de 4 de abril de 1995, proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

En efecto, el artículo 152 del C. de P.C., declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-390 de 16 de septiembre de 1993 es claro al prescribir que las providencias que se dicten en el trámite de una recusación no son susceptibles de recurso alguno.

La sanción al Doctor Zamir Silva Amín se impuso dentro del trámite de la recusación por él formulada contra el Consejero Doctor Guillermo Chahín Lizcano, en virtud de lo

dispuesto por el artículo 156 del C. de P.C.; y en consecuencia, no cabe contra ella el recurso interpuesto, porque el artículo 152 *ibídem,* no hace distinción ninguna para efectos de la prohibición que contiene.

Atentamente,

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

CLARA FORERO DE CASTRO

NOTA DE RELATORÍA: A este salvamento de voto se adhieren los doctores Ernesto Rafael Ariza Muñoz y Dolly Pedraza de Arenas.

RECUSACIÓN/RECURSO DE REPOSICIÓN-Improcedencia **(Salvamento de voto)**

Teniendo en cuenta que el art. 152 del Código, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-390 del 16 de septiembre de 1993, establece de manera expresa, que las providencias que se dicten en el trámite de recusación no son susceptibles de recurso alguno, es claro que el recurso de reposición interpuesto es improcedente y así ha debido declararlo la Sala.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS.

Consejero Ponente: DR. DELIO GÓMEZ LEYVA.

Referencia: Radicación No. Q-024. Actor: Ricardo Agudelo Sedano. Providencia de 6 de junio de 1995.

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria expresó los motivos de mi salvamento de voto.

La sanción impuesta al Doctor Zamir Silva Amín se aplicó **dentro del trámite de la recusación** que él formulara contra el Consejero Doctor GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 156 del Código de Procedimiento Civil.

Teniendo en cuenta que el artículo 152 del citado Código, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-390 del 16 de septiembre de 1993,

establece de manera expresa, que las providencias que se dicten en el trámite de recusación no son susceptibles de recurso alguno, es claro que el recurso de reposición interpuesto es improcedente y así ha debido declararlo la Sala.

CONSUELO SARRIA OLCOS

Fecha ut supra.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA/ECOPETROL-Régimen aplicable/**JURISDICCIÓN ORDINARIA/COMPETENCIA/JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA/JURISPRUDENCIA CONTRARIADA**

Confrontadas las sentencias contrariadas e impugnada, no encuentra esta Sala la oposición que predica el recurrente, antes bien, ambos proveídos coinciden cuando determinan que si los actos de las empresas industriales y comerciales son expedidos en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y la competencia para conocer de los mismos la tiene la jurisdicción ordinaria, pero cuando tales hechos o actos se produzcan en desarrollo o cumplimiento de actividades administrativas señaladas en la ley, la competente para conocerlos es la jurisdicciónde lo contencioso administrativo. Lejos de presentar argumentos tendientes a demostrar contradicción entre las providencias suplicada y citada como contentiva de la jurisprudencia agraviada, el suplicante se dedicó a expresar su desacuerdo con las razones que motivaron la expedición de la sentencia que hoy impugna, cuestionando la competencia que en el *sub-lite* le asistía al *ad-quem* para conocer, en grado de consulta, de la sentencia de primer grado; su facultad para, según dice, entrar a perjudicar la situación conquistada por el apelante único en la primera instancia y de como Ecopetrol recibió tratamiento de entidad sujeta al derecho público, a pesar de que la sentencia recurrida dijo no estar ante aspectos que, dicho sea de paso, en parte alguna mencionan las sentencias cotejadas.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA.

Referencia: Expediente No. S-403. Recurso Extraordinario de Súplica. Actor: JOSÉ DOMINGO DÍAZ DAZA Y OTRO.

Se resuelve el Recurso Extraordinario de Súplica interpuesto, por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Corporación el treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

ANTECEDENTES

1.- LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS.

Por conducto de apoderado, los señores José Domingo Díaz Daza y María Ruth, Lesme de Jesús, Clara Inés, Nohora María, Mercedes, Milena y Norma Elena Díaz Enciso, demandaron del Tribunal Administrativo de Santander, la declaratoria de responsabilidad de la Empresa Colombiana de Petróleos–ECOPETROL–por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la muerte de la señora Albertina Enciso Díaz ocurrida en Barrancabermeja, el 24 de enero de 1989, a causa de fallas graves en la atención médica recibida en el Hospital "Ismael Darío Rincón" de Ecopetrol, al ser sometida a una intervención quirúrgica (fls. 11-21 cdno. No. 1).

Iniciado el trámite de ley de la primera instancia, la empresa demandada solicitó la declaratoria de nulidad de la actuación procesal, a partir del auto admisorio de la demanda, aduciendo que el conocimiento de la presente acción era la jurisdicción civil (fls. 27-30 cdno. No. 1). Dicha petición fue despachada favorablemente por el A-quo (fls. 54-57 cdno. No. 1), considerando que, cuando el desarrollo de la prestación de un servicio, que le corresponde a una entidad, v. gr. asistencia médica para sus empleados o para las personas que dependan de estos, se infiere algún daño "..nos encontramos frente a una de las funciones administrativas propias y obligatorias que corresponden a los institutos descentralizados". Recurrida esta decisión por vía de apelación (fls. 58-59 cdno. No. 1), el recurso fue denegado por improcedente (fls. 61-63 cdno. No. 1).

2.-) EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

Cumplido el trámite de ley, el *a-quo* dictó sentencia favorable a las pretensiones de la demanda (fls. 478-500 cdno. No. 1), con base en las consideraciones que seguidamente se resumen:

Al evaluar la calidad de la atención médica–en el proceso de inducción anestésica–prestada a la señora Albertina Enciso Díaz y examinar sus consecuencias, basadas en los conceptos científicos que obran en el expediente, el fallador de primera instancia concluyó que hubo falla en el servicio, dado que aparecía prueba en el sentido de que el

anestesiólogo, Dr. Héctor Ramón Velasco Cardona, al servicio de Ecopetrol, hubiera realizado las previsiones del caso, por el contrario, nada hizo dicho profesional para lograr una ejecución especializada y cuidadosa durante el proceso de inducción referido al no advertir la "...bradicardia sinusal que indicaba que la señora Enciso Díaz era una paciente de alto riesgo que requería un tratamiento especial con sometimiento a las medidas terapéuticas de protección y preparación para el mismo acto Anestésico".

Analizando dicha conducta constitutiva de falta en el servicio, para el Tribunal resulta inexcusable la ausencia de registro en la historia clínica de las condiciones en que se encontraba la paciente, la falta de valoración del médico tratante, así como del registro al momento de inducción anestésica. Todo indica que se omitieron los estudios necesarios para el caso, lo cual generó una conducta impropia al enfrentar la emergencia presentada, cuando la paciente entró en paro cardiorespiratorio, presentando "estado de shock cardiovascular severo, hipoxcia generalizada, situación clínica que se mantuvo durante un tiempo prolongado ante la baja capacidad de resistencia a este tipo de lesión para el tejido cerebral lo que terminó finalmente en el deceso de la paciente".

En las condiciones descritas el *a-quo* concluyó que, existían suficientes bases para considerar la responsabilidad de Ecopetrol, por la muerte de Albertina Enciso Díaz.

3.-) LOS RECURSOS DE APELACIÓN.-

La sentencia fue apelada por la partes. La demandante se mostró inconforme con la compensación económica de 350 gramos oro, que el a quo señaló que para cada uno de los hijos de la señora Enciso Díaz (fls. 502-513 cdno. No. 1); la demandada como apelante adhesiva (fls. 521-528 cdno. No.1), reiteró su tesis, en relación con la nulidad del proceso, aduciendo la falta de competencia de esta jurisdicción, dado que Ecopetrol no se abrogó o asumió de hecho, ni alguna ley o reglamento le atribuyó la función administrativa de prestar asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria a la población colombiana. Ecopetrol, señaló el recurrente, brinda esa asistencia a sus trabajadores y a los familiares de estos, con fundamento en un acuerdo convencional; en consecuencia, las controversias sobre responsabilidad en la atención médica deben ser analizadas y estudiadas con fundamento en los principios de responsabilidad civil y no con base en las teorías sobre responsabilidad del estado por falla del servicio.

Como segundo argumento de apelación, el apoderado de la demandada sostuvo que los actores no probaron el fundamento de hecho de sus pretensiones.

4.) LA SENTENCIA RECURRIDA EN SÚPLICA.-

La Sección Tercera de esta Corporación encontró demostrado en el proceso que, por el Decreto No. 062 de enero 20 de 1970 se aprobaron los estatutos de la Empresa Colombiana de Petróleos y que dentro del marco configurado por sus artículos 2o., 6o. y 7o., se imponía concluir que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es competente para conocer del conflicto de intereses que dio origen al presente proceso.

En la materia que se estudia, dijo el *ad-quem,* se ha predicado en forma reiterada la falta de competencia para conocer de los litigios en asuntos de responsabilidad extracontractual en que se demanda una empresa industrial y comercial del estado, citando en su apoyo providencia de julio 26 de 1990 (Exp. No. 5385. Actor: Luis Enrique Gallo, Consejero Ponente Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla).

Con base en las razones brevemente resumidas, la Sección Tercera de esta Corporación revocó la sentencia apelada y en su lugar resolvió declarar probada la excepción de falta de jurisdicción.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA

Estima el recurrente que la sentencia suplicada contraría la jurisprudencia contenida en las siguientes providencias (fls. 1-13 cdno. ppl).

Sentencia No. 240 de septiembre 6 de 1988. Consejero Ponente Dr. Amado Gutiérrez Velásquez. Expediente No. A-012. Actor: La Nación (fls. 26-29 cdno. ppl).

Auto de junio 21 de 1990. Consejero Ponente Dr. Miguel González Rodríguez. Expediente No. C-128. Actor: Sara Leal de Porras (fls. 51-56 cdno. ppl).

Sentencia de agosto 13 de 1990. Consejero Ponente Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente No. A-044. Actor: Aseguradora Colseguros S.A. (fls. 57-105 cdno. ppl).

Sentencia de junio 30 de 1989. Consejero Ponente Dr. Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente No. 5225 (fls. 30-50 cdno. ppl.).

1.) Sin determinar si corresponde a la parte contrariada, el suplicante extracta el siguiente aparte de la primera de las sentencias referidas:

> "...Así pues, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado están sujetas, salvo excepción expresa de la ley, al régimen del derecho privado, contándose entre tales excepciones... C) las específicas funciones administrativas que les asigna la ley, que por mandato del art. 31 del D. 3130 de 1968 quedan sujetas a la competencia de la jurisdicción administrativa...".
>
> "Para que la entidad demandada...pudiera gozar de los privilegios y prerrogativas procesales de la Nación sería necesaria norma expresa que así lo consagra..."

1.1.) El recurrente afirma que si Ecopetrol está sujeta al régimen de derecho privado, al no existir recurso de apelación interpuesto y sustentado contra la sentencia del Tribunal, la Sección Tercera no podía entrar a suplir esa falta, salvando a la entidad demandada que no quiso salvarse recurriendo en alzada; pero además manifiesta "si no estamos frente a funciones administrativas expresamente previstas en la ley..." de dónde se saca, entonces, que Ecopetrol deba ser tratada aquí como entidad sujeta al derecho público, y que el fallo del Tribunal, ante la inexistencia de apelación, tuviera que ser consultado?".

1.2.) La Sección Tercera revoca la sentencia de primer grado sin haber asumido el conocimiento del proceso en grado de consulta, es decir, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora como único apelante, resultó perjudicándola y salvando de la condena a una entidad sujeta al régimen de derecho privado; lo anterior resulta violatorio del artículo 31 de la Constitución Nacional (inc. segundo), disposición que "impide perjudiciar" la situación ya conquistada en la primera instancia por el apelante único.

1.3.) La Sección Tercera inicia su sentencia inhibitoria –al parecer– manifestando que no observa causal de nulidad, es decir que no observó falta de jurisdicción.

2.) Manifiesta el suplicante que, las tres jurisprudencias restantes se concatenan para concluir que la sentencia recurrida las viola todas.

2.1.) la providencia suplicada declara probada la excepción de falta de jurisdicción aduciendo, que el Consejo de Estado no es competente para conocer de los litigios en asuntos de responsabilidad extracontractual, en que sea demandada una empresa industrial y comercial del Estado; esta es una afirmación solitaria del fallo, pues simplemente reproduce entrecomillas los estatutos de Ecopetrol y algunos apartes jurisprudenciales para sustentar su anunciado preliminar y único.

Ese predicado genérico, es una conclusión injurídica que excede el que sobre el mismo punto ha señalado la Sala Plena, en cuanto no excluye, como hace la Sección Tercera, la posibilidad de que empresas industriales y comerciales del estado sean juzgadas, incluso en procesos de responsabilidad extracontractual, por esta Corporación.

2.2.) El Consejo de Estado y los Tribunales son los jueces de la Nación y de sus Entidades descentralizadas; sin embargo, cuando los actos y hechos de las empresas industriales y comerciales del Estado se realizan en desarrollo de sus actividades comerciales o industriales son de conocimiento de la justicia ordinaria, pero unos y otros son de conocimiento de esta jurisdicción – cuando se relacionan con funciones administrativas señaladas por la ley. Pregunta el recurrente, quién es competente para juzgar a una empresa industrial y comercial del estado, por actos o hechos que no encajan en sus actividades comerciales o industriales ni ley alguna los ha señalado dentro de las funciones administrativas que deban cumplir?

2.3.) El Consejo de Estado, por norma de principio, es el juez natural de la nación y de sus entidades descentralizadas; según la Sección Tercera de la misma Corporación, proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra, bienes y demás derechos y libertades, es función administrativa que la ley señala para toda entidad del Estado y ninguna, incluida Ecopetrol, puede creerse por fuera de ese precepto; luego no puede decirse que en el *sub-júdice* la demandada no incumplió función administrativa alguna señalada por la ley.

2.4.) La Sección Tercera ha dicho que, cuando una entidad asume de hecho una función que no le corresponde de ordinario, de todos modos responde administrativamente.

La salud es un servicio público que no presta Ecopetrol. tampoco le corresponde prestar seguridad social, si de hecho no hubiera asumido esas funciones, la demanda estaría dirigida contra la Nación –Ministerio de Salud Pública o, Departamento de Santander– Servicio Seccional de Salud, etc., pero ese servicio público lo prestó Ecopetrol en un hospital estatal de su propiedad, sujeto a la vigilancia de la Procuraduría y la señora Enciso Díaz murió en el marco de un acto médico-quirúrgico-anestesiólogo, por falla en la prestación de un servicio público que, como el de salud y seguridad social, Ecopetrol quiso asumir de hecho.

2.5.) La Sala Plena dice que, por el factor subjetivo "se fija la competencia en la Sala Contencioso del Consejo de Estado, para conocer, en única instancia, salvo los casos expresamente previstos en los artículos 131 y 132 del C.C.A., en donde juega la cuantía u otro factor como el territorial, de los asuntos en que sea parte la Nación o las entidades descentralizadas del orden nacional, en consideración a que el Consejo de Estado, por norma de principio, es el juez de la nación y de sus entes descentralizados..."

2.6.) La misma Sala Plena expresa que, conforme al artículo 31 del Decreto 3130 de 1968, los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; sin embargo, dicha norma señala que "aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos".

Anestesiar y someter a una cirugía a la paciente Albertina Enciso no es un acto inherente a las actividades industriales o comerciales de Ecopetrol, puesto que tal función no aparece en sus estatutos, pero como la realizó una entidad estatal, sometida al control disciplinario de la Procuraduría, encaja en el deber primario de protección que le debe el estado a la vida de las personas, o sea en la función administrativa primaria que toda entidad estatal, función que no es extralegal sino impuesta por la Constitución Política, luego, si Ecopetrol falló en el cumplimiento estricto de esa función, que no tenía que asumir pero quiso hacerlo, lo que hubo fue una falla en la prestación del servicio público de la salud y no un problema de responsabilidad civil meramente privada.

No es cierto entonces, como afirma la Sección Tercera, que en todos los casos sea la justicia ordinaria la competente para definir la responsabilidad extracontractual del estado, en tratándose de empresas industriales y comerciales del mismo.

Con base en lo anteriormente resumido, el suplicante solicitó la infirmación de la sentencia suplicada o, que se ordene a la Sección Tercera fallar de fondo teniendo en cuenta su condición de apelante único, o se declare en firme el fallo de Tribunal.

CONSIDERACIONES

1.-) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 (inc. primero) del C.C.A., esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de súplica interpuesto,

por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Corporación el 30 de junio de 1994. El escrito respectivo fue presentado en la forma y dentro del término que para el efecto establece, en su inciso segundo, el precepto mencionado (fls. 13 vto. cdno. ppl. y 554 cdno. No. 1).

2.-) EL FALLO IMPUGNADO FRENTE A LA PRIMERA DE LAS JURISPRUDENCIAS INVOCADAS COMO CONTRARIADAS.

La decisión suplicada tiene una doble fundamentación así:

2.1.) En primer lugar, los artículos 2o., 6o. y 7o., del Decreto 062 de enero 20 de 1970, disposiciones, que en su orden se refieren a la naturaleza jurídica de la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol, al objeto de la misma y a lo que puede hacer para el mejor cumplimiento del objeto.

La sentencia suplicada se refirió a las normas premencionadas en los siguientes términos:

> "...Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2o., "La Empresa Colombiana de Petróleos es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Petróleos, con personería jurídica, autonomía administrativa y dispositiva y, con patrimonio propio e independiente. En su organización interna y en sus relaciones con terceros, continuará funcionado como una sociedad de naturaleza mercantil, dedicada al ejercicio de las actividades propias de la industria y el comercio del petróleo y sus afines conforme a las reglas del derecho privado y a las normas contenidas en sus estatutos".
>
> "...Que según el artículo 6o., del citado estatuto Ecopetrol tiene por objeto:
>
> "a.-) La administración y manejo de todos los bienes muebles e inmuebles que revirtieron al Estado a la terminación de la antigua concesión de Mares y de los terrenos petrolíferos comprendidos en dicha Concesión y sus zonas aledañas determinadas en los Decretos 1070 de 1953 y 2390 de 1955. Sobre tales bienes tendrá, además, las facultades dispositivas previstas en la ley;
>
> "b.-) La administración, disposición, manejo y explotación de los campos petroleros, oleoductos, refinerías, estaciones de abastecimiento, terminales y en general de todos aquellos bienes muebles e inmuebles que el Estado adquiera por concepto de reversión de acuerdo con las leyesy contratos sobre petróleos;
>
> "c.-) La administración y explotación de los demás terrenos petrolíferos y mineros que el Gobierno le aporte o que la Empresa adquiera a cualquier título;
>
> "d.-) El desarrollo de cualesquiera actividades comerciales o industriales relacionadas con la extracción y el beneficio de los hidrocarburos, entendiéndose por tales el petróleo crudo y sus mezclas naturales y los elementos que lo acompañan o se

derivan de él; la celebración de toda clase de negocios en conexión con tales actividades y el desarrollo de operaciones subsidiarias o complementarias del objeto principal;

"e.-) El transporte y la distribución de hidrocarburos y sus derivados y afines;

"f.-) (sic) La preparación y adiestramiento, en el país o en el exterior, de personal vinculado o no a la Empresa, en todas las especialidades de la industria del petróleo y sus afines;

"h.-) Realizar los estudios técnicos, geológicos y económicos que el Gobierno le encomiende para el conocimiento de las reservas petrolíferas y mineras del país.

"i.-) Realizar cualquiera actos u operaciones, y celebrar toda clase de contratos o negocios petroleros y mineros que a juicio de la Junta Directiva, se relacionen con objeto y fines de la Empresa, tales como adquirir, gravar y enajenar bienes muebles o inmuebles; constituir y aceptar cauciones reales y personales; celebrar contratos de crédito; girar y negociar cualquier clase de instrumentos negociables; celebrar cualquier clase de negocios comerciales o civiles; solicitar, adquirir y negociar toda clase de concesiones, privilegios y títulos de propiedad, y desarrollar cualquier clase de actividad industrial relacionada directamente con su objeto.

"Artículo 7o. Para el mejor cumplimiento de su objeto, Ecopetrol podrá:

"a.-) Contratar con otras personas naturales o jurídicas, de derecho privado, o con otras entidades descentralizadas, la administración de cualesquiera de las actividades enumeradas en el artículo 6o.;

"b.-) Constituir, con participación de capital oficial o privado asociaciones *("farm-out")*, o compañías comerciales o industriales que se relacionen con el objeto de la Empresa o participar en las ya constituidas y adquirir y vender acciones o derechos en tales sociedades. Los sociedades que así se formen quedarán sometidas al derecho común y no gozarán de exención o privilegio alguno, salvo lo que dispongan las normas legales especiales".

De acuerdo con lo preceptuado en las normas transcritas, dijo el *ad-quem,* "...se impone concluir que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es competente para conocer del conflicto de intereses que dio origen al presente proceso".

2.2.-) El segundo de los fundamentos de la decisión impugnada remite al criterio jurisprudencial contenido en la providencia de julio 26 de 1990. Expediente No. 5385. Actor: Luis Enrique Gallo, Consejero Ponente Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla, de la que, el *ad-quem,* transcribió el aparte que a continuación se resume:

Aún cuando el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia han llegado a conclusiones similares, en cuanto se refiere a la jurisdicción competente para conocer de

los litigios en materia de responsabilidad extracontractual de las Empresas Induatriales y Comerciales del Estado, en relación con el tema debe tenerse en cuenta lo que la segunda de las Corporaciones mencionadas, expresó en su sentencia del 29 de marzo de 1990, con ponencia del magistrado Dr. Rafael Romero Sierra, toda vez que la Sección Tercera comparte en su integridad el contenido de dicha providencia.

El proveído mencionado alude al artículo 12 del C.P.C., en cuanto dispone que a la jurisdicción ordinaria corresponde "...todo asunto que no esté atribuido por ley a otras jurisdicciones y, el artículo 16 ibídem, al determinar la competencia de los jueces del Circuito, establece en su regla primera que a estos corresponde conocer de los procesos contenciosos, en que sea parte la nación; un departamento, una intendencia, una comisaría, un municipio, un establecimiento público, una empresa industrial y comercial de algunas de las anteriores entidades o una sociedad de economía mixta, salvo los que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa. El artículo 1 del C.C.A., dispone que los procedimientos administrativos se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y Contralorías Regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como las entidades privadas cuando unas y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de ese código, a todos ellos se les dará el nombre de autoridades. El artículo 82 *ibídem* determina que la Jurisdicción Contencioso Administrativa está instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas y de las privadas que cumplan funciones públicas, la que se ejercerá por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, de conformidad con la Constitución y la ley.

Según el artículo 6o., del Decreto 1050 de 1968, las empresas industriales y comerciales del Estado, son organismos creados por la ley o autorizados por esta que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial, conforme a las reglas de derecho privado –salvo las excepciones que consagra la ley– que tienen además personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa.

Según el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968 "Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional" los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del estado realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas de derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia; y aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos.

La doctrina[1] ha enseñado que las empresas industriales y comerciales del Estado han sido previstas para adelantar actividades en el campo empresarial, ya sea en situación

(1) Cita al Tratadista Álvaro Tafur Galvis. Las Entidades Descentralizadas. 3 edición. Págs. 144-145.

de monopolio, o en régimen concurrente con particulares. Teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades asignadas, parece normal que los actos que expidan o cumplan las empresas se sujeten al derecho privado. No obstante, las empresas del estado a más de las actividades industriales y comerciales, pueden tener encomendado el ejercicio de funciones estatales; por tal razón, el régimen aplicable a los actos que para el cumplimiento de estas actividades y funciones se lleven a cabo, será en unos casos de derecho privado y en otros de derecho público.

Cuando se trata de actos expedidos por tales empresas en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas de derecho privado y será competente para conocer de ellos la jurisdicción ordinaria; cuando los actos se realicen para el cumplimiento de funciones administrativas que a estas entidades hayan encomendado la ley, están sujetos al derecho público, son actos administrativos y contra ellos proceden los recursos gubernativos y la competencia para conocerlos corresponde al juez administrativo.

Además de los planteado por la Corte Suprema de Justicia, la Sección Tercera precisó que el régimen de las empresas industriales y comerciales expedido en 1968 refleja una clara decisión política en cuanto a la organización que debe tener la administración pública. Su deseo, expresado nítidamente en el artículo 6o., del Decreto 1050 y ratificado en el 31 del Decreto 3130, fue el de que los actos y hechos de tales empresas, en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, estuviesen sujetos a las reglas del derecho privado, por contraposición a los actos y hechos de otras entidades descentralizadas; ambas disposiciones son claras en tal sentido, así como en su deseo de que lo anterior fuese la regla general, con las solas excepciones que consagra la ley, excepciones que por lo mismo habrán de estar claramente consignadas en ésta. Así, las funciones administrativas que les sean atribuidas a las empresas industriales y comerciales del Estado, lo habrán de ser de manera específica, de tal manera que no quede duda de su naturaleza ni del alcance de las mismas. Solamente los actos y hechos que tales empresas realicen en desarrollo de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, serán administrativos y serán juzgados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Con base en los fundamentos referidos, el *ad-quem* declaró probada la excepción de falta de jurisdicción.

2.3.-) La primera de las providencias contentiva de la jurisprudencia que el suplicante estima contrarió la sentencia impugnada, resolvió un recurso extraordinario de anulación y al estudiar uno de sus cargos, analizó la naturaleza jurídica del ente Ferrocarriles Nacionales de Colombia, ubicándolo dentro de la categoría de empresa industrial y comercial del estado"...según la determinación de su naturaleza de entidad descentralizada del orden nacional que hace el artículo 1o., del Decreto 1242 de 1970, Estatuto Orgánico de los Ferrocarriles Nacionales", dicha normatividad, agregó la sentencia en comento, no consagra privilegios otorgados a la nación como el de inejecutabilidad de

los Ferrocarriles, por lo tanto concluyó que sí era procedente adelantar un juicio ejecutivo contra esa empresa industrial y comercial del estado.

La parte de la sentencia citada como contrariada señala que, salvo excepción de la ley, las empresas industriales y comerciales del estado están sujetas al régimen de derecho privado, contándose entre tales excepciones las funciones específicas que les atribuya la ley; dichas funciones por mandato del artículo 31 del Decreto 3130 de 1968 quedan sujetas a la competencia de la jurisdicción administrativa.

Confrontadas las sentencias contrariada e impugnada, no encuentra esta Sala la oposición que predica el recurrente, antes bien, ambos proveídos coinciden cuando determinan que si los actos de las empresas industriales y comerciales, son expedidos en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y la competencia para conocer de los mismos la tiene la jurisdicción ordinaria, pero cuando tales hechos o actos se produzcan en desarrollo o cumplimiento de actividades administrativas señaladas en la ley, la competente para conocerlos es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Siguiendo este derrotero, la sentencia suplicada consultó la norma aprobatoria de los estatutos de la Empresa Colombiana de Petróleos (D. 062/70), cuyo artículo 2o., la define como una empresa industrial y comercial del estado y después de relacionar las funciones que representan el objeto de su creación (art. 6o.) y las actividades que pueda ejecutar para el mejor cumplimiento del mismo (art. 7o.), concluyó en la falta de competencia de esta jurisdicción, para conocer del conflicto de intereses que dio origen al presente proceso de responsabilidad extracontractual por falla en la prestación de un servicio médico, extraño a las actividades empresariales que desarrolla la empresa industrial y comercial del estado, denominado Ecopetrol.

El mismo derrotero guió la sentencia cuyo contenido jurisprudencial se reputa contrariado, en cuanto al no encontrar norma expresa que consagrara en favor de una empresa industrial y comercial del estado –Ferrocarriles Nacionales– el privilegio legal de inejecutibilidad –que asiste a la nación– esta Sala concluyó en la viabilidad para adelantar una ejecución en contra de aquella, conforme a las reglas del derecho privado y de la jurisdicción ordinaria.

Y aún cuando las razones expuestas serían suficientes para determinar la improsperidad de este cargo, no sobra anotar que, lejos de presentar argumentos tendientes a demostrar contradicción entre las providencias suplicada y citada como contentiva de la jurisprudencia agraviada, el suplicante se dedicó a expresar su desacuerdo con las razones que motivaron la expedición de la sentencia que hoy impugna, cuestionando la competencia que en el sub-lite le asistía al *ad-quem* para conocer, en grado de consulta, de la sentencia de primer grado; su facultad para, según dice, entrar a perjudiciar la situación conquistada por el apelante único en la primera instancia y de como Ecopetrol recibió tratamiento de entidad sujeta al derecho público a pesar de que la sentencia recurrida dijo no estar ante

"...funciones administrativas expresamente previstas en la ley...", aspectos que, dicho sea de paso, en parte alguna mencionan las sentencias cotejadas.

Por las razones expuestas, el cargo no está llamado a prosperar.

3.-) EL FALLO IMPUGNADO A LAS DEMÁS JURISPRUDENCIAS INVOCADAS COMO CONTRARIADAS.

El suplicante comienza la sustentación de este cargo con la siguiente afirmación: "Las otras tres jurisprudencias se concatenan para concluir que, ciertamente, la sentencia las viola todas".

Una de las tres decisiones referidas, resolvió un conflicto de competencia suscitado entre los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y Boyacá; dicho proveimiento trata el tema de la competencia, en él aparece definida la mentada figura, relaciona los factores que la determinan y concluye que, para efectos de deteminarla en procesos de nulidad con restablecimiento de derecho de carácter laboral, no provenientes de un contrato de trabajo, promovidos contra la nación o sus entes descentralizados, debe tenerse en cuenta, el lugar donde el empleado o ex empleado público prestó, o debió prestar, sus servicios personales.

Con su afirmación, en el sentido de que, esta Sala no ha excluido –como dice haber hecho la Sección Tercera– la posibilidad de que empresas industriales y comerciales del estado sean juzgadas por esta Corporación, incluso en procesos de responsabilidad extracontractual y con el fin de demostrar violación de la jurisprudencia en este segundo caso, el suplicante relaciona, o concatea como él mismo afirma, al proveído de Sala Plena referido antes, uno de la Sección Tercera en el que se alude a la responsabilidad administrativa de las entidades, cuando asumen de hecho una función que de ordinario no les corresponde o, cuando la actividad cumplida está implícita en la función que el estado debe cumplir, queriendo demostrar que Ecopetrol asumió, de hecho, el servicio de salud pública debiendo, en consecuencia, responder por las faltas presentadas en el mismo.

Y siguiendo con su labor de concatenación, el suplicante se remite a la última de las jurisprudencias que dijo fueron desconocidas con el fallo impugnado para sostener que, el anestesiar y someter a cirugía a la paciente Albertina Enciso, constituye una función administrativa primaria que tiene toda entidad estatal que no es extralegal sino impuesta por la ley de leyes y como Ecopetrol falló en el cumplimiento de esa función, se estructuró una falla en la prestación de un servicio público.

Al igual que el primero, este segundo cargo tampoco está llamado a prosperar, en razón de que, como reiteradamente lo ha dicho esta Sala, la jurisprudencia que da origen al recurso de súplica corresponde a la interpretación adoptada, sobre un mismo tópico jurídico, por la antigua Sala de Negocios Generales o por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación, lo cual no aconteció en el *sub-júdice,* dado que el suplicante tomó

indistintamente tres providencias de la Sala Plena y de la Sección Tercera, en las que, por no existir identidad de temas jurídicos tomó lo necesario para estructurar una idea nueva, diferente del contenido de cada sentencia, y que es la que en última instancia constituye su punto de referencia –que no jurisprudencia– para cotejar con la sentencia que se suplica.

Lo anterior conduce a concluir que, lejos de constituir una sustentación encaminada a demostrar violación de la jurisprudencia de la Corporación, por parte de la sentencia recurrida en súplica, el recurrente presentó un alegato de conclusión cuya pretensión es demostrar que la Sección Tercera es competente para fallar un asunto de responsabilidad extracontractual en que es parte demandada una empresa industrial y comercial del Estado.

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

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de súplica interpuesto, por el aoderado de la parte demandante, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Corporación el 30 de junio de 1994.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y en firme este proveído vuelva el expediente al lugar de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día trece (13) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

DIEGO YOUNES MORENO
Presidente - Ausente

JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

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

ÁLVARO LECOMPTE LUNA
Salva Voto

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

YESID ROJAS SERRANO

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

CONSUELO SARRIA OLCOS

DENISE DUVIAU DE PUERTA

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN
Secretaria General

NOTA DE RELATORÍA: Se menciona la providencia de la Corte Suprema de Justicia de marzo 29 de 1990, Magistrado Ponente doctor Rafael Romero Sierra.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA/ECOPETROL-Naturaleza jurídica/**FALLA DEL SERVICIO MÉDICO/RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO/JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA (Salvamento de voto)**

Las empresas industriales y comerciales del Estado están sujetas al régimen de derecho privado y que las controversias que surjan entre una de ellas y los administrados son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, mas, sin embargo, admite que hay excepciones a esa regla como es la de las funciones administrativas que les ha asignado la ley (art. 31 decreto ley 3130 de 1968), las cuales se rigen por las normas y valoraciones del derecho público que caen en la órbita de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las empresas industriales y comerciales del Estado no son ruedas sueltas en el engranaje del mismo. Forman parte de su administración. Si se rigen por las reglas de derecho privado es porque sus actividades, semejantes o similares a las que realizan o llevan a cabo los particulares en desarrollo de su tráfico diario, ameritan ese tratamiento. Pero cuando la empresa realiza actividades que no corresponden al giro normal que le ha señalado la ley o ha sido autorizado por ella, asume el papel propio del Estado, cual es la prestación de servicios públicos que bien podría brindar directamente o a través de un establecimiento público y de allí que, si falla ese servicio en un evento determinado, debe responder del mismo modo en el que respondería el Estado, bajo las reglas del derecho público y en la órbita de la jurisdicción contenciosa administrativa. El giro normal de Ecopetrol es lo relacionado con la industria de petróleo y sus afines, por lo cual es apenas obvio que la labor consistente en que sus médicos y demás personal hospitalario sometan

a anestesia y a cirugía a pacientes que acuden a su clínica de Barrancabermeja no esté en el giro que se puede clasificar como industrial y comercial, es la prestación de un servicio público y si falla, como parece que falló en relación con la señora Albertina Enciso Díaz, Ecopetrol debe responder.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVARO LECOMPTE LUNA EN LA SENTENCIA DE CATORCE (14) DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO (1995), PROFERIDA POR LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL EXPEDIENTE NO. S-403 - RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA - ACTORES: JOSÉ DOMINGO DÍAZ DAZA Y OTROS.

Con el acostumbrado respeto hacia el criterio acogido por la ilustrada mayoría de la Sala, el suscrito sienta aquí su pensamiento acerca del asunto controvertido, al cual se condensa en el sentido de que el recurso extraordinario de súplica ha debido prosperar y, por consiguiente, ha debido infirmarse el fallo de 30 de junio de 1994, originario de la Sección Tercera de la Corporación. En consecuencia, la Sala ha debido asumir su papel de tribunal de segunda instancia y entrar a estudiar el fondo de la cuestión planteada, es decir, determinar si el Estado –a través de su ente Empresa Colombiana de Petróleos (ECOPETROL)– es o no responsable del fallecimiento de la señora Albertina Enciso Díaz ocurrido en el hospital que dicha empresa mantiene y opera en la ciudad de Barrancabermeja.

En efecto, la jurisprudencia de la Sala Plena que se dice contrariada según el recurrente (sentencia No. 240, 6 de septiembre de 1988, consejero ponente: Doctor Amado Gutiérrez Velásquez, expediente No. A-012, actor: La Nación) que la providencia transcribe en su aparte más destacado, recuerda que las empresas industriales y comerciales del Estado están sujetas al régimen de derecho privado y que las controversias que surjan entre una de ellas y los administrados son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, mas, sin embargo, admite que hay excepciones a esa regla como es la de las funciones administrativas que les ha asignado la ley (art. 31 decreto ley 3130 de 1968), las cuales se rigen por las normas y valoraciones del derecho público que caen en la órbita de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Precisamente lo que hizo la Sección Tercera en la sentencia recurrida fue lo contrario, pues se declaró inhibida por estimar que las actividades de la empresa industrial y comercial del Estado son de derecho privado, inclusive las que no corresponden al giro ordinario de sus negocios y gestiones, salvo que la ley, de manera expresa, establezca lo contrario y que, por ende, el conocimiento de los asuntos judiciales que tocan con la responsabilidad médica es de la jurisdicción ordinaria. De allí que en opinión del suscrito, la Sección Tercera adoptará doctrina contraria a la sostenida por la Sala Plena y de allí que debiera haber prosperado el recurso extraordinario de súplica en el caso que se examina.

Y ello es apenas lógico atendiendo la índole y los fines que persiguen esos organismos de la administración. Como los define el art. 6 del decreto 1050 de 1968, "son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

a) Personería jurídica;

b) Autonomía administrativa y

c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial." (subrayas fuera del texto).

En otras palabras, las empresas industriales y comerciales del Estado no son ruedas sueltas en el engranaje del mismo. Forman parte de su administración. Si se rigen por las reglas de derecho privado es porque sus actividades, semejantes o similares a las que realizan o llevan a cabo los particulares en desarrollo de su tráfico diario, ameritan ese tratamiento. Pero cuando la empresa realiza actividades que no corresponden al giro normal que le ha señalado la ley –o ha sido autorizado por ella–, asume el papel propio del Estado, cual es la prestación de servicios públicos que bien podría brindar directamente o a través de un establecimiento público y de allí que, si falla ese servicio en un evento determinado, debe responder del mismo modo en el que respondería el Estado, bajo las reglas del derecho público y en la órbita de la jurisdicción contenciosa administrativa. No se olvide que los bienes o fondos que constituyen el capital de una empresa industrial y comercial del Estado tienen la característica de ser públicos comunes y que también puede estar constituido por el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial. En este punto, no hay duda de que una empresa comercial e industrial del Estado es parte integrante de la administración.

Y es lo que ocurre en el caso *sub-lite*. El giro normal de ECOPETROL es lo relacionado con la industria del petróleo y sus afines, por lo cual es apenas obvio que la labor consistente en que sus médicos y demás personal hospitalario sometan a anestesia y a cirugía a pacientes que acuden a su clínica de Barrancabermeja no esté en giro que se puede clasificar como industrial y comercial, es la prestación de un servicio público y si falla, como parece que falló en relación con la señora Albertina Enciso Díaz, ECOPETROL debe responder.

Por todo lo anterior el suscrito se ha permitido salvar su voto en la adopción de la providencia que acaba de emitir la Sala Plena.

Cordialmente,

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

Fecha: junio 21 de 1995

SECCIÓN PRIMERA

SUBSIDIO FAMILIAR PARA EDUCACIÓN/CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR/IMPOSICIÓN DE NUEVAS OBLIGACIONES-Inexistencia/**APORTES RECAUDADOS POR LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR**-Distribución

Al disponer el artículo 4o. acusado que las Cajas de Compensación Familiar deben ofrecer a las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios programas de educación básica y media, en forma directa o contratada, observando la preferencia para los hijos de los trabajadores beneficiarios, no está haciendo más que reiterar el espíritu del legislador sin que se advierta, en manera alguna la imposición de nuevas obligaciones. Resulta evidente entonces que conforme a esta disposición existe un saldo de los aportes que recaudan las Cajas de Compensación Familiar, que tiene una destinación específica: ATENDER EL PAGO DEL SUBSIDIO EN SERVICIOS O EN ESPECIE, y dentro de ésta, la educación constituye una prioridad. Luego, lo que hace la norma acusada es precisar un porcentaje mínimo dentro de dicho saldo a fin de que se dé cabal cumplimiento a los mandatos del legislador.

APORTES RECAUDADOS POR LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR/RECURSOS PARAFISCALES-Destinación Específica/**SUBSIDIO FAMILIAR/PERSONAS A CARGO DEL TRABAJADOR/INTENSIDAD HORARIA/LÍMITE DE EDAD/EDUCACIÓN NO FORMAL**

Si bien es cierto que los aportes que recaudan las Cajas de Compensación Familiar tienen el carácter de recursos parafiscales, no lo es menos que conforme a las consideraciones precedentes no fue el Gobierno Nacional

sino el legislador quien dispuso expresamente la destinación de los mismos y con base en ella el reglamento precisó su porcentaje a fin de hacer efectivo el cumplimiento de la ley. Del texto de los artículos 1o. a 3o. acusados no se vislumbra la transgresión a que alude el acto. En efecto, el artículo 1o. no está modificando las personas a cargo del trabajador para efectos del pago del subsidio familiar pues claramente la norma se refiere a las que la Ley 21 de 1982, señala como tales. Y si bien es cierto que las normas cuestionadas incluyen con derecho al subsidio a los trabajadores beneficiarios y a las personas a su cargo que cursen estudios en las instituciones de educación no formal, aspecto éste que no previa la Ley 21 de 1982, no lo es menos que el artículo 39 de la Ley 115 de 1994, reglamentado por el Decreto contentivo de las normas acusadas, estatuyó que los estudios de educación no formal serán reconocidos para efectos del pago del subsidio familiar. No hubo variación por parte del artículo 2o. acusado de la intensidad horaria que había previsto la Ley 21 de 1982, ya que ésta en su artículo 28 estableció que deberá acreditarse, para efectos del pago del subsidio, la escolaridad en establecimiento docente aprobado con un mínimo de 4 horas diarias o de 80 mensuales. En este caso el artículo 28 de la Ley 21 de 1992 señaló un límite de 23 años cumplidos para estudiantes del nivel post secundario, intermedio o técnico. De tal manera que no puede afirmarse que la norma acusada varió los límites de edad previstos en aquel sino que, por el contrario, ajustó la nueva modalidad de educación a dicho límite máximo de 23 años.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3086. Acción: Nulidad. Actor: RAIMUNDO EMILIANI ROMÁN.

El ciudadano y abogado RAIMUNDO EMILIANI ROMÁN, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción que consagra el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad contra los artículos 1o. a 5o. del Decreto 1902 de 5 de agosto de 1994 "Por el cual se reglamentan los artículos 39 y 190 de la Ley 115 de 1994 sobre Subsidio Familiar para Educación No Formal y Programas de Educación Básica y Media de las Cajas de Compensación Familiar", expedido por el Gobierno Nacional.

I.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En este acápite de la demanda el actor endilga los siguientes cargos:

1o): Los atículos 4o. y 5o. acusados constituyen una extralimitación de la potestad reglamentaria consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política

y por consiguiente violan el artículo 150 numeral 1o. *ibídem*, que atribuye al Congreso la función de interpretar, reformar y derogar las leyes, pues restringen el régimen de autonomía dado a las Cajas de Compensación Familiar, imponen nuevas obligaciones y señalan una distribución adicional de sus recaudos, en contra de normas legales de superior jerarquía, que un simple Decreto no puede disponer so pretexto de su reglamentación.

2o): Los aportes que pagan los empleadores para el régimen del subsidio familiar son recursos parafiscales que no pueden distribuirse por las normas acusadas sin violar los artículos 150 numeral 12 y 338 de la Carta.

3o): Los artículos 1o. a 3o. modifican la regulación hecha por el artículo 28 de la Ley 21 de 1982, que establece cuáles son las personas a cargo y varían la intensidad horaria y los límites de edad allí previstos.

4o): Del contenido de los artículos 41, 43, 50, 54 y 62 de la Ley 21 de 1982 y parágrafo del artículo 1o. de la Ley 31 de 1984 se infiere que la propia ley, de manera reiterativa reconoce y respalda la capacidad de administración de los fondos de las Cajas de Compensación Familiar, a través de sus Consejos Directivos.

Esa capacidad implica necesariamente la libre selección o escogencia de los servicios que haya de prestar a los beneficiarios para el correspondiente pago del subsidio familiar y de la cuantía de la inversión que deba hacerse. Por eso cuando la ley estima que en la prestación de un servicio deba hacerse una determinada inversión de los fondos de las Cajas, ella misma fija esa cuantía. Si no lo hace, ello corresponderá exclusivamente a los Consejos Directivos en ejercicio de su esencial función administrativa.

Siendo la regla legal general la capacidad de las Cajas para fijar la cuantía de las inversiones, la ley puede restringirla expresamente cuando quiere que las Cajas inviertan una determinada cuantía o porcentaje y fija legalmente esa cuantía o porcentaje. Pero esto es excepcional y lo ha hecho la ley sólo en tres casos: (artículos, 43 de la Ley 21 de 1982 , 68 de la Ley 49 de 1990 y 240 de la Ley 100 de 1993.

La contribución para el sostenimiento de la Superintendencia de Subsidio Familiar está igualmente señalada por el artículo 19 de la Ley 25 de 1981.

Por lo anterior el artículo 5o. del Decreto acusado es ilegal.

La Ley 115 de 1994, reglamentada por el Decreto demandado, impuso a las Cajas la obligación indeterminada de estructurar programas de educación básica y media en forma directa o contratada, para los hijos de los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar, pero se abstuvo de señalar porcentaje o porción alguna pues entendió que ellos debían desarrollarse conforme a las disponibilidades, el régimen de autonomía administrativa y la prioridad de los programas prevista en el artículo 62 de la Ley 21 de 1982, modificado por los artículos 68 de la Ley 49 de 1990 y 240 de la Ley 100 de 1993. Por

consiguiente, el reglamento no puede ir más allá de la voluntad del legislador para determinar un porcentaje de destinación forzosa.

En los desarrollos legales del subsidio familiar un buen número de Cajas de Compensación Familiar tienen programas educativos que se desarrollan de acuerdo con la capacidad económica de cada institución y las necesidades regionales, y este régimen de libertad vigilada fue precisamente el que dejó vigente la Ley de educación que en ningún momento tuvo el propósito de reformar el régimen del subsidio familiar, materia ajena a su enunciado.

II.- TRÁMITE DE LA ACTUACIÓN

Mediante proveído de 27 de octubre de 1994 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos de las normas acusadas.

La Nación –Ministerio de Educación Nacional–, a través de apoderado contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones adujo, en síntesis, lo siguiente:

1o): Es de capital importancia en la reglamentación fijar los linderos entre crear y aplicar. No se pueden crear órdenes nuevas porque sería legislar, pero hay que hacer aplicable la ley. Si solamente se atiene a la orden legal que dice hay que invertir lo que sobre en educación, seguramente no sobrará nada. El reglamento puede decir que cierta cantidad de lo que sobre sin que sea menos de tal cantidad se invierta en educación y las cosas no han cambiado porque se cumple la ley sin que se esté legislando ya que se mantienen los mismos elementos: necesitados con derechos que deben ser atendidos; la prestación del servicio como un derecho; y quiénes deben prestar el servicio educativo.

En el caso que nos ocupa el sector de beneficiarios sigue siendo el mismo, pero se amplía la cobertura para quienes cursan estudios en las instituciones de educación no formal, oficiales y privadas, legalmente reconocidas por el Estado.

La educación no formal no es más que un calificativo a la educación que el Estado debe ofrecer a los Colombianos, conforme lo ordenan los artículos 67 y 68 de la Constitución Política.

En desarrollo de estas disposiciones fue expedida la Ley 115 de 1994 que incluye en el sistema educativo nacional los programas de educación no formal, que para el momento de expedición de la Ley 21 de 1982 eran apenas un comienzo para llegar a todos los sectores de la sociedad que tienen el derecho fundamental a la educación.

2o): La Ley 21 de 1982 modificó el régimen del Decreto 118 de 1957 para restringir la liberalidad de las Cajas en cuanto a la distribución de los recaudos y preservar el pago del subsidio en dinero.

La Ley 49 de 1990 se ocupó de restringir aún más las disposiciones de la Ley 21 de 1982, pues no dejó a la voluntad de las Cajas la conformación de planes de vivienda sino que los hizo obligatorios y les destinó un fondo de vivienda.

La Ley 100 de 1993 al tener en cuenta que no todas las Cajas estaban adelantando programas de salud, los tornó obligatorios.

La Ley 115 de 1994 determinó la obligación de las Cajas de contar con programas de educación básica y media.

3o): El Decreto acusado no interpreta la ley porque ésta es lo suficientemente clara. Simplemente la complementa y la hace operativa. No la reforma, porque no añade elementos que alteren su espíritu.

4o): No se vulnera la autonomía de las Cajas de Compensación porque en tratándose del servicio público de educación el Estado debe actuar para que éste se preste adecuadamente, tanto en cobertura como en calidad.

5o): En este caso no se trata de contribuciones parafiscales sino de aportes de acuerdo con la ley.

Los recursos que administran las Cajas no se originan en el Congreso como contribuciones y por lo tanto no son recursos fiscales.

Tales recursos son aportes que hacen las entidades con el fin de garantizar el servicio educativo para ciertos sectores sociales.

6o): La modalidad de personas beneficiadas es la misma: educandos de los niveles de básica primaria y secundaria y media. Lo que ocurre es que ingresan a esta modalidad de personas los de educación no formal, quienes adquieren el mismo status en virtud de la ley general de educación.

Es indispensable fijar el requisito de las 640 horas anuales por cuanto los educandos de educación no formal son en su mayoría personas de más de 23 años, que es la edad establecida por la Ley 21 de 1982, que se aplicaba solamente a la educación formal, cuyos educandos tienen las edades del ciclo educativo que se inicia a los 5 ó 6 años.

7o): Cuando las Cajas de Compensación no se ocupan de las actividades que son propias de su naturaleza privada, como es el caso de las funciones propias del Estado, la autonomía se restringe y deben someterse a las reglas que rigen la prestación de los servicios públicos.

8o): Ni la Ley General de Educación ni su Decreto Reglamentario tienen como propósito modificar el régimen del subsidio familiar. Su finalidad es garantizar la prestación del servicio educativo con calidad, cobertura y eficacia.

La Ley se ha ocupado de fijar proporciones matemáticas en la distribución de los recaudos cuando define un porcentaje de los ingresos, pero esto no significa que el reglamento no pueda definir proporciones del saldo resultante con el fin de asegurar el debido cumplimiento del mandato legal de establecer el pago en especie mediante el servicio de educación básica y media.

III-. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación estima que deben denegarse las súplicas de la demanda por cuanto basta una simple verificación de lo establecido en el inciso 2o. del artículo 28 de la Ley 21 de 1982 para concluir que cuatro horas diarias equivalen a 20 semanales, a 80 mensuales y a 640 en 8 meses, que es el año escolar.

En cuanto a la edad máxima indicada, tampoco se viola la ley porque la educación no formal tiene como finalidad, además del desarrollo de la personalidad, dar la capacitación para el desempeño artesanal, ocupacional y técnico (artículos 35 y ss de la Ley 115 de 1994) y los educandos en nivel intermedio y técnico, beneficiarios del subsidio entre 18 y 23 años ya están amparados por el inciso final del artículo 28 de la Ley 21 de 1982.

El artículo 4o. acusado se ciñó en su texto al artículo 190 de la Ley 115 de 1994.

IV-. LA DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Disponen las normas acusadas:

"Artículo 1o. Los trabajadores beneficiarios del régimen de subsidio a que se refiere la Ley 21 de 1992 (sic), darán derecho al subsidio familiar en dinero, especie y servicios, a las personas a su cargo, que cursen estudios en las instituciones de educación no formal oficiales y privadas, legalmente reconocidas por el Estado, previo el lleno de los requisitos que establece el artículo 18 de la citada ley".

"Artículo 2o. Los programas educativos no formales a que se refiere el artículo anterior, deberán tener una duración no inferior a 640 horas anuales y para dar derecho al subsidio familiar, los estudiantes no pueden sobrepasar la edad de veintitrés años cumplidos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 21 de 1982.

La calidad de estudiante para tales efectos, se demostrará con la certificación que expida el respectivo instituto de educación no formal, en donde debe indicarse la denominación, la duración del Programa, el número y la fecha del acto administrativo expedido por la Secretaría de Educación de la entidad territorial que otorgue la aprobación para su funcionamiento".

"Artículo 3o. Semestralmente y mientras el estudiante curse los estudios, deberá presentar una constancia expedida por la institución de educación no formal que

certifique la vigencia de la matrícula, para continuar con el derecho al subsidio familiar que le corresponda".

"Artículo 4o. A partir de la vigencia del presente Decreto, las Cajas de Compensación Familiar deben ofrecer a las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios programas de educación básica y media, administrados en forma directa o contratados con una institución educativa legalmente reconocida por el Estado, de acuerdo con su proyecto educativo institucional.

En los programas respectivos se indicarán los criterios de selección de los alumnos admitidos, de tal manera que se dé preferencia los hijos de los trabajadores beneficiarios de la Caja.

Parágrafo. Las Cajas de Compensación Familiar que actualmente vienen prestando el servicio de educación básica y media a través de establecimientos educativos de su propiedad, deberán garantizar que éste se brinde en forma prioritaria a los hijos de sus trabajadores beneficiarios".

"Artículo 5o. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior, las Cajas de Compensación Familiar destinarán con el carácter de subsidio en especie o en servicios, al menos el 10% del saldo previsto en el numeral 4o. del artículo 43 de la Ley 21 de 1982 y demás normas legales vigentes.

Los programas de educación básica y media serán ejecutados con los recursos previstos en este artículo, en forma, directa por la respectiva Caja, mediante convenio con instituciones especializadas o establecimientos educativos con reconocimiento oficial.

Pueden estar representados por otorgamiento de becas, cupos gratuitos en establecimientos educativos y programas de educación básica y media para adultos".

1.- Según el actor los artículos 4o. y 5o. del Decreto 1902 de 1994 restringen el régimen de la autonomía que tienen las Cajas de Compensación Familiar, imponen nuevas obligaciones y señalan una distribución adicional de sus recaudos, lo cual transgrede los artículos 189 numeral 11 y 150 numeral 1o. de la Constitución Política,

Sobre el particular cabe advertir que no le asiste razón al demandante. En efecto, conforme al artículo 190 de la Ley 115 de 1994 "Las cajas de compensación familiar tendrán la obligación de contar con programas de educación básica y educación media en forma directa o contratada. En estos programas participarán prioritariamente los hijos de los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar".

Significa lo anterior que al disponer el artículo 4o. acusado que las Cajas de Compensación Familiar deben ofrecer a las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios programas de educación básica y media, en forma directa o contratada,

observando la preferencia para los hijos de los trabajadores beneficiarios, no está haciendo más que reiterar el espíritu del legislador sin que se advierta, en manera alguna la imposición de nuevas obligaciones.

En lo tocante al artículo 5o. estima la Sala que tampoco está señalando una distribución adicional de los recaudos de las Cajas. En efecto, el artículo 43 de la Ley 21 de 1982 estableció unos porcentajes para la distribución de los aportes recaudados por las Cajas de Compensación Familiar por concepto del subsidio familiar, así: 55% como mínimo para el pago del subsidio familiar en dinero; hasta un 10% para gastos de instalación, administración y funcionamiento; hasta un 3% para la construcción de la reserva legal de fácil liquidez; y dispuso que el saldo se apropiará para las obras y programas sociales que emprendan dichas Cajas con el fin de atender el pago del subsidio en servicios o especie, descontados los aportes que señala la ley para el sostenimiento de la Superintendencia de Subsidio Familiar,

Resulta evidente entonces que conforme a esta disposición existe un saldo de los aportes que recaudan las Cajas de Compensación Familiar, que tiene una destinación específica: ATENDER EL PAGO DEL SUBSIDIO EN SERVICIOS O EN ESPECIE, y dentro de ésta, la educación constituye una prioridad. Luego, lo que hace la norma acusada es precisar un porcentaje mínimo dentro de dicho saldo a fin de que se dé cabal cumplimiento a los mandatos del legislador.

Distinto sería que la Ley no hubiera previsto saldo alguno para atender dicho subsidio pues en ese caso indudablemente podría afirmarse que se está haciendo una distribución ADICIONAL de los recaudos, pero del texto de la norma acusada confrontado con el del precepto legal no se infiere tal aserto.

Por lo anterior no está llamado a prosperar el cargo en estudio como tampoco el cargo 4o., que guarda íntima relación con éste.

2-. En lo concerniente al cargo 2o. estima la Sala que no tiene vocación de prosperidad ya que si bien es cierto que los aportes que recaudan las Cajas de Compensación Familiar tienen el catrácter de recursos parafiscales, no lo es menos que conforme a las consideraciones precedentes no fue el Gobierno Nacional sino el legislador quien dispuso expresamente la destinación de los mismos y con base en ella el reglamento precisó su porcentaje a fin de hacer efectivo el cumplimiento de la ley.

3-. Preceptúa el artículo 28 de la Ley 21 de 1982:

> "Los hijos legítimos, los naturales, los adoptivos, los hijastros y los hermanos huérfanos de padre se considerarán personas a cargo hasta la edad de dieciocho (18) años.
>
> Sin embargo, a partir de los doce (12) años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente oficialmente aprobado con un mínimo de cuatro (4) horas diarias o de ochenta (80) mensuales.

Cuando la persona a cargo sobrepase la edad de dieciocho (18) años y empiece o esté haciendo estudios postsecundarios, intermedios o técnicos dará lugar a que por él se pague el subsidio familiar, hasta la edad de 23 años cumplidos, acreditando la respectiva calidad de estudiante post-secundario, intermedio o técnico".

Del texto de los artículos 1o. a 3o. acusados no se vislumbra la transgresión a que alude el actor. En efecto, el artículo 1o. no está modificando las personas a cargo del trabajador para efectos del pago del subsidio familiar pues claramente la norma se refiere a las que la Ley 21 de 1982 señala como tales. Y si bien es cierto que las normas cuestionadas incluyen con derecho al subsidio a los trabajadores beneficiarios y a las personas a su cargo que cursen estudios en las instituciones de educación no formal, aspecto éste que no preveía la Ley 21 de 1982, no lo es menos que el artículo 39 de la Ley 115 de 1994, reglamentado por el Decreto contentivo de las normas acusadas, estatuyó que los estudios de educación no formal serán reconocidos para efectos del pago del subsidio familiar.

De otra parte, como lo advirtió la Procuradora Delegada en su concepto, no hubo variación por parte del artículo 2o. acusado de la intensidad horaria que había previsto la Ley 21 de 1982, ya que ésta en su artículo 28 estableció que deberá acreditarse, para efectos del pago del subsidio, la escolaridad en establecimiento docente aprobado con un mínimo de 4 horas diarias o de 80 mensuales.

Luego, al referirse la norma en estudio a 640 horas no hizo más que una proyección ANUAL de las 4 horas diarias u 80 horas mensuales, que corresponden, en síntesis, a 8 meses de año escolar, descontado el período de vacaciones.

En cuanto al límite de edad cabe tener en cuenta que la Ley 115 de 1994 previó el su artículo 39 que los estudios de educación no formal fueran reconocidos para efectos del pago del subsidio familiar "conforme a las normas vigentes".

En este caso el artículo 28 de la Ley 21 de 1982 señaló un límite de 23 años cumplidos para estudiantes del nivel post secundario, intermedio o técnico. De tal manera que no puede afirmarse que la norma acusada varió los límites de edad previstos en aquél sino que, por el contrario, ajustó la nueva modalidad de educación a dicho límite máximo de 23 años.

Lo anterior conduce a la Sala a desestimar las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Devuélvase al actor la suma de dinero depositada para gastos del proceso.

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 su sesión de fecha 20 de abril de 1995.

LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

REAJUSTE DE MATRÍCULAS PENSIONES Y COBROS PERIÓDICOS DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS/PACTO SOCIAL/CONSEJOS DIRECTIVOS/REPRESENTANTES DE LOS PADRES DE FAMILIA-Funciones/**SUSPENSIÓN PROVISIONAL**-Improcedencia

Del texto del artículo 2o. de la Resolución 8480 de 1994 se infiere que el Ministerio de Educación Nacional, tuvo en cuenta para efectos del reajuste en matrículas, pensiones y cobros periódicos, la tasa de inflación del 18% proyectada por el Gobierno Nacional para 1995. Sin embargo, prima facie no vislumbra la Sala la transgresión del artículo 202 de la Ley 115 de 1994 sino que, por el contrario, es menester dilucidar, entre otros aspectos, si los parámetros que tuvo en cuenta el Gobierno Nacional para poner en marcha el denominado "Pacto Social", acogidos por la citada Resolución, encuadran o no dentro de algunos criterios previstos en el artículo 202 de la referida Ley, y particularmente al que se contrae el literal b), esto es, si sujetar los reajustes a la tasa de inflación del 18% proyectada por el Gobierno Nacional para 1995 puede obedecer o no a un principio de solidaridad social o redistribución económica para brindar mejores oportunidades de acceso y permanencia en el servicio a los usuarios de menores ingresos. En cuanto al cargo que se le hace al numeral 3o. del documento anexo incorporado a la Resolución antes citada, estima la Sala que no basta la simple confrontación de dicha norma con la disposición contenida en el artículo 202 de la Ley 115 de 1994 sino que se hace necesario realizar un estudio coordinado con otras normas consagradas en la misma Ley, verbi-gracia con los artículos 142 a 144, en orden a precisar cuál es el papel que desempeñan los Consejos Directivos y los representantes de los padres de familia en el gobierno escolar

de las instituciones educativas privadas y estatales y qué alcance tiene la facultad establecida para los voceros de los estamentos que constituyen la comunidad educativa de presentar sugerencias para la toma de decisiones, entre otras, de carácter financiero (artículo 142 inciso 3o.), así como las previstas para los Consejos Directivos en los literales a), e) y n) del artículo 144 relativas a tomar decisiones que afecten el funcionamiento de la institución; asumir la defensa y garantía de los derechos de toda la comunidad educativa cuando alguno de sus miembros se sienta lesionado; y aprobar el presupuesto de ingresos y gastos de los recursos propios. Los aspectos antes reseñados impiden a la Sala acceder a la medida de suspensión provisional del mencionado numeral.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. MIGUEL GONZÁLEZ RODRIGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3271. Acción: Nulidad. Actora: FEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS DOCENTES -CONACED-.

La FEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS DOCENTES -CONACED-, a través de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, de las siguientes normas:

a): El artículo 2o. de la Resolución No. 8480 de 18 de noviembre de 1984 "Por la cual se adopta el reglamento general para autorizar reajustes de tarifas de matrículas, pensiones y cobros periódicos a los establecimientos educativos privados y estatales de educación formal y no formal", expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

b): El apatre I A del documento anexo de la Resolución No. 8480 de 18 de noviembre de 1994.

c): Los numerales 2o., literales a), b) y f) y 3o. del documento anexo incorporado a la Resolución anterior.

d): Los incisos 2o. y 4o, del literal E del documento anexo incorporado a la Resolución anterior.

Como la demanda rúune los requisitos legales habrá de admitirse en la parte resolutiva de esta providencia.

I.- LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En el mismo escrito de la demanda, en acápite especial, la actora solicita la medida precautelativa aduciendo en síntesis, lo siguiente:

1o): El artículo 2o. de la Resolución No. 8480 de 1994 desconoce el artículo 202 de la Ley 115 de 1994, porque el considerando 4o. de la misma es claro en afirmar que el Gobierno Nacional fija los criterios para el incremento de los costos educativos para el presente año en las orientaciones del llamado Pacto Social y no se basó en el citado artículo de la Ley 115 de 1994, que es la norma que autoriza al Gobierno para reglamentar y autorizar el establecimiento o reajuste de tarifas de matrículas y pensiones.

Por las mismas razones el documento anexo de la Resolución (numeral 3o. literal a) desconoce el artículo 202 de la Ley 115 de 1994.

2o): El aparte I A del anexo de la referida Resolución es violatorio del artículo 202 de la Ley 115 de 1994 porque si bien es cierto que en dicho anexo se dijo que los establecimientos educativos a partir del mes de enero de 1995, ingresarían al régimen controlado, la Resolución ni el anexo se fundamentaron en los criterios legales para el cálculo de tarifas y no se exigieron a los establecimientos educativos privados los registros contables para establecer los costos y determinar los cobros correspondientes.

El Ministerio de Educación sólo se limita a definir lo que son los cobros de matrículas y de pensiones y otros cobros, pero nada más.

3o): El numeral 2o. del documento anexo de la Resolución No. 8480 de 1.994 en los literales a) y b) desconoce el artículo 202 de la Ley 115 de 1994 porque es precisamente esta norma la que fija y determina los criterios para el cálculo de las tarifas de matrículas y pensiones y cobros periódicos, originados en la prestación del servicio educativo. Luego, el Ministerio no puede desconocer olímpicamente la Ley.

4o): El numeral 3o. del documento anexo de la Resolución No. 8480 de 1994 conculca el numeral 3o. del artículo 202 de la Ley 115 de 1994 porque conforme a esta norma corresponde a la autoridad competente, el Ministerio de Educación Nacional, fijar las tarifas al establecimiento educativo cuando lo considere necesario, nó a los padres de familia ni al Consejo Directivo.

5o): El literal E en sus incisos 2o. y 4o. del anexo de la Resolución acusada desconoce el inciso final del artículo 202 de la Ley 115 de 1994 porque faculta a las Secretarías de Educación para verificar si los reajustes que hagan los establecimientos educativos se sujetan a la Resolución No. 8480; demandar las modificaciones a que haya lugar; y objetar el incremento que se haya hecho por encima de la tasa de inflación. La Ley 115 de 1994 en su artículo 202 en parte alguna faculta al Ministerio para atribuir facultades a los Secretarios de Educación, como las que se acaban de mencionar, sino solamente para hacer evaluaciones, valoraciones y estimaciones periódicas que permitan revisar o examinar el régimen que opera en el establecimiento educativo para modificarlo parcial o totalmente, si es el caso.

II.- LA DECISIÓN

Para resolver se considera:

Disponen las normas acusadas en sus partes pertinentes:

Artículo 2o. de la Resolución No. 8480 de 1994:

"Para todos los efectos derivados de la aplicación del reglamento general que se adopta mediante esta Resolución se acoge la tasa de inflación del dieciocho por ciento (18%) proyectada por el Gobierno Nacional para 1995".

Aparte I A del anexo incorporado a la Resolución anterior:

"Todos los establecimientos educativos privados de educación preescolar en el grado obligatorio, educación básica en los ciclos de primaria y secundaria y de educación media que inicien el año académico a partir del mes de enero de 1995, ingresarán al Régimen Controlado definido en el numeral 3o. del articulo 202 de la Ley 115 de 1994, según el cual el Ministerio de Educación Nacional reglamenta y autoriza el reajuste de tarifas de matrículas, pensiones y cobros periódicos.

Según se precisa en el literal F de este documento, la medida anterior es de carácter transitorio y excepcional hasta el primero de julio de 1995, fecha para la cual el Ministerio de Educación Nacional, tendrá definido el reglamento específico para que los establecimientos educativos privados puedan ingresar a los regímenes establecidos en la Ley 115 de 1994, teniendo en cuenta que esta ley dejó sin vigencia las disposiciones que anteriormente regulaban esta materia y que le fueran contrarias".

Numeral 2o. del documento anexo a la Resolución antes señalada:

"Los valores a cobrar en los establecimientos educativos privados serán los siguientes:

a) Para el valor de la matrícula, la base tarifaria definida en el numeral anterior de este documento, incrementada en la tasa de inflación proyectada para 1995 por el Gobierno Nacional y definida en la Resolución 8480 de 1994;

b) Para la pensión mensual, la base definida en el numeral anterior de este documento, incrementada en la tasa de inflación proyectada para 1995 por el Gobierno Nacional y definida en la Resolución 8480 de 1994. La suma resultante será dividida en cuotas partes iguales para ser cobradas mensualmente durante el año académico en un período mínimo de diez (10) meses.

f) Para otros cobros, la base definida en el numeral anterior de este documento, incrementada en la tasa de inflación proyectada para 1995 por el Gobierno Nacional y definida en la Resolución 8480 de 1994".

Numeral 3o. del documento anexo a la Resolución antes citada:

"El establecimiento educativo privado podrá aplicar a las bases tarifarias del valor de la matrícula y de la pensión mensual aquí señalados, un moderado incremento porcentual por encima de la tasa de inflación proyectada para 1995 por el Gobierno Nacional, siempre y cuando ello se justifique para mejorar significativamente la calidad del servicio educativo que presta y facilitar la aplicación de las disposiciones establecidas por la Ley 115 de 1994 y el Decreto Reglamentario 1860 de 1994. Este incremento deberá ser definido por votación mayoritaria del Consejo Directivo del establecimiento y con el voto afirmativo de los representantes de los padres de familia en dicho órgano del Gobierno Escolar...".

Incisos 1o. y 3o, del literal E del anexo incorporada a la citada Resolución:

"...Las secretarías podrán verificar si los reajustes hechos se encuentran dentro del marco regulado en este documento y solicitar al establecimiento educativo las modificaciones pertinentes que deberán ser comunicadas en la misma forma arriba indicada".

"...En este evento, el incremento por encima de la tasa de inflación ya anotada, sólo podrá entrar en vigencia si no es objetado por el Secretario de Educación respectivo, dentro de los treinta (30) días siguientes a su remisión".

El texto del artículo 202 de la Ley 115 de 1994 es del siguiente tenor:

"Costos y tarifas en los establecimientos educativos privados. Para definir las tarifas de matrículas, pensiones y cobros periódicos originados en la prestación del servicio educativo, cada establecimiento educativo de carácter privado deberá llevar los registros contables necesarios para establecer los costos y determinar los cobros correspondientes.

Para el cálculo de tarifas se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a. La recuperación de costos incurridos en el servicio se hará mediante el cobro de matrículas, pensiones y cobros periódicos que en su conjunto representen financieramente un monto igual a los gastos de operación, a los costos de reposición, a los de mantenimiento y reservas para el desarrollo futuro y, cuando se trate de establecimientos con ánimo de lucro, una razonable remuneración a la actividad empresarial. Las tarifas no podrán trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente;

b. Las tarifas podrán tener en cuenta principios de solidaridad social o redistribución económica para brindar mejores oportunidades de acceso y permanencia en el servicio a los usuarios de menores ingresos;

c. Las tarifas establecidas para matrículas, pensiones y cobros periódicos deberán ser explícitas, simples y con denominación precisa. Deben permitir una fácil

comparación con las ofrecidas por otros establecimientos educativos que posibilite al usuario su libre elección en condiciones de sana competencia, y

d. Las tarifas permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios.

El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación Nacional y atendiendo los anteriores criterios, reglamentará y autorizará el establecimiento o reajuste de tarifas de matrículas, pensiones y cobros periódicos dentro de uno de los siguientes regímenes:

1. Libertad regulada, según el cual los establecimientos que se ajusten a los criterios fijados por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación Nacional, sólo requieren para poner en vigencia las tarifas, comunicarlas a la autoridad competente con 60 días calendario de anticipación, acompañadas del estudio de costos correspondiente. Las tarifas así propuestas podrán aplicarse, salvo que sean objetadas.

2. Libertad vigilada, según el cual los diferentes servicios que ofrece un establecimiento serán evaluados y clasificados en categorías por el Ministerio de Educación Nacional, en cuyo caso las tarifas entrarán en vigencia sin otro requisito que el de observar los rangos de valores preestablecidos para cada categoría de servicio, por la autoridad competente.

3. Régimen controlado, según el cual la autoridad competente fija las tarifas al establecimiento educativo privado, bien por sometimiento voluntario de éste o por determinación del Ministerio de Educación Nacional, cuando lo considere necesario para evitar abusos del régimen de libertad.

El Ministerio de Educación Nacional, en coordinación con las entidades territoriales, hará evaluaciones periódicas que permitan la revisión del régimen que venga operando en el establecimiento educativo para su modificación total o parcial".

Ciertamente, del texto del artículo 2o. de la Resolución 8480 de 1994 se infiere que el Ministerio de Educación Nacional tuvo en cuenta para efectos del reajuste en matrículas, pensiones y cobros periódicos, la tasa de inflación del 18% proyectada por el Gobierno Nacional para 1995. Sin embargo, *prima facie* no vislumbra la Sala la transgresión del artículo 202 de la Ley 115 de 1994 sino que, por el contrario, es menester dilucidar, entre otros aspectos, si los parámetros que tuvo en cuenta el Gobierno Nacional para poner en marcha el denominado "Pacto Social", acogidos por la citada Resolución, encuadran o no dentro de algunos de los criterios previstos en el artículo 202 de la referida Ley, y particularmente al que se contrae el literal b), esto es, si sujetar los reajustes a la tasa de inflación del 18% proyectada por el Gobierno Nacional para 1995 puede obedecer o no a un principio de solidaridad social o redistribución económica para brindar mejores oportunidades de acceso y permanencia en el servicio a los usuarios de menores ingresos.

Como ello no es propio de efectuar en esta etapa inicial del proceso sino en la sentencia que dirima la controversia, habrá de denegarse la medida precautelativa impetrada con fundamento en los cargos 1o. a 3o.

En cuanto al cargo que se le hace al numeral 3o, del documento anexo incorporado a la Resolución antes citada, estima la Sala que no basta la simple confrontación de dicha norma con la disposición contenida en el artículo 202 de la Ley 115 de 1994 sino que se hace necesario realizar un estudio coordinado con otras normas consagradas en la misma Ley, *verbi-gracia* con los artículos 142 a 144, en orden a precisar cuál es el papel que desempeñan los consejos Directivos y los representantes de los padres de familia en el gobierno escolar de las instituciones educativas privadas y estatales y qué alcance tiene la facultad establecida para los voceros de los estamentos que constituyen la comunidad educativa de presentar sugerencias para la toma de decisiones, entre otras, de carácter financiero (artículo 142 inciso 3o.), así como las previstas para los Consejos Directivos en los literales a), e) y n) del artículo 144, relativas a tomar decisiones que afecten el funcionamiento de la institución; asumir la defensa y garantía de los derechos de toda la comunidad educativa cuando alguno de sus miembros se sienta lesionado; y aprobar el presupuesto de ingresos y gastos de los recursos propios.

Los aspectos antes reseñados impiden a la Sala acceder a la medida de suspensión provisional del mencionado numeral.

Finalmente, y en lo tocante al cargo que se le imputa a los incisos 2o. y 4o, del literal E *ibídem,* también considera la Sala la necesidad de analizar coordinamente otras disposiciones de la Ley 115 de 1994, diferentes del artículo 202 invocado como quebrantado, tales como los artículos 151 y 152 que asignan funciones a las Secretarías de Educación, en orden a determinar si las señaladas en las normas acusadas enmarcan o no dentro de las relacionadas en tales disposiciones, lo cual no coincide con los lineamientos señalados en el artículo 152 del C.C.A. para la procedencia de la medida precautelativa.

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

RESUELVE:

1o): ADMÍTESE la demanda promovida por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS DOCENTES -CONACED-, a través de apoderado. En consecuencia, se dispone:

a): NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia a la Procuradora Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación.

b): NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia, con entrega de copias de la demanda y sus anexos, al señor Ministro de Educación Nacional.

c): FÍJESE el proceso en lista por el término de cinco (5) días para los efectos previstos en los artículos 207-5 y 208 del C.C.A.

d): DEPOSITE la actora en la Secretaría de la Sección la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo) para atender los gastos ordinarios del proceso.

e): SOLICÍTESE a la Secretaría General del Ministerio de Educación Nacional el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado.

2o): DENIÉGASE la solicitud de suspensión provisional impetrada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 20 de abril de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

ACTO ADMINISTRATIVO/FALTA DE COMPETENCIA/CONVALIDACIÓN DEL ACTO-Inexistencia/**IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY/ACTO INSANEABLE**

La recurrente en el escrito contentivo del recurso formula un nuevo argumento: el relativo a la convalidación del acto por ilegalidad sobreviniente, que tampoco es de recibo de éste. En efecto, en este caso el Alcalde Mayor de Santiago de Cali expidió el acto acusado con fundamento en el artículo 1o. del Decreto Ley No. 80 de 1987, que atribuía, entre otros, a los municipios la función de señalar el número de vehículos tipo taxi que podían ingresar anualmente en el territorio de su jurisdicción, Decreto éste que, como se dijo, había sido derogado desde antes de la expedición de aquel; y en el Decreto Especial No. 209 de 1992, cuyo parágrafo 1o. del art. 1o. fue declarado nulo por esta Corporación en sentencia del 11 de diciembre de 1992, decisión ésta que produce efectos jurídicos desde el nacimiento o génesis del acto, dictando con sustento en el mismo. Cuando lo que afecta un acto administrativo, como en el caso sub examine, es la falta de competencia, no se puede considerar que la nueva ley, en este caso la Ley 105 de 1993 y su Decreto Reglamentario No. 1916 de 1994, hayan convalidado el acto acusado por cuanta dicha competencia, por ser un elemento esencial del mismo, impide que la ley tenga operancia retroactiva dando pues lugar a un acto radicalmente nulo o insaneable.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 2639. Recurso de apelación contra la sentencia de 16 de septiembre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Actor. FABIÁN VARGAS CONCHA.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la apoderada del Municipio de Santiago de Cali contra la sentencia de 16 de septiembre de 1994, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que declaró la nulidad del Decreto No. 1749 de 28 de diciembre de 1992 "POR EL CUAL SE ESTABLECE LA CAPACIDAD TRANSPORTADORA DE VEHÍCULOS TIPO AUTOMÓVIL O TAXI", expedido por el Alcalde Mayor de dicho Municipio.

I-. ANTECEDENTES

I-1.- El ciudadano y abogado FABIÁN VARGAS CONCHA, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca con el fin de que mediante sentencia se declarará la nulidad del Decreto No. 1749 de 28 de Diciembre de 1992; expedido por el Alcalde Mayor de Santiago de Cali.

I.2.- En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1o): El Decreto acusado violó el parágrafo del artículo 1o. de la Ley 15 de 1959, expedida en desarrollo de los artículos 30, 32 y 39 de la Constitución de 1886, porque la Ley no reguló lo atinente al ingreso de vehículos clase taxi municipal a las diferentes ciudades del país.

2o): El artículo 13 de la Ley 12 de 1986 confirió facultades extraordinarias al Gobierno por un año para asignar funciones de las que correspondían a las entidades descentralizadas nacionales, a los departamentos y municipios. En desarrollo de esta Ley se expidió el Decreto Ley No. 80 de 1987, que en su artículo 1o. asignó al Distrito Especial de Bogotá y a los Municipios la función de señalar el número de vehículos tipo taxi que pueden ingresar anualmente al servicio público del transporte en el territorio de su Jurisdicción, Decreto Ley que fue reglamentado por el Decreto No. 265 de 1988, dictado con fundamento en el ordinal 3o. del artículo 20 de la Constitución de 1886 y de la Ley 15 de 1959.

El Decreto No. 0493 de 1990, expedido en ejercicio de las facultades conferidas en la Ley 15 de 1959, por lo cual tenía el carácter de Decreto Especial, derogó expresamente el Decreto No. 265 de 1988 (artículo 58). Es el Estatuto para el servicio público de transporte municipal en vehículos tipo automóvil o taxi y dada su naturaleza especial y por regular íntegramente la materia a que se referían el Decreto Ley No. 80 de 1987 y su reglamento el Decreto No. 265 de 1988, deben entenderse derogados tácitamente éstos

por aquél, conforme a la regla de hermenéutica consagrada en el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887.

3o): El Decreto Especial No. 236 de 1991, dictado con base en la Ley 15 de 1959, derogó expresamente los artículos 17 a 20, 23 y 30 literal b) del Decreto No. 0493 de 1990 y cambió la política sobre la materia, dado que vino a establecer en su artículo 1o. la libertad de ingreso de vehículos tipo taxi municipal a las diferentes ciudades del país.

Por último, el Decreto Especial No. 0209 de 3 de febrero de 1992, cuyo parágrafo 1o. del artículo 1o. fue anulado por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 11 de diciembre de 1992, mantuvo la política de liberación de ingreso de vehículos clase taxi municipal y derogó expresamente el Decreto Especial 236 de 1991.

4o): El Decreto acusado está violentando el orden jurídico y la normatividad vigente porque se aducen unas facultades que le fueron anuladas al Decreto Especial No. 0209 de 3 de febrero de 1992 y otras del Decreto Ley No. 80 de 1987, que no existían al momento de ser expedido. Lo que está vigente es la liberación del ingreso de vehículos clase taxi municipal consagrada en el Decreto Especial No. 0209 de 3 de febrero de 1992, al anularle el Consejo de Estado su parágrafo intervencionista.

5o): Al no poseer el Alcalde Mayor de Santiago de Cali las facultades de intervenir a través del Decreto acusado en el número de vehículos que puedan ingresar al parque automotor, se configura una flagrante violación de los artículos 287 y 315 de la Constitución Política.

II.- LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Para declarar la nulidad del Decreto No. 1749 de 28 de diciembre de 1992, el *a-quo* adujo, principalmente, lo siguiente:

1o): El señor Alcalde Mayor de Santiago de Cali expidió el Decreto acusado en uso de las facultades conferidas por disposición que a la fecha de su expedición no tenía vigencia, puesto que el Decreto Ley 80 de 1987 había sido derogado por el Decreto No. 0493 de 1990 y éste a su vez en su artículo 17 entre otros, por el Decreto No. 236 de 1991.

2o): En cuanto al parágrafo lo.del artículo lo.del Decreto No. 209 de 1992 que disponía: "Los Alcaldes Distritales Metropolitanos, podrán suspender por el tiempo que se requiera el ingreso por incremento, de vehículos clase Taxi municipal en el territorio de su jurisdicción, cuando consideren que en (sic) la ciudad respectiva, se encuentra saturada de esa clase de vehículos"; fue declarado nulo por Consejo de Estado en providencia de 11 de diciembre de 1992 (Expediente 2050, Consejero Ponente: doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz).

3o): Por su parte, el H. Consejo de Estado al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto que decretó la suspensión provisional de los efectos del Decreto

acusado, después de referirse a la providencia de 11 de diciembre de 1992 y a las disposiciones que antecedieron a la expedición del aludido Decreto, entre ellas, el Decreto Ley No. 80 de 1987 y el Decreto No. 0209 de 1992, consideró: "...Lo anterior llevó a la Sala a concluir que las normas del Decreto Ley No. 80 de 1987, por haber sido derogado, mal podían servir de fundamento al Decreto Especial No. 0209 de 1992, por lo cual se procedió a declarar la nulidad de éste último.

"...respecto de la declaratoria de nulidad del parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto No. 0209 de 1992 que, según la recurrente no afecta a aquél, por cuanto la sentencia quedó en firme con posterioridad a su expedición, tampoco pueden servirle de soporte, pues, contrariamente a lo afirmado por la apelante, la declaratoria de nulidad produce efectos ext (sic) tunc, esto es, desde la génesis o formación del acto, lo cual hace que deeaparezcan los fundamentos de derecho que le sirvieron de sustento de la vida jurídica al acto que se acusa, tornándolo en ilegal..."

4o): Con relación a la excepción de convalidación y/o purga constitucional alegada por la Administración en la contestación de la demanda, ésta no puede ser de recibo, porque la misma consiste, siguiendo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 29 de mayo de 1933), en considerar no viciado de nulidad un acto administrativo que fue ilegal en el momento de su nacimiento, si la norma señalada como quebrantada ha desaparecido de la vida jurídica en el momento de proferirse el fallo por el Juez contencioso administrativo, por derogatoria, subrogación o por haber sido declarada inexequible o nula, pero también porque haya recibido sustento legal posterior a su expedición. Este fenómeno forma parte de uno más amplio, que es el de la convalidación de los actos administrativos, sobre el cual se pronunció la Sección Primera en sentencia de 15 de mayo de 1973, anales, tomo LXXXIV, página 239, Consejero Ponente doctor Carlos Galindo Pinilla (Cita Dr. Miguel González Rodríguez página 496 C.C.A. Comentado - Doctrina y Jurisprudencia).

5o): Es un hecho cierto que en virtud de lo dispuesto en el artículo 287 *ibídem,* las entidades territoriales gozan de autonomía, la cual no es ilimitada sino que está condicionada en cuanto a su ejercicio al marco constitucional y legal. Así lo señala el citado artículo 287.

En este orden de ideas, y en cuanto al transporte urbano se refiere, como se trata de un servicio público, la reglamentación tal como lo consagra el ordinal 1o. del artículo 313 *ibídem* y lo reitera el Consejo de Estado, corresponde al Concejo Municipal. Por su parte el ordinal 23 del artículo 150 *ibídem* otorga al Congreso la función de expedir las leyes que regirán la prestación de los servicios públicos.

6o): El artículo 315 enumera entre las atribuciones del Alcalde la de dirigir la acción administrativa del Municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo (ordinal 3o).

Así las cosas, considera la Sala, que el fenómeno jurídico denominado purga de ilegalidad o convalidación del acto, no puede ser aplicable al presente asunto, por cuanto

la autonomía de que gozan las entidades territoriales, que no el Alcalde, se repite, se encuentra subordinada a la Constitución y a la Ley, y ya se ha visto, que por mandato de la Constitución, la expedición de la Ley es de competencia del Congreso mientras que al Concejo le corresponde la reglamentación, según el caso de la prestación de los servicios a cargo del Municipio.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de inconformidad de la recurrente con la sentencia impugnada pueden resumirse así:

1.- La Administración Municipal expidió el Decreto acusado con base en el acta de 15 de diciembre de 1992 y en la Resolución No.0604 de 29 del mismo mes y año emanadas del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito Regional del Valle del Cauca y en el estudio de necesidades de taxis para la ciudad de Cali, elaborado por dicho organismo.

2.- Con la expedición del Decreto acusado el Parque Automotor de Cali no quedó congelado totalmente, pues el ingreso de vehículos por el sistema de incremento estaba supeditado o congelado a la revisión y ajuste o estudio del Intra, máxima autoridad orientadora y asesora de los organismos de Transporte y Tránsito Municipal cuyas funciones se encuentran legalmente amparadas por los artículos 2o. de la Ley 53 de 1989, 4o. del Código Nacional de Transporte Terrestre (Decreto Ley No. 1344 de 1970), 6o. del Decreto No. 1014 de 1992, y demás normas transcritas en el acápite "Fundamentos legales del acto acusado" del memorial con el cual se apeló el auto que admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de aquél.

3-. Se insiste sobre el argumento expuesto en la apelación del auto que admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del acto acusado, en el sentido que la sentencia del H. Consejo de Estado de 11 de diciembre de 1992 con la cual se anuló el parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto No. 0209 de 3 de febrero de 1992, sólo vino a producir efectos jurídicos hasta el 18 de enero de 1993 a las 6:00 P.M. cuando quedó ejecutoriada. O sea, que los efectos de esta sentencia son *"ext nunc"*, no existiendo por tanto retroactividad en sus efectos que vengan a vulnerar situaciones jurídicas particulares y concretas respecto de la Administración y/o administrados, pues de lo contrario sería desconocer los principios de los derechos adquiridos, de la presunción de legalidad del acto acusado y de la buena fe quien expidió el acto, situaciones éstas que se respetan de acuerdo con los artículos 58 y 83 de la Constitución Política.

4-. Excepción de convalidación y/o purga constitucional.

Ante los planteamientos expresados por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, es preciso contraponer nuevas circuntancias nacidas de la legislación cambiante por la que está atravesando nuestro país en desarrollo de la Constitución de 1991. Es así como con la expedición de la Ley 105 de 1993, sin derogar el Decreto No. 209 de 3 de febrero de 1992 (que liberó el ingreso de vehículos tipo taxi a las diferentes ciudades del

país), se facultó en su artículo 6o. inciso 2o. a la autoridad competente para suspender transitoriamente el ingreso de vehículos nuevos al servicio público de transporte de pasajeros, de acuerdo con las necesidades de la localidad.

El Decreto No. 1916 de 5 de agosto de 1994 que reglamentó parcialmente la Ley 105 de 1993, en su artículo 1o. determinó que para los efectos de lo dispuesto en el artículo 6o. inciso 2o. de esta Ley, son autoridades competentes, entre otros, los Alcaldes Municipales, para adoptar las decisiones correspondientes, en lo referente a incentivar la reposición de vehículos de servicio público y/o para suspender transitoriamente el ingreso de vehículos nuevos al servicio público de transporte de pasajeros, de acuerdo con las necesidades de la localidad.

Con la expedición de estas normas, se ratifica la autonomía atribuida por la Constitución Política de 1991 a los Municipios, para la toma de decisiones en materia de mucha transcendencia como la del presente caso, y el Decreto mencionado atribuye dentro de este ente territorial la facultad al señor Alcalde para regular el servicio público de transporte urbano de pasajeros. Y ello es lógico, por cuanto el numeral 3o. del artículo 315 *ibidem*, le atribuye la facultad de asegurar el cumplimiento de sus funciones y la prestación de los servicios a su cargo. El servicio público de transporte, a pesar de estar prestado por particulares, es regulado por la ley y vigilado por el Estado, y justamente, en los municipios, quienes tienen obligación de controlar y vigilar la prestación de este servicio, con los Alcaldes, de acuerdo con las atribuciones constitucionales.

5.- El Decreto acusado lo que pretendió fue dar una solución a la situación apremiante por la que estaba pasando la ciudad, con el influjo desordenado de vehículos tipo taxi, que cada día hacía más dispendioso el tránisto vehicular, con las consecuencias que ello genera.

6.- La sentencia apelada se sustenta en que la competencia para reglamentar la prestación de los servicios públicos en el municipio, es del Concejo Municipal, y por esta razón no se acepta la presencia del fenómeno jurídico de convalidación del acto, situación ésta que ha quedado clarificada con la expedición de la Ley 105 de 1993 y su Decreto Reglamentario No. 1916 de 5 de agosto de 1994.

Teniendo en cuenta que la convalidación del acto surge cuando éste ha recibido sustento legal poeterior a su expedición, que es la situación concreta del Decreto acusado, se reiteran los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Lae razones aducidas por la Sala en el auto de 25 de octubre de 1993, para confirmar el proveído que suspendió provisionalmente los efectos del Decreto acusado, en las cuales se fundamentó el *a-quo* para proferir la sentencia recurrida, conservan plena virtualidad y sirven también de suetento para confirmarla. Dijo la Sala en esa oportunidad:

"...Sobre las censuras formuladas por la impugnante, la Sala estima lo siguiente:

1- En este proceso no se discute la competencia que tiene el Instituto Nacional del Transporte y Tránsito –INTRA– como entidad encargada de expedir normas administrativas en materia de transporte y tránsito a nivel nacional.

El punto controvertido lo constituye el hecho de si el Alcalde Mayor de Cali tenía o nó facultad para expedir el acto acusado, a través del cual se estableció la capacidad transportadora de vehículos clase taxi para la ciudad en 9.082 vehículos, para congelar la capacidad transportadora de vehículos clase automóvil, modalidad taxi con radio de acción urbano, etc.

2- El Decreto 1749 de 28 de diciembre de 1992 se expidió con fundamento en el Decreto Ley 80 de 1987 y el Decreto Especial 209 de 3 de febrero de 1992.

3- En sentencia de esta Sección, de 11 de diciembre de 1992, se declaró la nulidad del parágrafo lo. del artículo lo. del Decreto Especial No. 0209 de 3 de febrero de 1992, por el cual se facultó a los Alcaldes para suspender por el tiempo que se requiriera, el ingreso por incremento de vehículos clase taxi municipal en el territorio de su jurisdicción, cuando consideraran que la ciudad respectiva se encontraba saturada de esta clase de vehículos, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, lo siguiente:

a) En desarrollo de la Ley 12 de 1986 se expidió el Decreto Ley 80 de 1987 que en su artículo 1o. asignó al Distrito Especial de Bogotá y a los municipios la facultad de "señalar el número de vehículos tipo taxi que pueden ingresar anualmente al servicio público del transporte en el territorio de su jurisdicción..."

b) El Decreto 265 de 1988, reglamentó el Decreto Ley 80 de 1987, disponiendo que el ingreso de vehículos tipo taxi podía ser por incremento o reposición y estatuyó que los Alcaldes Metropolitanos, Municipales y Mayor de Bogotá debían expedir en los primeros quince (15) días del mes de septiembre el acto administrativo en el cual fijaran discriminadamente el número de vehículos tipo taxi a ingresar por incremento o reposición al territorio de su Jurisdicción al año siguiente.

c) El Decreto Especial 0493 de 1990, derogó expresamente el Decreto 265 de 1988 (artículo 58) y dispuso en su artículo 17 que el Alcalde Mayor de Bogotá y los Alcaldes Metropolitanos y Municipales, fijaran anualmente mediante acto administrativo el número de vehículos tipo automóvil y/o taxi que podían ingresar por incremento y/o reposición al territorio de su jurisdicción.

d) El Decreto Especial 236 de 1991, derogó los artículos 17 a 20, 23 y 30 literal b) del Decreto Especial 0493 de 1990 y cambió la política sobre la materia estableciendo en su artículo 1o. la libertad de ingreso de vehículos tipo taxi municipal a las diferentes ciudades del país.

e) Lo anterior llevó a la Sala a concluir que las normas del Decreto Ley 80 de 1987, por haber sido derogado, mal podían servir de fundamento al Decreto Especial 0209 de 1992, por lo cual se procedió a declarar la nulidad de este último.

4- La derogatoria de las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 80 de 1987, que con anterioridad al acto acusado se produjo, no pueden servir de sustento legal a éste, por sustracción de materia, y respecto a la declaratoria de nulidad del parágrafo lo.del artículo 1o. del Decreto 0209 de 1992, que, según la recurrente no afecta a aquél, por cuanto la sentencia quedó en firme con posterioridad a su expedición, tampoco pueden servirle de soporte, pues, contrariamente a lo afirmado por la apelante, la declaratoria de nulidad produce efectos *ex tunc*, esto es, desde la génesis o formación del acto, lo cual hace que desaparezcan los fundamentos de derecho que le sirvieron de sustento de la vida jurídica al acto que se acusa, tornándolo en ilegal.

5- Finalmente y en lo atinente a la purga de ilegalidad que plantea la recurrente con base en la autonomía que la nueva Constitución Política le ha otorgado a los municipios, cabe resaltar que si bien es cierto que en el campo de la Administración Municipal se ha pretendido, no sólo desde la promulgación de la Constitución de 1991 sino con posterioridad a la reforma administrativa de 1968, robustecer las comunidades locales dotándolas de autonomía, también lo es que el asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a cargo del municipio como facultad de los Alcaldes, está limitada a los Acuerdos que sobre la materia expidan los Concejos de conformidad con el articulo 313 ordinal lo. de la Carta, sujetándose en todo caso a las regulaciones que en materia de servicios públicos haga la Ley..."

Agrega además la Sala, y ello en razón de que la recurrente en el escrito contentivo del recurso formula un nuevo argumento: el relativo a la convalidación del acto por legalidad sobreviniente, que tampoco es de recibo éste. En efecto, en este caso el Alcalde Mayor de Santiago de Cali expidió el acto acusado con fundamento en el artículo 1o. del Decreto Ley No. 80 de 1987, que atribuía, entre otros, a los municipios la función de señalar el número de vehículos tipo taxi que podían ingresar anualmente en el territorio de su jurisdicción, Decreto este que, como ya se dijo, había sido derogado desde antes de la expedición de aquél; y en el Decreto Especial No. 209 de 1992, cuyo parágrafo 1o. del artículo lo. fue declarado nulo por esta Corporación en sentencia de 11 de diciembre de 1992, decisión ésta que produce efectos jurídicos desde el nacimiento o génesis del acto dictado con sustento en el mismo.

Esta Corporación ha considerado reiteradamente en diversos pronunciamientos, entre ellos, en sentencia de 20 de junio de 1991 (Expediente No. 1426, actor: Luis Enrique Silva Pérez, Consejero Ponente: doctor Miguel González Rodríguez), que cuando lo que afecta un acto administrativo, como en el caso *sub-exámine*, es la falta de competencia, no se puede considerar que la nueva Ley, en este caso la Ley 105 de 1993 y su Decreto

Reglamentario No.1916 de 1994, hayan convalidado el acto acusado, por cuanto dicha competencia, por ser un elemento esencial de mismo, impide que la ley tenga operancia retroactiva dando pues lugar a un acto radicalmente nulo o insaneable.

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:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, remítase 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 20 de abril de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera la jurisprudencia de junio 20/91. Exp.1426. Consejero Ponente Dr. Miguel González Rodríguez.

SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL/ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES-Patrimonio/**PLANES DE CAPITALIZACIÓN Y DE PENSIONES/ INVERSIÓN DE RECURSOS ADMINISTRADOS**-Garantías/**SERVICIO PÚBLICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL/PRINCIPIO DE LA EFICIENCIA/PRESTACIÓN DE SERVICIO/PATRIMONIO**-Monto

La ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones" que desarrolló el art. 48 de la Constitución Política, en su art.94 autorizó al Gobierno para fijar la forma que garantice que las administradoras y aseguradoras mantengan niveles adecuados de patrimonio. El art. 99 *ibídem* prevé que las administradoras y aseguradoras, incluidas las de planes alternativos de pensiones, deberán constituír y mantener adecuadas garantías para responder por el correcto manejo de las inversiones representativas de los recursos administrados en desarrollo de los planes de capitalización y de pensiones. Del contenido de estas disposiciones se infiere, sin lugar a dudas, que con ellas se busca garantizar, entre otros, el principio de la eficiencia que informa el servicio público de la seguridad social, pues sólo en la medida en que se mantenga un nivel adecuado de patrimonio se está velando por la mejor utilización social y económica de los recursos disponibles con los cuales se vá a prestar en forma adecuada y oportuna dicho servicio público. Es un hecho evidente que no puede hablarse de eficiencia si no se cuenta con los recursos económicos suficientes para atender la prestación de un servicio y de la magnitud de los que comprenden la seguridad social, pues exigir un monto determinado de patrimonio con el cual se garantice tal prestación no es ni puede ser sinónimo de discriminación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No 3033. Acción: Nulidad. Actor: VÍCTOR RAÚL SÁNCHEZ ESPITIA.

El ciudadano VÍCTOR RAÚL SÁNCHEZ ESPITIA, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación a fin de que mediante sentencia se declare la nulidad del artículo 3o. del Decreto Reglamentario No. 718 de 6 de abril de 1994 "por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 108 de la Ley 100 de 1993", expedido por el Gobierno Nacional.

I.- EL ACTO ACUSADO

Es del siguiente tenor:

> "Artículo 3o. **Posibilidad de participación de intermediarios de seguros.** Los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia se contratarán directamente con la entidad aseguradora de vida correspondiente o por conducto exclusivamente de intermediarios de seguros, cuyo monto de comisiones causadas durante cada ejercicio anual sea la suma equivalente a mil seiscientos (1.600) salarios mínimos mensuales legales vigentes, lo cual se determinará con fundamento en los estados financieros del ejercicio cuyo corte se efectuó el 31 de diciembre de 1993 y en lo sucesivo en la misma fecha de cada año.
>
> Cuando la sociedad administradora de fondos de pensiones decida utilizar para la contratación de los seguros de que trata el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, a intermediarios de seguros, la selección se sujetará, en lo pertinente, en todo caso, a lo previsto en el artículo primero del presente Decreto".

II.- CAUSA PETENDI

El artículo 3o. del Decreto acusado viola el artículo 13 de la Constitución Política, por cuanto establece discriminaciones injustificadas entre los entes que se dedican a la intermediación de seguros porque se cierra la posibilidad de acceder a ese mercado a aquellos intermediarios que cuentan con ingresos inferiores a $150.000.000.oo anuales.

Igualmente hay desviación de poder, dado que la Administración al expedir el acto acusado creó una diferenciación injustificada hacia un grupo económicamente débil.

III.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, alegaciones y concepto de la Agente del Ministerio Público.

III.1.- La parte demandada no dio contestación a la demanda.

III.2.- En la etapa de las alegaciones lo hicieron en tiempo el actor y la demandada, a través de apoderado. El primero ratificó planteamientos hechos en el libelo demandatorio.

La demandada -Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de apoderado, manifestó, en síntesis, lo siguiente:

1o): El acto acusado no viola el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, porque tiene como fundamento de diferenciación razonable, no arbitraria, los preceptos del Decreto No. 2605 de 1993, por el cual se señala el régimen aplicable a los intermediarios de seguros y reaseguros y se fijan las condiciones para su supervisión concretamente los artículos 6o. y 7o., que prescriben la vigilancia de la Superintendencia Bancaria de las agencias y agentes de seguros cuyo monto mínimo de comisiones anuales sea de 1.600 salarios mínimos legales mensuales. Este Decreto tiene como fundamento Jurídico la Ley 35 de 1993, cuyo artículo 11 permite concluir que el monto mínimo de comisiones que deben acreditar los intermediarios de seguros para participar en la contratación de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia es consecuencia de las previsiones de tal texto legal.

Además, la materia que desarrolla el Decreto demandado hace parte del régimen de seguridad social (artículo 48 de la Carta Política) en el cual se encuentra ínsito el principio constitucional del trabajo (artículo 25 *ibidem*), con la protección especial que debe gozar por parte de las autoridades del Estado.

2o): En conclusión, lo que hace que razonablemente algunos intermediarios de seguros puedan participar dentro de la contratación a que hace referencia el Decreto acusado, es, en forma inmediata, un monto mínimo, de comisiones anuales que deben causar los mismos, y en forma mediata, la inspección y vigilancia que sobre los intermediarios recae, si corresponden a 1.600 salarios mínimos legales mensuales, dentro de un año, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 35 de 1993.

3o): En la providencia de 23 de septiembre de 1993, que denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado se dijo que no bastaba para inferir la violación del principio de igualdad, realizar un cotejo en abstracto entre el artículo 13 de la Constitución Política y aquél. Esta situación persiste, porque ni en el texto de la demanda, ni en otras piezas procesales, se observa que el actor, a más del simple cotejo de normas, demuestre la violación que del principio de la igualdad hace supuestamente la disposición acusada.

III.3.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación en su vista de fondo se muestra partidaria que se denieguen las súplicas de la demanda, porque el Decreto acusado está sujeto a los parámetros trazados por la Ley 35 de 5 de enero de 1993 y el

Decreto No. 2605 de 23 de diciembre de ese año que reglamentó su artículo 11, en especial en lo relacionado con el control y vigilancia por parte de la Superintendencia Bancaria sobre los intermediarios que tengan el monto mínimo de las comisiones causadas durante cada ejercicio anual equivalente a 1.600 salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha del respectivo corte (artículos 6o. y 7o. del Decreto No. 2605 de 1993).

Con todas las exigencias anteriores el legislador y el Gobierno Nacional cumplen con el deber constitucional de garantizar el buen servicio a los usuarios, en este caso, a los pensionados, a quienes el Estado debe especial protección. Por lo tanto, se cumple con lo consagrado en el artículo 13 de la Carta Política.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La norma acusada prevé que las entidades administradoras de pensiones puedan contratar los seguros de invalidez y sobrevivencia con intermediarios de seguros, a los cuales se les exige un monto de comisiones causadas durante cada ejercicio anual equivalente a 1.600 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Según el actor esta disposición viola el artículo 13 de la Carta Política porque le cierra la posibilidad de acceder a dicho mercado a aquellos intermediarios que tengan ingresos inferiores, lo cual entraña una discriminación que hace incurrir el acto además en desviación de poder.

Estima la Sala que no le asiste razón al actor. En efecto, la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones", que desarrolló el artículo 48 de la Constitución Política, en su artículo 94 autorizó al Gobierno para fijar la forma que garantice que las administradoras y aseguradoras mantengan niveles adecuados de patrimonio.

El artículo 99 *ibídem* prevé que las administradoras y aseguradoras, incluidas las de planes alternativos de pensiones, deberán constituir y mantener adecuadas garantías para responder por el corrrecto manejo de las inversiones representativas de los recursos administrados en desarrollo de los planes de capitalización y de pensiones.

Del contenido de estas disposiciones se infiere, sin lugar a dudas, que con ellas se busca garantizar, entre otros, el principio de eficiencia que informa el servicio público de seguridad social, pues sólo en la medida en que se mantenga un nivel adecuado de patrimonio se está velando por la mejor utilización social y económica de los recursos disponibles con los cuales se va a prestar en forma adecuada y oportuna dicho servicio público.

Es un hecho evidente que no puede hablarse de eficiencia si no se cuenta con los recursos económicos suficientes para atender la prestación de un servicio y de la magnitud de los que comprenden la seguridad social, pues exigir un monto determinado de patrimonio con el cual se garantice tal prestación no es ni puede ser sinónimo de discriminación.

Por las razones precedentes habrán de desestimarse las súplicas de la demanda, 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:

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Devuélvase al actor la suma de dinero depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso.

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 20 de abril de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

CABILDO INDÍGENA-Definición/**CABILDANTE**-Requisitos/**CENSO/DERECHO DE ASOCIACIÓN/PERTENENCIA A UNA COMUNIDAD INDÍGENA**-Diferencias

Conforme al artículo 2o. del Decreto 2001 de 1988 el Cabildo Indígena es la "Entidad pública especial, cuyos miembros son indígenas elegidos y reconocidos por una parcialidad localizada en un territorio determinado, encargado de representar legalmente a su grupo y ejercer las funciones que le atribuye la ley y sus usos y costumbres. Los cabildantes deben ser miembros de la comunidad que los elige y la elección se hará conforme a lo dispuesto en la ley 89 de 1890 o por sus propias formas de organización tradicional". Del texto de esta disposición infiere la Sala que para ser Cabildante se debe formar parte de una parcialidad o comunidad indígena de un determinado territorio, que es la que lo elige y reconoce. Si bien es cierto que el artículo 3o. de la Ley 89 de 1890 no prevé para efectos de la posesión en el Cabildo sino el requisito de ser reconocido por la parcialidad ante el cabildo cesante, no lo es menos que ello en manera alguna significa que la exigencia del censo sea ilegal, pues, según el artículo 7o. ibídem, corresponde al Cabildo, entre otras funciones, la de formar y custodiar el censo distribuido por familias, anotando al margen, al final de cada año, las altas y bajas que haya sufrido. Ello pone en evidencia que la formación y custodia del censo se hace precisamente para que la parcialidad o comunidad indígena tenga certeza de cuáles son los miembros activos de la misma, para, entre otros fines, establecer quiénes pueden ser sujetos de elección ante el respectivo Cabildo. Si por disposición legal es de la esencia de los Cabildos Indígenas que sus miembros sean reconocidos por una parcialidad localiza-

da en un territorio determinado, ello conlleva a afirmar que personas extrañas a una parcialidad no puedan intervenir en la elección y si se presenta esta circunstancia, por lógica consecuencia, no puede producir efectos la elección. En lo concerniente a los numerales 5o. y 7o. *ibídem*, que dispusieron un tiempo mínimo de residencia en la parcialidad y que cada Cabildo debe estar conformado por lo menos 30 familias, cabe tener en cuenta que asiste razón al apelante en cuanto a que el artículo 38 de la Constitución Política, que invocó como infringido el actor y que halló vulnerado el Tribunal, no es aplicable en este caso, ya que el derecho de asociación es un acto libre y espontáneo, no así el hecho de pertenecer a una parcialidad o comunidad indígena, que depende de la existencia de rasgos, sentimientos de identificación con su pasado aborígen y valores tradicionales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3113. Recurso de apelación contra la sentencia de 12 de septiembre de 1994, del Tribunal Administrativo del Tolima. Actor: SAMUEL DUARTE.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia de12 de septiembre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que declaró la nulidad de los numrerales 1o., 4.en cuanto a la frase "Será nula la elección que no se ajuste a este requisito", 5o. y 7o. del artículo 2o. del Decreto No. 1481 de 9 de octubre de 1992, expedido por el Gobernador del Departamento del Tolima.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- El ciudadano y abogado SAMUEL DUARTE, obrando en su propio nombre y en ejercicco de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Tolima, tendiente a obtener la nulidad del Decreto No. 1481 de 9 de octubre de 1992 "Por medio del cual se deroga el Decreto No. 00390 de 1990", expedido por el Gobernador del Departamento del Tolima.

En apoyo de su pretensión adujo lo siguiente:

El Decreto acusado viola los artículos 38 y 13 de la Constitución Política, porque impide que las comunidades indígenas adopten la forma organizativa reconocida, como lo es el Cabildo, y ejerzan todas sus acciones y facultades ante las entidades y porque el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

También viola los artículos 3o. y 41 de la Ley 89 de 1890. El primero, porque según la Ley, el Alcalde tiene la función de solemnizar el acto para que sea oponible ante terceros

mientras que en el Decreto se desliza su interpretación tratando de hacer más importante el concepto previo emitido por la Oficina de Asuntos Indígenas. El segundo, porque le otorga al Gobernador la facultad de expedir los reglamentos necesarios para proveer a la ejecución de la misma pero sin exceder ni extralimitar la Ley que lo autoriza y sin contravenir sus prescripciones y menos las de suspender la ejecución de la Ley, como lo hace en su artículo 3o., ni condicionarla a la ejecución de actos ajenos a ella.

I.2.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinanio, el cual culminó con la sentencia de primera instancia de 12 de septiembre de 1994, que fue oportunamente apelada por el apoderado del Departamento del Tolima.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para acceder a la nulidad de los numerales 1o., 4o., 5o. y 7o. del artículo 2o. del Decreto No. 1481 de 9 de octubre de 1992, el *a-quo* razonó, en esencia, así:

El censo para el acto de posesión de nuevos Cabildos es ajeno al ordenamiento del artículo 3o. de la Ley 89 de 1890, es decir, este requisito no lo podía establecer el Gobierno Departamental.

Si el Cabildo Indígena es una entidad pública especial, cuyos miembros son indígenas elegidos y reconocidos por una parcialidad localizada en un territorio determinado, encargado de representar legalmente a su grupo y ejercer las funciones que le atribuye la Ley y sus usos y costumbres, es lógico que en la elección no puedan intervenir personas extrañas a la comunidad indígena; pero la tipificación de causal de nulidad corresponde a la Constitución o a la Ley y no a un acto administrativo.

Por reglamento, aún con el consentimiento de los representantes de comunidades indígenas, no se puede exigir tiempo determinado de residencia en la parcialidad o en el territorio de la misma pues es desconocer indirectamente la garantía del derecho de libre asociación que trae el artículo 38 de la Constitución Política, y más aún si para los indígenas no se conocen restricciones en ese sentido, Por ello se debe decretar la nulidad del numeral 5o. del artículo 2o. del Decreto acusado.

Ordenar que los nuevos Cabildos deben tener por lo menos 30 familias es un requisito que aún no está contemplado en la Constitución Política ni en la Ley, por consiguiente escapa a la reglamentación que trae el artículo 41 de la Ley 89 de 1890 y vulnera el artículo 38 de la Carta Política.

El Cabildo Indígena es una forma de asociación con reglamentación *sui generis,* que no es ajena a la Constitución Política ni a la ley. A los Gobernadores Departamentales les es vedado crear restricciones para la conformación del mismo y exigir requisitos para pertenecer a la entidad pública especial por fuera de las normas superiores.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado del Departamento del Tolima sustenta, en esencia, su discrepancia con la sentencia apelada así:

1o): El numeral 1o. del artículo 2o. del Decreto acusado no quebranta el artículo 3o. de la Ley 89 de 1890, sino que, por el contrario, es un requisito elemental y obvio que debe presentarse el censo correspondiente para el acto de posesión de nuevos Cabildos, pues es justamente el censo lo que da cuenta de los indígenas que componen cada una de las parcialidades, entre los cuales debe efectuarse la elección del respectivo Cabildo. Sostener lo contrario equivale en la práctica a permilir que indígenas de diferentes parcialidades, simplemente por su origen indígena, participen en la elección de los Cabildos, contrariando la obligación perentoria de pertenecer a la parcialidad para intervenir en la elección del correspondiente Cabildo.

El censo exigido no es otro que el consagrado en el artículo 7o. numeral 1o. de la Ley 89 de 1890. El Cabildo no puede ser elegido y posesionado sin la exigencia del censo. La esencia de esta disposición no es otra que la consignada en el artículo 37, numerales 1o. a 3o. de la Ley 89 citada, norma esta, que aunque derogada hoy, inspira los criterios de organización.

2o): El numeral 5o. expedido con el mismo criterio pretende dar estabilidad y certeza a las parcialidades y especial protección a ellas, para evitar que los indígenas no elegidos y posesionados en un Cabildo se trasladen a otra parcialidad para el solo efecto de hacerse elegir.

3o): El numeral 7o. establece que cada Cabildo debe tener por lo menos 30 familias, requisito que si bien es cierto no lo contempla la Ley 89 de 1890 no lo contraviene, dado que, por el contrario, lo que pretende es desarrollarla y llenar el vacío dejado en la misma en lo que se refiere a la unidad y cohesión de los indígenas, a partir de los conceptos antropológico y legal de la parcialidad recogidos en el artículo 2o. del Decreto No. 2001 de 1988.

La pertenencia a una parcialidad y a un Cabildo no depende de la voluntad del individuo sino de su pertenencia activa a ella conforme a su definición legal.

4o): La parcialidad existe cuando efectivamente está conformada y se comporta como una organización social de características especiales por estar cohesionada a partir del mantenimiento de sus rasgos y valores tradicionales. Cuando los individuos en ejercicio de su voluntad y derecho de asociación, deciden constituirse como parcialidad, se desvirtúa el concepto antropológico y se transforma en una organización distinta, regulada por normas diferentes a la legislación indígena.

5o): El Cabildo, como una de las formas de gobierno tradicional, representa legalmente a su parcialidad sin la cual no puede existir. Por lo tanto los Cabildos no son expresión del derecho de asociación, y por ello no se vulnera el artículo 38 de la Constitución Política.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

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 revoque la sentencia apelada por cuanto, a su juicio, considera que las normas declaradas nulas no están encaminadas a entorpecer la labor de los Cabildos sino a dar a éstos la consistencia y seriedad que su tarea de gobierno exige, a la vez que evitar el mal manejo que desvirtúe la institución, lo cual no sobrepuja el marco legal que le sirve de referencia y, por el contrario, a éste mismo se ajusta.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los textos respecto de los cuales recayó el pronunciamiento del *a-quo* exigieron los siguientes requisitos para la posesión de nuevos Cabildos indígenas:

> "1.- Presentar en el acto de posesión de nuevos Cabildos, el censo correspondiente".
>
> "4.- En la elección de Cabildo no pueden intervenir personas extrañas a la parcialidad correspondiente. Será nula la elección que no se ajuste a este requisito ..." (Las subrayas fuera de texto corresponden a la frase objeto de la declaratoria de nulidad).
>
> "5.- Para formar parte de un Nuevo Cabildo se requerirá, a más de las condiciones anteriores, que las personas y sus familias acrediten su residencia en la parcialidad y territorio poseído por esta, por lo menos de cinco años, certificada por el Gobernador de Cabildo y registrado por el Alcalde, según el censo del Cabildo".
>
> "7.- Cada Cabildo debe tener- por- lo menos treinta (30) familias requisito exigido sólo para los nuevos Cabildos".

Según el *a-quo,* el requisito del censo para el acto de posesión de nuevos Cabildos es ajeno al ordenamiento del artículo 3o. de la Ley 89 de 1890.

Al respecto, cabe tener en cuenta lo siguiente:

Conforme al artículo 2o. del Decreto No. 2001 de 1988 el Cabildo Indígena es la "Entidad pública especial, cuyos miembros son indígenas elegidos y reconocidos por una parcialidad localizada en un territorio determinado, encargado de representar legalmente a su grupo y ejercer las funciones que le atribuye la ley y sus usos y costumbres. Los cabildantes deben ser miembros de la comunidad que los elige y la elección se hará conforme a lo dispuesto en la Ley 89 de 1890 o por sus propias formas de organización tradicional".

Del texto de esta disposición infiere la Sala que para ser Cabildante se debe formar parte de una parcialidad o comunidad indígena de un determinado territorio, que es la que lo elige y reconoce.

Si bien es cierto que el artículo 3o. de la Ley 89 de 1890 no prevé para efectos de la posesión en el Cabildo sino el requisito de ser reconocido por la parcialidad ante el Cabildo cesante, no lo es menos que ello en manera alguna significa que la exigencia del censo sea ilegal, pues, según el artículo 7o. *ibídem,* corresponde al Cabildo, entre otras funciones, la de formar y custodiar el censo distribuido por familias, anotando al márgen, al final de cada año, las altas y bajas que haya sufrido. Ello pone en evidencia que la formación y custodia del censo se hace precisamente para que la parcialidad o comunidad indígena tenga certeza de cuáles son los miembros activos de la misma, para, entre otros fines, establecer quiénes pueden ser sujetos de elección ante el respectivo Cabildo.

La consideración precedente conduce a la Sala a revocar la sentencia apelada en cuanto al numeral lo. del artículo 2o. del Decreto No. 1481 de 9 de octubre de 1992 se refiere.

En lo tocante a la frase contenida en el numeral 4o. *ibídem* que fue objeto de la declaratoria de nulidad estima la Sala que tampoco es acertada la consideración del *a-quo.* En efecto, si por disposición legal es de la esencia de los Cabildos Indígenas que sus miembros sean reconocidos por una parcialidad localizada en un territorio determinado, ello conlleva a afirmar que personas extrañas a una parcialidad no puedan intervenir en la elección y si se presenta esta circunstancia, por lógica consecuencia, no puede producir efectos la elección.

En lo concerniente a los numerales 5o. y 7o. *ibídem,* que dispusieron un tiempo mínimo de residencia en la parcialidad y que cada Cabildo debe estar conformado por lo menos 30 familias, cabe tener en cuenta que asiste razón al apelante en cuanto a que el artículo 38 de la Constitución Política, que invocó como infringido el actor y que halló vulnerado el Tribunal, no es aplicable en este caso, ya que el derecho de asociación es un acto libre y espontáneo, no así el hecho de pertenecer a una parcialidad o comunidad indígena, que depende de la existencia de rasgos, sentimientos de identificación con su pasado aborigen y valores tradicionales.

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:

REVÓCASE la sentencia apelada, y, en su lugar, se dispone: DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

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 la sesión del día 20 de abril de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

SISTEMA NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL/SUBSIDIO FAMILIAR DE VIVIENDA/INSTITUTO DE CRÉDITO TERRITORIAL-Reforma/**NORMA DEROGADA/ACUERDO MUNICIPAL-**Objeto/**CONCEJO MUNICIPAL-**Atribuciones/ **NULIDAD/FACULTADES EXTRAORDINARIAS-**Término

La ley 3a. de 15 de enero de 1991 "Por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio nacional de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones", que entró a regir a partir del 16 de enero de 1991, en su art. 44 dispuso: "Derógase el artículo 1o. de la ley 130 de 1985...". En consecuencia, basta esta simple consideración para desestimar el cargo analizado, puesto que al haber desaparecido del mundo jurídico dicha norma, mal puede considerarse que fue infringida por los actos acusados, que fueron expedidos con posterioridad a su derogatoria. Del contenido del Acuerdo 006 de 1989 "POR MEDIO DEL CUAL SE REORGANIZA EL FONDO OBRERO" se infiere que el fondo de la vivienda para Empleados del Municipio de Sabaneta, creado por los Acuerdos 064 de 1987 y 01 de 1988, cuyos beneficiarios eran únicamente los empleados del muunicipio de Sabaneta, fue reorganizado a través de dicho acuerdo 006 como fondo obrero municipal de la vivienda, y señalo como beneficiarios del mismo, no sólo a los empleados del municipio sino también a los trabajadores oficiales vinculados a dicha entidad territorial, a los particulares que no tengan facilidad de adquirir viviendas a través de otras entidades y a los pensionados directamente por el municipio (art. 1o.). En estas condiciones estima la Sala, que no

puede hablarse de precisión para el ejercicio de las facultades extraordinarias objeto del acuerdo en cuanto a estos aspectos se refiere, razón por la cual es procedente acceder al decreto de nulidad de los literales mencionados del Acuerdo 034 de 1991, así como del parágrafo del art 1o. y los arts 5o., 6o, en cuanto son desarrollo de los expresados literales, 10o., este último en cuanto a la frase "y se ordena llenar los espacios correspondientes en el acuerdo", del decreto 065 de 1991, ya así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia. Finalmente cabe resaltar que la censura atinente a la carencia del término para el ejercicio de las facultades extraordinarias está desprovista de fundamento ya que el art. 3o. del acuerdo 034 de 1991 fue claro en señalar que el término de (60) días para que la Alcaldesa Municipal de Sabaneta reglamentara los Fondos de Vivienda y Calamidad Doméstica.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3135. Recurso de apelación contra la sentencia de 15 de julio de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Actora: ALCALDÍA MUNICIPAL DE SABANETA.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de15 de julio de 1994, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia, que denegó las súplicas de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1. El municipio de SABANETA, a través de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., tendiente a que mediante sentencia se declarara la nulidad del Acuerdo No. 034 del 8 de septiembre de 1991, expedido por el Concejo Municipal de Sabaneta, y consecuencialmente la del Decreto No. 065 de 6 de octubre del mismo año, expedido por la Alcaldía Municipal de Sabaneta, en cuanto hacen relación al Fondo Municipal para Vivienda y, en especial, el artículo 1o. y los literales a), b), c) y d) del artículo 3o. del citado Acuerdo, y los artículos 1o., 2o., 5o., 6o. y 10o. del mencionado Decreto.

I.2.-. En apoyo de sus pretensiones el actor adujo los siguientes cargos:

PRIMER CARGO: Violación de la regla de fondo.

garantía y demás condiciones financieras para la adjudicación, los que tenga fijados el Instituto de Crédito Territorial en sus programas de vivienda popular para la clase trabajadora".

De la lectura de los artículos 3o. del Acuerdo No. 034 de 1991 y 5o. y 6o. del Decreto No. 065 del mismo año se puede observar que las condiciones fijadas no se sujetaron a los planes que tenía el Instituto de Crédito Territorial (hoy INURBE) en sus programas de vivienda popular para la clase trabajadora.

SEGUNDO CARGO: Inexistencia del objeto del Acuerdo, infringiéndose las normas y principios generales en que el acto debería fundarse.

El Acuerdo demandado pretende desarrollar o reglamentar el Fondo Municipal de la Vivienda del Municipio de Sabaneta. Dicho Fondo fue creado por los Acuerdos Nos. 064 de 1987 y 01 de 1988.

Los artículos 1o. y. 2o. del Acuerdo No. 064 de 1987 dispusieron destinar para préstamos la suma de veinte millones de pesos, préstamos que debían otorgarse para compra y reforma de casa de habitación; compra de terrenos y construcción de los mismos; construcción de vivienda en lote propio y/o del cónyuge; y pago de hipotecas.

Como el anterior Acuerdo no fue claro, el Acuerdo No. 01 de 1988 en su artículo 1o. dispuso lo siguiente: "Créase el Fondo de la Vivienda para empleados del Municipio de Sabaneta y el artículo 1o. del acuerdo No. 064 quedará así: El patrimonio del Fondo estará conformado inicialmente por un monto de ONCE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS M.L. ($11.487.500) concedidos en calidad de préstamo por fondos comunes y por el 3% de los ingresos ordinarios del Municipio de Sabaneta".

A raíz de la expedición de la Ley 130 de 1985, que desarrolló y modificó parcialmente la Ley 61 de 1936, el municipio de Sabaneta expidió el Acuerdo No. 006 de 1989 (reorganizando el Fondo Obrero), regulando en sus artículos 1o. y 2o. todo lo relacionado con el fomento de la adquisición y mejoramiento de la vivienda de las personas residenciadas en el municipio, en especial sus trabajadores oficiales y sus empleados. Además, dispuso en su artículo 6o. que regiría a partir de la fecha de su promulgación y que derogaba las normas que le fueran contrarias, en especial el Acuerdo No. 064 de 1987.

El Acuerdo No. 064 de 1987 se encontraba integrado en el Acuerdo No. 01 de 1988, pues éste último lo que hizo básicamente fue reformar el artículo 1o. y derogar el 3o. del Acuerdo No. 064. En consecuencia, no tiene vida jurídica independiente, por lo cual al desaparecer el Acuerdo No. 064 de 1987, debe entenderse que también desaparece el Acuerdo No. 01 de 1988.

Por lo anterior, el Acuerdo No. 034 está desarrollando un objeto inexistente al entrar a modificar la cuantía del Fondo de Vivienda y las condiciones de los préstamos que éste

realice, desconociendo que el mismo ya no existía por haber quedado integrado al Fondo Obrero Municipal de la Vivienda, reorganizado por el Acuerdo No. 006 de 1989.

El Acuerdo demandado carece de un objeto cierto y real: desarrolla y modifica un Fondo que ya no existe. De otro lado, no se puede suponer que tácitamente se está reviviendo el Fondo de la Vivienda para empleados, por que esa incertidumbre no está ajustada a las necesidades del acto administrativo.

Debe declararse, por lo tanto, la nulidad de los artículos 1o. y 3o. literales a), b), c) y d) del Acuerdo No. 034 de1991, por la inexistencia del objeto y en todo caso por la ausencia de un objeto cierto.

TERCER CARGO: No otorgamiento de facultades precisas y pro tempore.

El artículo 3o. del Acuerdo demandado violó directamente el numeral 7o. del artículo 92 del Decreto Ley 1333 de 1986, al otorgar facultades abiertas a la "señorita alcaldesa municipal" para reglamentar ydesarrollar el Acuerdo.

En el artículo 3o. literales a) y d) del Acuerdo demandado, que eran dos de los aspectos en los cuales se debía limitar la facultad de la Alcaldesa, se dejaron los espacios en blanco para que fueran llenados con posterioridad a la aprobación y sanción del Acuerdo.

En el texto original se aprecia claramente el añadido y en el texto del Decreto No. 065 se dijo tranquilamente: "Artículo 10o. ... se ordena llenar los espacios correspondientes en el acuerdo para que sea sometido a la revisión por parte de la Sección Jurídica...".

Los Acuerdos para que sean válidos deben estar totalmente perfeccionados, tanto desde el punto de vista material como formal. Si no se ha perfeccionado su contenido, el Acuerdo carece de validez, e incluso puede afirmarse que es inexistente.

La misma Alcaldía puso límite a las facultades otorgadas por el Concejo Municipal, antes de enviar el Acuerdo para que fuera sometido a la revisión de la Gobernación.

Debe declararse nulo el artículo 3o. del Acuerdo No. 034 de 1991 por violar el numeral 7o. del artículo 92 del Decreto Ley No. 1333 de 1986, al no precisar las facultades con las que contaría la Alcaldesa.

Además es ilegal por personalizar las facultades en la "señorita alcaldesa municipal", pues este tipo de Acuerdos son actos regla y como tales son generales, impersonales y abstractos, debiendo otorgarse las facultades al Alcalde como funcionario abstracto y no a una persona determinada.

CUARTO CARGO: Expedición en forma irregular.

El Acuerdo fue expedido en forma irregular, al no tener una unidad completa y dejando espacios en blanco para que fueran completados después por la Alcaldía.

La participación del Alcalde en la formación de un Acuerdo sólo es viable con el ejercicio de la iniciativa y posteriormente con la sanción o las objeciones, debiendo ser determinado y definido en su integridad el contenido del Acuerdo por el Concejo Municipal, sin que sea posible la posterior participación del Alcalde para completarlo, tal como ocurrió con los literales a) y d) del artículo 3o. del Acuerdo No. 034.

Con lo anterior se violó el artículo 107 del Decreto Ley No. 1333 de 1986, que dispone que los Acuerdos deben aprobarse en tres debates, celebrados en tres días distintos. El texto del Acuerdo impugnado fue aprobado parcialmente y completado posteriormente por la Alcaldía.

QUINTO CARGO: Ilegalidad de los artículos 1o., 2o., 5o., 6o. y 9o. del Decreto No. 065 de 1991.

La Alcaldía Municipal era incompetente para expedir el acto, pues carecía de precisas facultades para tal efecto, ya que en el Acuerdo No. 034 de 1991, que otorgó las facultades extraordinarias, no se determinó cuál era el tope de los préstamos de vivienda (literal a) del artículo 3o.), ni tampoco cuál era el tope de los intereses de financiación (literal d) *ibídem*).

Estas dos limitaciones fueron dejadas abiertas y llenadas posteriormente por la Alcaldía, tal y como se ordenó en el último artículo del Decreto No. 065 de 1991. Como estos dos aspectos eran fundamentales para el ejercicio de las facultades extraordinarias, la disposición no puede subsistir sin ellos.

De otra parte, el Alcalde carece de competencia para modificar el contenido de los Acuerdos Municipales. Por medio de los artículos 5o. y 6o. se modificaron ilegalmente los literales a) y d) del artículo 3o. del Acuerdo que le confirió la facultad extraordinaria.

Si bien es cierto que un Decreto expedido con base en facultades extraordinarias tiene la misma categoría de los Acuerdos Municipales, también lo es que el Alcalde tiene la obligación de respetar el Acuerdo que le dió las facultades, que para los efectos legales se considera norma superior, pudiéndose denominar también dicho, vicio como violación de la regla de fondo o de la norma superior.

1.3. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 15 de julio de 1994, que fue oportunamente apelada por la parte actora.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión apelada, el *a-quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

Frente al cargo de violación de la regla de fondo, el Tribunal se remite a lo expresado por el doctor Carlos Betancur Jaramillo en su obra Derecho Procesal Administrativo, 3a. Edición, página 163:

"...Cuando la ley habla de la expresión de las disposiciones violadas no se cumple el requisito con la simple cita del ordenamiento a que pertenece la norma o normas infringidas, sino que deben señalarse éstas con toda precisión. Por tanto no se llena dicho requisito con afirmaciones como éstas: Normas violadas: el código civil, la ley 135 de 1961 y el decreto 3135 de 1968; sino que tendrá que expresarse, por ejemplo: estimo como violados los arts. 672 y 1546 del código civil; el 24 de la ley 135 de 1961 y el 41 del decreto 3135 de 1968.

Pero no sólo deberá expresarse la norma que se estima infringida por el acto, sino que tendrá que explicarse el alcance y el sentido de la infracción, o sea, el concepto de la violación.

Esta exigencia de cita de las disposiciones violadas y del concepto de la violación fuera de ser legal ha sido objeto de delimitación por parte del Consejo de Estado, organismo que en forma reiterada ha sostenido que en el proceso contencioso administrativo no se da un contrrol general de legalidad y que el juzgador no tendrá que analizar sino los motivos de violación alegados por el actor y las normas que este mismo estime como vulneradas...".

En cuanto a la segunda causal de impugnación puede predicarse igual cosa. Además, no es cierto lo afirmado por el demandante de "que debe declararse nulo el artículo 3o. del acuerdo 34 de 1991 porque viola el numeral. 7o. del artículo 92 del Decreto No. 1333 de 1986, al no precisar las facultades con que contaría el alcalde", porque en el artículo 3o. del Acuerdo en cuestión (folio 21 cuaderno principal), se le confieren facultades claras y precisas a la Alcaldesa, sobre la materia de que se trata.

Respecto del cargo de expedición irregular, por no expedirse el Acuerdo como una unidad completa, dejando espacios sin llenar, se tiene que no pasa de ser una afirmación proveniente de la parte demandante, huérfana de medios probatorios que lleven al juzgador la convicción sobre este aserto.

Finalmente, frente a la consideración de incompetencia de la Alcaldía para expedir el Decreto No. 065 de 1991, debe decirse que de la simple lectura de los literales a) y d) del artículo 3o. del Acuerdo No. 034 (folios 21 y 22 del cuaderno principal), se encuentra que: "Los préstamos de vivienda no podrán superar el tope de $7.000.000", con un "interés mensual sobre saldos del uno y medio por ciento (1.5%)".

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia del recurrente con el fallo apelado pueden resumirse así:

Respecto de la violación de la regla de fondo el Tribunal retomando la doctrina de Carlos Betancur Jaramillo se abstuvo de analizar dicha causal, no teniendo en cuenta que sí se expresó el concepto de violación, cuando se dijo:

"Como se puede observar de la lectura de los artículos 3 del acuerdo 34 de 1991 y 5 y 6 del decreto 65 de 1991, las condiciones fijadas no se condicionaron (sic) a los planes que tuviera el Instituto de Crédito Territorial en sus programas de vivienda popular para la clase trabajadora (hoy INURBE)".

Frente al segundo cargo el Tribunal reiteró el mismo argumento, sin distinguir que se refería a dos argumentos diferentes, expuestos en subnumerales distintos: el 2.1 y el 2.2., que tratan temas y causales de nulidad distintos: Inexistencia del objeto del Acuerdo y no otorgamiento de facultades precisas y pro tempore.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La inconformidad del recurrente con la decisión del fallador de primera instancia se concreta al hecho de que éste consideró que en el primero y segundo cargos no se había explicado el concepto de violación y confundió en uno sólo los cargos de inexistencia del objeto del Acuerdo y no otorgamiento de facultades precisas y pro tempore.

Al respecto, la Sala estima que le asiste la razón al apelante. En efecto, el primer cargo se centra en la violación por parte de los artículos 3o. del Acuerdo No. 034 de 1991 y 5o, y 6o. del Decreto No. 065 del mismo año del parágrafo del artículo 1o. de la Ley 130 de 1985, por cuanto las condiciones fijadas en aquéllos no se sujetaron a los planes que estableció el Instituto de Crédito Territorial en los programas de vivienda popular para la clase trabajadora.

Al respecto, cabe advertir que el Acuerdo No. 034 fue expedido el 8 de septiembre de 1991 y el Decreto No. 065 lo fue el 6 de octubre del mismo año.

La Ley 3a. de 15 de enero de 1991 "Por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones", que entró a regir a partir del 16 de enero de 1991, en su artículo 44 dispuso:

"Deróganse el artículo 1o. de la ley 130 de 1985 ....".

En consecuencia, basta esta simple consideración para desestimar el cargo analizado, puesto que al haber desaparecido del mundo jurídico dicha norma, mal puede considerarse que fue infringida por los actos acusados, que fueron expedidos con posterioridad a su derogatoria.

El segundo argumento del recurrente consiste en que el Tribunal no distinguió entre dos cargos propuestos: Inexistencia del objeto del Acuerdo y no otorgamiento de facultades precisas y pro tempore.

Encuentra la Sala que en efecto el Tribunal subsumió los dos cargos en uno sólo: en el de no otorgamiento de facultades precisas y pro tempore. Por ello procede a estudiarlos separadamente.

En lo tocante al cargo de la inexistencia del objeto del Acuerdo No. 034 de 1991 parte el actor del supuesto de que el Fondo de Vivienda para Empleados del Municipio de Sabaneta ya no existe porque el artículo 1o. del Acuerdo No. 006 de 1989 creó el Fondo Obrero Municipal de la Vivienda y en su artículo 44 derogó el Acuerdo No. 064 de 1987 que había creado aquél.

Tal afirmación carece de sustento jurídico, pues del contenido del Acuerdo No. 006 de 1989 "POR MEDIO DEL CUAL SE REORGANIZA EL FONDO OBRERO" se infiere que el Fondo de la Vivienda para Empleados del Municipio de Sabaneta, creado por los Acuerdos Nos. 064 de 1987 y 01 de 1988, cuyos beneficiarios eran únicamente los empleados del municipio de Sabaneta, fue reorganizado a través de dicho Acuerdo No. 006 como Fondo Obrero Municipal de la Vivienda, y señaló como beneficiarios del mismo, no sólo a los empleados del municipio sino también a los trabajadores oficiales vinculados a dicha entidad territorial, a los particulares que no tengan facilidad de adquirir sus viviendas a través de otras entidades y a los pensionados directamente por el municipio (artículo 1o.).

En consecuencia, no está llamado a prosperar este cargo.

Ahora, frente al cargo de no otorgamiento de facultades precisas y pro tempore, por considerar el demandante que el artículo 3o. literales a) y d) del Acuerdo No. 034 de 1991 viola directamente el numeral 7o. del artículo 92 del Decreto Ley 1333 de 1986, la Sala procede a su confrontación así:

El artículo 92 del Código de Régimen Municipal dispone:

"Son atribuciones de los concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

1a.) ...

7a.) Autorizar al Alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes municipales y ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a los Concejos; ...".

Por su parte, los literales a) y d) del artículo 3o. del Acuerdo No. 034 de 1991 prescriben:

Artículo 3o.: Facúltase a la Señorita Alcaldesa Municipal por el término de sesenta días (60) para que con la asesoría de una comisión que el Concejo designe para tal fin reglamente el funcionamiento de estos fondos, teniendo en cuenta para ello:

a. Los préstamos de vivienda no podrán superar el tope de $7.000.000.

b. ...

d. Los intereses de financiación serán 6% Anual...".

El artículo 10o. del Decreto No. 065 de 1991, dispone: "... y se ordena llenar los espacios correspondientes en el acuerdo para que sea sometido a la revisión por parte de la Sección Jurídica del Departamento".

Al analizar detenidamente el texto del Acuerdo No. 034 de 1991 se advierte que tales espacios en blanco son los referentes al tope de "$7.000.000,oo" para los préstamos de vivienda, a que se contrae el literal a del artículo 3o., y al tope de los intereses de financiación "6% Anual", a que se refiere el literal d *ibídem.* A tal conclusión llega la Sala ya que se observa con meridiana claridad que el tipo de máquina de escribir utilizado para consignar dicha cifra y porcentaje difiere sustancialmente del empleado en el resto del texto del Acuerdo.

En estas condiciones, estima la Sala, que no puede hablarse de precisión para el ejercicio de las facultades extraordinarias objeto del Acuerdo en cuanto a estos aspectos se refiere, razón por la cual es procedente acceder al decreto de nulidad de los literales mencionados del Acuerdo No. 034 de 1991, así como del parágrafo del artículo 1o. y los artículos 5o., 6o., en cuanto son desarrollo de los expresados literales, y 10o., este último en cuanto a la frase "y se ordena llenar los espacios correspondientes en el acuerdo", del Decreto No. 065 de 1991 y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

Finalmente cabe resaltar que la censura atinente a la carencia de término para el ejercicio de las facultades extraordinarias está desprovista de fundamento ya que el artículo 3o. del Acuerdo No. 034 de 1991 fue claro en señalar el término de sesenta (60) días para que la Alcaldesa Municipal de Sabaneta reglamentara los Fondos de Vivienda y Calamidad Doméstica.

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): **REVÓCASE** la sentencia apelada, y, en su lugar, se dispone: **DECLÁRASE** la nulidad de los literales a) y d) del artículo 3o. del Acuerdo No. 034 de 8 de septiembre de 1991, expedido por el Concejo Municipal de Sabaneta; del parágrafo del artículo lo., los artículos 5o., 6o. y la frase "...y se ordena llenar los espacios correspondientes en el acuerdo..." del artículo 10o. del Decreto No. 065 de 6 de octubre de 1991, expedido por la Alcaldesa Municipal de Sabaneta.

2o) **DENIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

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 20 de abril de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

ACTOS ACUSADOS EXPEDIDOS BAJO LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DEL 86/ INCOSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE/ASOCIACIONES DE PADRES DE FAMILIA/LEY GENERAL DE EDUCACIÓN/SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Improcedencia

Esta Corporación, en reciente pronunciamiento rectificó la posición jurisprudencial que había venido sosteniendo en relación con el análisis de los actos acusados expedidos bajo la vigencia de la anterior Constitución Nacional y precisó al efecto que en aras de preservar la supremacia de la Constitución Política en el ordenamiento jurídico y para dar cabal cumplimiento al principio fundamental estatuído en el artículo 4o. de la norma de normas se impone para el juzgador frente al fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente disponer la declaratoria de inaplicabilidad del acto administrativo que se encuentra incurso en ella. No obstante lo anterior, estima la Sala que en el evento sub lite es menester dilucidar, a través de un estudio de fondo, impropio de efectuar en esta etapa inicial del proceso, si por estar afecta la función de las Asociaciones de Padres de Familia al servicio Público de la Educación, los aspectos a que se contraen los actos acusados pueden ser o no regulados por el Gobierno Nacional y si dentro de las disposiciones que consagra la Ley 115 de 1994 "Por el cual se expide la Ley general de educación ", existen o no previsiones referentes a tales Asociaciones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3167. Acción: Nulidad Actores: JORGE ENRIQUE HURTADO CALDERÓN Y OTROS.

Se decide el recurso de reposición oportunamente interpuesto por los actores contra el auto de 20 de enero del presente año, por el cual se denegó la suspensión provisional de los efectos de los artículos 1o. a 3o., 5o., 6o., 9o. y 10o. del Decreto No. 1625 de 6 de septiembre de 1972 "Por el cual se dictan normas sobre asociaciones de padres de familia"; 1o. del Decreto No. 466 de 18 de febrero de 1983 "Por el cual se modifica el artículo 1o. del Decreto 1625 de septiembre 6 de 1972" ; y 2o. y 3o. del Decreto No. 1068 de 27 de mayo de 1994 "Por el cual se modifica parcialmente el Decreto número 1625 de 1972", expedidos por el Gobierno Nacional.

I.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de inconformidad de los recurrentes pueden resumirse así:

1o): Si bien es cierto, como se expresa en las consideraciones del auto recurrido, que las normas acusadas contenidas en los Decretos Nos. 1625 de 6 de septiembre de 1972 y 466 de 18 de febrero de 1983, fueron expedidas bajo la Constitución de 1886, que en su artículo 120 ordinal 12 facultaba al Gobierno Nacional para reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional sin sujeción a la ley, también lo es que es otro el funcionario u organismo el que debe inspeccionar y vigilar a las Asociaciones de Padres de Familia, que son entes de carácter privado, que aún cuando tienen como finalidad un aspecto educativo, no es éste su primordial fin, sino el de la defensa de los intereses de los asociados.

La facultad de inspección y vigilancia está regulada por el Decreto No. 059 de 21 de febrero de 1991, expedido por la Alcaldía Mayor de Bogotá.

2o): Las normas acusadas del Decreto No. 1068 de 17 de mayo de 1994 a la luz de la nueva Constitución están derogadas porque ésta contempla que el procedimiento para la inspección y vigilancia de las entidades de utilidad común, como son las Asociaciones de Padres de Familia, corresponde a la ley.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Corporación, en reciente pronunciamiento rectificó la posición jurisprudencial que había venido sosteniendo en relación con el análisis de los actos acusados expedidos bajo la vigencia de la anterior Constitución Nacional y precisó al efecto 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 el artículo 4o. de la norma de normas se impone para el Juzgador frente al fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente disponer la declaratoria de inaplicabilidad del acto administrativo que se encuentra incurso en ella.

No obstante lo anterior, estima la Sala que en el evento *sub-lite* es menester dilucidar, a través de un estudio de fondo, impropio de efectuar en esta etapa inicial del proceso, si por estar afecta la función de las Asociaciones de Padres de Familia al servicio público de la educación, los aspectos a que se contraen los actos acusados pueden ser o no regulados por el Gobierno Nacional y si dentro de las disposiciones que consagra la Ley 115 de 1994 "Por la cual se expide la ley general de educación", existen o no previsiones referentes a tales Asociaciones.

Las consideraciones precedentes conducen a confirmar el proveído recurrido, denegatorio de la medida de suspensión provisional.

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

RESUELVE:

CONFÍRMASE la providencia recurrida.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 20 de abril de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

CONCEJOS MUNICIPALES-Función/PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS/PROYECTO DE ACUERDO DE PRESUPUESTO APROBADO-Envío/ALCALDE

Porque la función de "expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos atribuída a los Concejos Municipales por la Constitución (art. 313-5) y por la ley (art. 92-5o. Decreto 1333 de 1986) se cumple a cabalidad en la medida en que el proyecto de acuerdo de presupuesto presentado por el alcade haya surtido los debates reglamentarios y aprobados en las sesiones ordinarias de noviembre y su prorroga de 10 días del mes de diciembre, sin que su envío o remisión al alcalde para efecto de su sanción tenga incidencia alguna en el ejercicio de la mencionada función o pueda considerársele como parte integrante de la misma condición sine qua non para reputarse plenamente satisfecha, pues ello es un hecho que se realiza con posterioridad a dicho ejercicio. Por lo que respecta a la afirmación según la cual el Concejo estaba en la obligación de enviar al alcalde el Proyecto de Acuerdo de Presupuesto probado a más tardar el día siguiente a que ello ocurrió, la Sala se remite a lo expuesto en el análisis del primer cargo y, adicionalmernte, considera que la invocación del artículo 113 inciso tercero del Decreto 1333 de 1986 resulta fuera de contexto en la materia objeto de *litis,* toda vez que no se está discutiendo que dentro de los seis días siguientes al receso del Concejo el Alcalde debía publicar el Proyecto de Acuerdo sancionado u objetado, lo cual, por demás, resultaba imposible ante la inexistencia de las dos hipótesis que prevé la norma.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia.: Expediente No. 2892. Actor: CARLOS LUIS DÁVILA ROSAS.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el ordinal segundo de la parte dispositiva de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 23 de septiembre de 1994.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano Carlos Luis Dávila Rosas, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander la declaratoria de nulidad del Decreto No.0660 de 24 de diciembre de 1993, "por el cual se adopta y liquida el Presupuesto de Rentas e Ingresos y Gastos del Municipio de San José de Cúcuta para la vigencia fiscal de1994", expedido por el Alcalde de dicho Municipio.

b.- Los hechos de la demanda

Ellos son, en resumen, los siguientes (fls. 1 a 2 Cdno. Ppal.):

El 10 de noviembre de 1993 el Alcalde de la mencionada localidad radicó en la Secretaría del Concejo Municipal el proyecto de Acuerdo por el cual se adopta el presupuesto para la vigencia fiscal de 1994, el cual, previo estudio, se aprobó por el Cabildo en las sesiones llevadas a efecto los días 25 de noviembre y 6 y 10 de diciembre del mismo año.

El 24 de diciembre de 1993 el alcalde expidió el acto acusado, a pesar del conocimiento que tenía acerca de la aprobación del aludido proyecto de Acuerdo, como consta en el oficio que remitió al Presidente del Concejo el 21 de diciembre.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas por las razones que, expresadas en su demanda, se sintetizan a continuación (fls. 3 a 16 Cdno. Ppal.):

Primer cargo.- Violación de los artículos 313 numeral 5 de la Constitución Política y 92 ordinal 5o. del Decreto 1333 de 1986, pues mientras que estas normas atribuyen a los Concejos la función de expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del municipio, el Alcalde de Cúcuta, aduciendo que el Concejo no le había enviado para sanción el Proyecto de Acuerdo antes del 25 de diciembre de 1993, adoptó un presupuesto que no correspondía al Proyecto por él presentado al Concejo, cuando en realidad dicha Corporación "... había aprobado y expedido el Acuerdo sobre dicha materia en las

sesiones de noviembre y su prórroga de 10 días de diciembre...", de lo cual se notificó dicho funcionario mediante oficio de 21 de diciembre del citado año, dirigido al Presidente del Concejo, y a través del oficio que éste último le remitiera el 24 de diciembre.

Segundo cargo.- Violación de los artículos 111 del Decreto 1333 de 1986 y 76 del Acuerdo 036 de 1990, "por el cual se dicta el Estatuto Fiscal del Municipio de San José de Cúcuta", los cuales disponen que aprobado en tercer debate un acuerdo se pasará al alcalde para su sanción y que el Concejo Municipal aprobará y expedirá el Acuerdo de Presupuesto de la administración central dentro de las sesiones de noviembre y la prórroga de 10 días de diciembre, por cuanto dicho acuerdo fue tramitado, aprobado y expedido dentro del mencionado término, como se prueba con los oficios referenciados en el ordinal precedente, y con la remisión que del mismo hizo el Secretario del Concejo el 23 de diciembre de 1993 y el oficio de 6 de enero de 1994, contentivo de las objeciones de inconstitucionalidad e ilegalidad formuladas por el alcalde. Además, en el acto acusado "... se interpreta el término expedir como cursar, tramitar, remitir o despachar, pero toma sólo las últimas acepciones para decir que es enviar cuando las últimas acepciones son del derecho comercial" (sic). Debe tenerse en cuenta que la aprobación de un acuerdo es el asentimiento de la mayoría de los concejales al texto del mismo y su expedición hace referencia al procedimiento y pasos que deben seguirse en el concejo municipal para tramitar la iniciativa hasta el final.

Tercer cargo.- Violación de los artículos 348 y 353 de la. Constitución, 43 de la Ley 38 de 1989 y 78 del Acuerdo 036 de 1990, los cuales norman que en caso de que el concejo municipal no hubiere expedido el acuerdo de presupuesto dentro del término de sesiones de noviembre y su prórroga de 10 días de diciembre regirá el proyecto presentado por el alcalde, pues el Presupuesto que contiene el decreto acusado es otro, con una estructura de rentas y gastos diferentes.

Efectivamente el proyecto presentado por el Alcalde tiene las siguientes características:

"1o.)	0010201	TASAS Y DERECHOS.....	202.858.160
	0010202	MULTAS.....	79.118.117
	0010207	OTROS INGRESOS NO TRIBUTARIOS	29.000.000

"2o.) Aparecen nuevas dependencias como SECRETARÍA DE TRANSPORTES Y MANTENIMIENTO, SECRETARÍA DE DESARROLLO SOCIAL Y SECRETARÍA DE DESARROLLO FRONTERIZO.

"3o.) No aparecen las siguientes dependencias: Tesorería Municipal, Secretaría de Obras Municipal, Departamento Administrativo de Control Urbano, Departamento Administrativo de Tránsito, Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Centro Cultural Municipal y Dirección Jurídica.

"En cambio en el Decreto 660 de 1993 encontramos lo siguiente:

"1o.)	0010201	TASAS Y DERECHOS.....	172.858.160
	0010202	MULTAS.....	41.118.117
	0010207	OTROS INGRESOS NO TRIBUTARIOS	97.000.000

"2o) No aparecen las siguientes dependencias que sí venían en el proyecto del Alcalde: Secretaría de Transportes y Mantenimiento, Secretaría de Desarrollo Social y Secretaría de Desarrollo Fronterizo.

"3o) Aparecen las siguientes dependencias que no venían en el proyecto presentado al Concejo por el Alcalde: Tesorería Municipal, Secretaría de Obras Municipal, Departamento Administrativo de Control Urbano, Departamento Administrativo de Tránsito, Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Centro Cultural Municipal y Dirección jurídica".

Cuarto cargo.- Violación de los artículos 89 y 91 del Acuerdo 036 de 1990, que tratan sobre el "Decreto de Liquidación" del Presupuepto y de la "Liquidación sin Acuerdo del Concejo", respectivamente, pues a pesar de que el segundo de ellos está fuera de contexto en el Código Fiscal, el primero de los mencionados pauta la manera de liquidar el presupuesto y supone que hay un proyecto presentado por el alcalde, al cual se le añade lo que modifica el concejo municipal. Es decir, no puede suponerse que haya decreto de liquidación sin tener a la mano los dos proyectos de presupuesto: el presentado por el alcalde y el aprobado por el concejo. Por consiguiente, si no existió acuerdo de presupuesto aprobado por el concejo como se asume en el acto acusado, el decreto de su liquidación debería ser el mismo proyecto de presupuesto presentado por el alcalde a consideración del concejo, lo cual no ocurrió así.

Quinto cargo.- Violación de los artículos 339, 346, 352 y 353 de la Constitución, 5o., 23 y 24 de la Ley 38 de 1989 y 51 del Acuerdo 036 de 1990, que tratan sobre Planes y Programas de Desarrollo Económico y Social y de Obras Públicas, Plan General de Inversiones Públicas Plurianual y Plan Operativo de Inversiones, toda vez que en el Municipo de Cúcuta no existe ninguno de dichos Planes, como se demuestra con la constancia expedida el 11 de enero de 1994 por el Director del Departamento Administrativo de Planeación Municipal, que se anexa, en la cual se expresa que "...se encuentra en proceso de revisión el Plan de Inversiones Plurianual, como componente del Plan de Desarrollo de Cúcuta, con el objeto de presentarse para su respectiva aprobación al Honorable Concejo Municipal". En consecuencia, "... si no hay PLAN DE INVERSIONES PLURIANUAL aprobado por el Concejo Municipal no puede haber Plan Operativo Anual de Inversión por cuanto éste se extracta de aquél, luego la inversión incluida en el Decreto 660 de 1993 es ilegal y vicia a su vez de ilegal el citado Decreto".

Sexto cargo.- Violación del artículo 15 de la Ley 53 de 1990, pues "sin haber Plan de Desarrollo en el Municipio de Cúcuta y mucho menos PLAN DE INVERSIONES

PLURIANUAL, se aprobó mediante Acuerdo 053 de 1993 un plan de inversiones para 1994 incluyendo la inversión forzosa del I.V.A. Sinembargo, como lo manifiesta en su oficio de noviembre 10 de 1993 el Director de Planeación Municipal, oficio que se acompaña al Proyecto de Presupuesto presentado por el Alcalde el 10 de noviembre de 1993, el Consejo de Gobierno Municipal en su sesión del 11 de octubre de 1993 le hizo modificaciones al Acuerdo 053 de 1993; estas modificaciones fueron incluidas en el Proyecto de Acuerdo de Presupuesto presentado por el Alcalde al Concejo el 10 de noviembre de 1993 y también fueron incluidas esas modificaciones en el Decreto 660 de1993, por el cual se adoptó el presupuesto para 1994, luego ese Decreto es ilegal ya que las modificaciones a un Acuerdo no pueden hacerse sino mediante otro acuerdo y no por Decreto del Alcalde. Y para el caso específico el art. 15 de la Ley 53 de 1990 le atribuye esa competencia al Concejo Municipal".

Séptimo cargo.- Falsa motivación por cuanto en el acto acusado se expresa que el Concejo Municipal de Cúcuta no aprobó ni expidió el Acuerdo de Presupuesto para la vigencia fiscal de 1994, lo cual riñe con la verdad fáctica y jurídica.

d.- Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión la parte demandada expresa los argumentos que se sintetizan a continuación (fls. 396 a 401 y 595 a 610 Cdno. Ppal.):

Luego de referirse a los hechos de la demanda, aceptando unos y negando otros, y de formular glosas al trámite del Acuerdo aprobatorio del Presupuesto, por considerar que no estuvo acorde con las previsiones del Acuerdo 18 de 1993 - Reglamento Interno del Concejo Municipal, la apoderada de la parte demandada manifiesta que el Ejecutivo presentó oportunamente el proyecto de Presupuesto, el cual una vez aprobado en primer debate no se devolvió a la Secretaría de Hacienda para efectuar los ajustes y enmiendas, como lo prevé el artículo 75 del Código Fiscal, sin que tampoco en el curso de las sesiones ordinarias y su prórroga se hubiera recibido solicitud alguna de creación de rentas, cambios de tarifas, inclusión de nuevas partidas o traslados de las mismas. Agrega que a pesar de las solicitudes formuladas por el Alcalde en fechas 13, 17 y 21 de diciembre de 1993, el Concejo no le remitió el Proyecto de Acuerdo en el término de la distancia, como debía, pretendiendo con ello recortar los términos perentorios de que disponía para sancionarlo u objetarlo y proceder a su liquidación y publicación antes del 1o. de enero de 1994. Ante tal circunstancia y en desarrollo de los artículos 130 del Decreto 1333 de 1986 y 315-3 de la Carta Política, se hizo indispensable adoptar y liquidar el Proyecto de Presupuesto presentado por el Ejecutivo, ajustándolo a la estructura administrativa vigente, contenida en el Acuerdo 029 de 1992, y dotándola de los correspondientes rubros, todo ello con fundamento en los artículos 90 y 91 del Código Fiscal del Municipio.

Si se tiene en cuenta la definición idiomática de las expresiones "aprobar" y "expedir", "... es claro que el contenido de los artículos 266 del Decreto 1333 de 1986 y 76 y 78 del Acuerdo No.036 de 1990 al emplear el término EXPEDIR dicha acción ha debido

desarrollarse en los términos previstos en las citadas disposiciones, en la primera durante las sesiones de noviembre de cada año incluido el período de prórroga, esto es antes de la medianoche del día 10 de diciembre de cada año atendiendo lo dispuesto en el Estatuto Fiscal Municipal, siendo el término EXPEDIR, mandar, remitir, despachar un documento...". Además, ni el artículo 266 del Decreto 1333 de 1986 ni el Código Fiscal del Municipio "..., determinan que el Acuerdo de Presupuesto sea aprobado sino expedido".

Finalmente se propone la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, por no individualizarse en ella las pretensiones.

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 actuaciones:

Por auto de 21 de febrero de 1994 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado, decisión esta última que apelada por el actor, se revocó por esta Corporación mediante providencia de 19 de mayo de dicho año y en su lugar, se accedió a la medida precautelativa impetrada (fls. 384 a 387 Cdno. Ppal. y 5 a 24 cdno. No.2).

Mediante proveído de 26 de mayo de 1994 se decretaron y/o denegaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 526 a 527 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 demandada y el último de los mencionados (fls. 577 a 610 *ibídem*).

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el tribunal *a-quo* declaró la nulidad del acto acusado, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 684 a 700 *ibídem*):

De las actas números 060 de 25 de noviembre, 063 de 6 de diciembre y 066 de 10 de diciembre de 1993, contentivas de las sesiones del Concejo Municipal de Cúcuta, decretadas como pruebas del proceso, perfectamente se colige que el Proyecto de Acuerdo No. 117 por el cual se adopta el presupuesto de rentas y gastos de la misma municipalidad para la vigencia fiscal de 1994, surtió los tres debates de rigor que para la época se exigían y obtuvo la mayoría de votos de los concejales allí presentes. Ello se corrobora con la comunicación de 24 de diciembre de 1993, en la que el Presidente del Cabildo manifiesta al Alcalde que se expidió y aprobó el Acuerdo de Presupuesto y que en tal día se estaba revisando y mecanografiando para serle remitido. El envío se hizo efectivo por la Secretaría del Concejo a través del oficio 712 de 23 de diciembre del mismo año, el cual se recibió en la Alcaldía el 27 siguiente.

No es de recibo la interpretación restrictiva que la demandada pretende dar al verbo "expedir" con base en su significado gramatical, pues el Estado, para expresar su voluntad administrativa,".., debe prevalerse de un instrumento jurídico que también se prevé en la norma positiva como condición esencial para su validez, que no es otro que el llamado trámite legal y tal procedimiento para la formación de ese acto es lo que configura la llamada expedición; y en tal sentido no cabe la menor duda de que el proyecto de acuerdo presupuestal efectivamente fue expedido, por surtir en el cabildo la ritualidad que al efecto exige la ley". De otra parte, "...el punto de la aprobación del proyecto de acuerdo presupuestal es pacífico..," (sic), dado que el Alcalde en su oficio de objeciones que dirige al Concejo así lo hace manifiesto, de donde se concluye que dicho proyecto no solo se expidió sino que se aprobó dentro de los límites temporales previstos en el artículo 266 del Decreto 1333 de1986, en armonía con el artículo 76 del Acuerdo 036 de 1990 - Estatuto Fiscal del Municipio de San José de Cúcuta "... siendo a su vez evidente que no podía entrar a regir el proyecto presupuestal presentado por el gobierno municipal como lo prevé el artículo 78 *ibídem,* por no darse la limitante temporal de que trata la misma norma antes de la medianoche del 10 de diciembre".

La circunstancia de haberse remitido al Alcalde el Proyecto de Acuerdo aprobado en tercer debate el día 27 de diciembre de1993, si bien es censurable, debido a que debía empezar a regir el 1o. de enero de 1994, no autorizaba a la administración municipal para variar el trámite regular y reglamentario al efecto previsto en los artículos 112 y 113 del Decreto 1333 de 1986, cual era el de sancionarlo u objetarlo dentro del lapso previsto en la última disposición, y proceder a la expedición del acto acusado, a sabiendas de que había sido aprobado por el Concejo Municipal.

El tribunal *a-quo* "no se explica tampoco porqué se arguye en los considerandos del acto impugnado, que se imponía la liquidación del presupuesto conforme a los artículos 89 y 91 del Código Fiscal del Municipio, pues no se daba el presupuesto previsto en la última norma, cual es la de que el Concejo no expida el acuerdo de presupuesto dentro del limite temporal atrás visto, sin que a su vez sea de recibo el argumento de orden gramatical ya citado, para concluir que no se había expedido el proyecto de acuerdo tantas veces mencionado".

Como quiera que tampoco se daba el fenómeno de la repetición del presupuesto, como lo relievó el Consejo de Estado en el acto que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión denegatoria de suspender el acto acusado, de ello se concluye que con la expedición del Decreto 0666 de 24 de diciembre de 1993 por parte del Alcalde de Cúcuta se vulneraron los artículos 313-5 de la Carta Política y 92-5 del Decreto 1333 de 1986. "... que establecen claramente que es de resorte del Concejo la expedición anual del presupuesto de rentas y gastos del municipio, función ésta que se cumplió dentro de la oportunidad legal, usurpando el alcalde por lo mismo... (...)... la competencia del cabildo en esta materia", lo cual acarrea su nulidad, sin que sea necesario analizar los demás cargos formulados en la demanda.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Ellos son, en síntesis, los siguientes (fls. 703 a 713 Cdno. Ppal.):

Primer cargo.- El tribunal no tuvo en cuenta que el sentido y el significado gramatical del verbo "expedir" utilizado en el artículo 266 del Decreto 1333 de 1986 y en las normas fiscales del Municipio de Cúcuta para referirse a la función de los concejos de "expedir anualmente el Presupuesto de Rentas y Gastos", no es otro que el de remitir al alcalde por escrito el Proyecto de Acuerdo de Presupuesto aprobado dentro del mismo término de las sesiones de noviembre de cada año, incluido el período de prórroga. Independientemente de si el Acuerdo de Presupuesto fue debidamente aprobado y expedido por el Concejo, el hecho rigurosamente cierto es que el Presidente de esa Corporación no lo remitió al Alcalde para su sanción en forma inmediata, como lo ordena la ley, pues está probado que ello solo se efectuó el 27 de diciembre de 1993.

Segundo cargo.- Del análisis del artículo 91 del Acuerdo 036 de 1990, en concordancia con el artículo 78 *ibídem* claramente se deduce que el Concejo debió haber expedido el Acuerdo de Presupuesto antes de la medianoche del 10 de diciembre de 1993, y como tal hecho no se dio a pesar de las múltiples solicitudes elevadas por la Administración Municipal, correspondía al Alcalde proceder a su liquidación, de conformidad con el mencionado artículo 91.

Tercer cargo.- Es equivocada la conclusión del tribunal sobre que el hecho de haber recibido el Ejecutivo Municipal el Proyecto de Acuerdo el día 27 de diciembre de 1993 le imponía la obligación de sancionarlo u objetarlo dentro del lapso previsto en el artículo 113 del Decreto 1333 de 1986 debido al conocimiento informal que tuvo del mismo, según comunicaciones que dirigiera el Presidente del Concejo en fechas 21 y 24 del citado mes y año, pues debiendo empezar su vigencia el 1o. de enero de 1994, el término de ocho días de que disponía para devolverlo con objeciones "..., debía empezar a contarse a partir del día 24 de diciembre, fecha en la que aún no se había remitido el Proyecto y por tal razón no podía realizarse objeción alguna" (sic).

El Concejo estaba en la obligación de enviar al alcalde el Proyecto de Acuerdo de Presupuesto una vez aprobado en tercer debate o a más tardar el día siguiente, pues en el inciso tercero del artículo 113 del Decreto 1333 de 1986 "...en forma clara se contempla la posibilidad ocurrida y es que si el Concejo se pusiere en receso el alcalde está en la obligación de publicar el Proyecto objetado dentro de los seis (6) días siguientes a aquél en que el Concejo haya cerrado sus sesiones".

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Delegado ante esta Corporación se abstuvo de emitir concepto de fondo.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo.- La Sala considera que adolece de vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

1o.- Porque la función de "expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos atribuida a los Concejos Municipales por la Constitución (art. 313-5) y por la Ley (art. 92-5o. Decreto 1333 de 1986) se cumple a cabalidad en la medida en que el proyecto de acuerdo de presupuesto presentado por el alcalde haya surtido los debates reglamentarios y aprobado en las sesiones ordinarias de noviembre y su prórroga de 10 días del mes de diciembre, sin que su envío o remisión al alcalde para efecto de su sanción tenga incidencia alguna en el ejercicio de la mencionada función o pueda considerársele como parte integrante de la misma o condición *sine qua non* para reputarse plenamente satisfecha, pues ello es un hecho que se realiza con posterioridad a dicho ejercicio.

2o.- Porque, como lo expresó la Sala en el auto de 19 de mayo de 1994, como uno de los fundamentos para decretar la suspensión provisional del acto acusado, "..., teniendo en cuenta que la ley (vigente al momento de expedición de dicho acto) 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 aún, si esa demora tuviera por finalidad impedir al alcalde objetar el proyecto ante la inminente iniciación del período fiscal, pero no le permite a este último desconocer 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".

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el segundo cargo.- La Sala considera que debe correr la misma suerte que el precedente, toda vez que está plenamente demostrado en el proceso (fls. 368, 371 a 372 y 373 a 375 Cdno. Ppal.) que el Concejo Municipal de Cúcuta dio aprobación al Proyecto de Acuerdo de Presupuesto para la vigencia fiscal de 1994 dentro del término que establecen los artículos 266 del Decreto 1333 de 1986 y 76 y 78 del Acuerdo 036 de 1990 (fls. 193 a 364), y, por la misma razón, el Alcalde de dicha localidad no podía desconocer su existencia y, menos aún, acudir al artículo 91 del citado Acuerdo 036 de 1990 como fundamento para la expedición del acto acusado.

Por lo anterior, no prospera el cargo.

En relación con el tercer cargo, y en cuanto a los argumentos consignados en su primera parte, la Sala se ve ante la imposibilidad de analizarlos, pues no logra desentrañar el sentido de su fundamentación, basada en que el término de que disponía el Alcalde para objetar el Proyecto de Acuerdo aprobado por el Concejo "... debió empezar a contarse a partir del día 24 de diciembre, fecha en la que aún no se había remitido el Proyecto y por tal razón no podía realizarse objeción alguna".

Por lo que respecta a la afirmación según la cual el Concejo estaba en la obligación de enviar al alcalde el Proyecto de Acuerdo de Presupuesto aprobado a más tardar al día siguiente a que ello ocurrió, la Sala se remite a lo expuesto en el análisis del primer cargo y, adicionalmente, considera que la invocación del artículo 113 inciso tercero del Decreto 1333 de 1986 resulta fuera de contexto en la materia objeto de la *litis*, toda vez que no se está discutiendo que dentro de los seis días siguientes al receso del Concejo el Alcalde debía publicar el Proyecto de Acuerdo sancionado u objetado, lo cual, por demás, resultaba imposible ante la inexistencia de las dos hipótesis que prevé la norma.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

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.- CONFÍRMASE el ordinal segundo de la parte dispositiva de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 23 de septiembre de 1994, en el cual se declaró la nulidad del Decreto 0660 de 24 de diciembre de 1993, expedido por el Alcalde del Municipio de Cúcuta.

Segundo.- En firme esta sentencia y previas las anotaciones, de rigor, remítase 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 sesión de fecha veinte de abril de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL/TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA/RENOVACIÓN DE REGISTRO-Trámite/**RECIBO DE PUBLICACIONES/ CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL/PODER/ARCHIVO DEL EXPEDIENTE/DESISTIMIENTO/DERECHO DE PETICIÓN EN INTERÉS PARTICULAR**

La Sala advierte en primer término que en el presente proceso no se solicitó la interpresentación por vía prejudicial al Tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena a que alude el artículo 61 de la decisión 184 de 1983 toda vez que si bien es cierto se cita como violado el artículo 70 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, también lo es que la controversia no gira sobre el alcance de dicha norma en relación con la utilización de la marca para otorgar la renovación, sino que hace referencia a asunto diferente, como es el cumplimiento de requisitos adicionales para el trámite de la solicitud de renovación del registro, tal como se vera más adelante. Observa la Sala que se infiere que el requisito faltante y por el cual fue archivada la solicitud de la poderdante, es el recibo de publicación por el valor de $960. Ello, porque respecto de los otros dos requisitos, esto es, el poder para actuar y el certificado de existencia y representación legal, se tiene que frente, al primero a folio 45 del expediente el escrito presentado el 26 de mayo de 1989 por la apoderada de la sociedad Gambro Lundia AB, donde manifiesta que "el Documento de poder conferido a nuestro favor, se encuentra procolizado bajo el No. 12374" lo que constató la Sala a folio 4 del expediente. Dicho escrito efectivamente fue presentado dentro del término de los dos meses otorgado por la Superintendencia de Industria y Comercio. Así mismo, en el expediente obran a folios 46 y 47 respectivamente, el recibo de la

publicación por valor de $960 y el memorial con el cual se acompaña dicho recibo. La fecha de presentación de los mismos es 4 de agosto de 1989 lo que indica que el susodicho recibo fue presentado después del término de los dos meses, concedido para tal efecto por la Administración. La exigencia de dicho requisito se encuentra contenida en la Resolución No. 039 de 7 de febrero de 1983 del Ministerio de Desarrollo Económico "Por el cual se fijan las tarifas para las públicaciones en la Gaceta de Propiedad Industrial", cuyo artículo 1o. prescribe: Fíjense las tarifas por concepto de publicaciones que deben hacerse en la Gaceta de Propiedad Industrial, ... e) Publicación Título de Marca y/o Renovación...$960.oo... Resumiendo se tiene que el requisito de la publicación fue presentado extemporáneamente, lo que llevó a la Administración a proferir las resoluciones demandadas, ordenando archivar el expediente por entenderse desistida la petición, de conformidad con los artículos 12 y 13 del C.C.A. Sobre el particular estima la Sala que no le asiste razón al demandante, si en cuenta se tiene lo dispuesto en los artículos 12 y 13 del C.C.A. en los que se regula lo relativo al derecho de petición en interés particular. En efecto, al presentar la solicitud de manera incompleta, la Administración en aplicación de los citados artículos requirió a la interesada para que los aportase en forma completa, otorgándole un plazo de dos meses tal y como se establece en dichas normas. El haberse dado cumplimiento dentro del término establecido únicamente a algunos de los requisitos exigidos, obligaba a la Administración a decidir como en efecto lo hizo: archivando el expediente, pues no se dió cumplimiento oportunamente al requisito de anexar el correspondiente recibo de la publicación, por valor de $960, tal y como lo dispone la Resolución No. 039 de 7 de febrero de 1983 del Ministerio de Desarrollo Económico.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 2976. AUTORIDADES NACIONALES. Actora: GAMBRO LUNDIA AB.

El apoderado de la sociedad Gambro Lundia AB, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho Consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la nulidad de los artículos primero de las Resoluciones Nos. 28330 de 29 de noviembre de 1993 y 0534 de 18 de marzo de 1994, emanadas respectivamente de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio y de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En los hechos se narra que la sociedad demandante es titular del registro No. 108.467 de 26 de septiembre de 1979, vigente hasta el 26 de septiembre de 1989, correspondiente a la marca LUNDIA.

Que el 10 de abril de 1989, y dentro del término previsto en la norma vigente al momento de la presentación de la solicitud (Decreto Reglamentario No. 753 de 1972, art. 5o.), esto es, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de vencimiento del registro, la sociedad accionante solicitó la renovación del registro de la mencionada marca, presentando con dicha solicitud el recibo de pago de los derechos fiscales; las pruebas de uso de la marca objeto de la renovación y la afirmación de que el poder en el cual se acreditaba igualmente la existencia y representación del solicitante, estaba en proceso de protocolización en la División de Propiedad Industrial, según lo previsto en los artículos 54 y 597 del Código de Comercio.

Que mediante auto de 25 de abril de 1989, notificado por estado el 27 del mismo mes y año, se fijó un término de dos meses para que se completara la solicitud mediante la presentación de poder, la certificación de existencia y representación de la sociedad y el recibo de publicación del título de renovación de la marca.

Que dentro del término señalado, mediante memorial presentado el 26 de mayo de 1989, se dio cumplimiento a lo ordenado en el auto en cuestión, indicándose el número del protocolo en el cual reposa el poder otorgado por la sociedad solicitante y en el cual consta igualmente la certificación consular sobre la existencia y representación legal de la misma.

Que la División de Signos Distintivos mediante la Resolución No. 28330 de 29 de noviembre de 1993, es decir, cuatro años después de la solicitud presentada, resuelve negar la renovación con el argumento de que no se dió cumplimiento al requerimiento de esa Oficina dentro del término señalado, razón por la cual el 16 de diciembre de 1993 el solicitante interpuso recurso de apelación, al concluír que había omitido la presentación de un recibo por la suma de $960.oo correspondiente a la Publicación del título de renovación, el cual no debe ser requerido para la presentación de la solicitud, pues no hay norma que así lo disponga, además de no ser un documento que se requiera para que la Administración pueda decidir el asunto, siendo su presentación procedente una vez concedida la renovación, que es la oportunidad en que se expide el título, el cual posteriormente se publica. Agrega que de acuerdo con la legislación vigente tal publicación no se exige.

Que mediante la Resolución No. 0534 de 18 de marzo de 1994, notificada por conducta concluyente el 4 de abril del mismo año, se confirmó la Resolución No. 28330 de 29 de noviembre de 1993 con fundamento en los artículos 12 y 13 del C.C.A., considerando que los documentos proporcionados por el interesado no eran suficientes para decidir el asunto y por tanto la solicitud debía entenderse como desistida.

Como normas violadas se señalan:

1o. El artículo 70 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena por falta de aplicación (siendo aplicable al momento de la presentación de la solicitud), ya que ésta exige como único requisito para tener derecho a la renovación demostrar la utilización

de la marca en cuestión, lo que se acreditó en el presente caso con documentación presentada con la solicitud.

2o. Los artículos 12 y 13 del C.C.A., por aplicación indebida, pues el artículo 12 señala que si los documentos que proporciona el intereaado no son suficientes para decidir, se le requerirá por una sola vez el aporte de lo que haga falta. Para decidir la petición bastaba demostrar la utilización de la marca (artículo 70 de la Decisión 85), o de ser el solicitante una persona jurídica y actuar por medio de apoderado, presentar el respectivo poder (artículo 65 del C. de P. C.). Dichos documentos fueron aportados oportunamente al expediente, lo que hace que la norma citada sea inaplicable en la medida en que la Administración se apoya en ella para denegar la solicitud.

De otra parte, el artículo 13 del C.C.A. dispone que de hacerse el requerimiento de completar los requisitos y no darse respuesta en el término de dos meses, se archivará el expediente. En consecuencia, el anterior precepto también fue aplicado indebidamente, ya que al no ser aplicable al *sub-júdice* el artículo 12 del C.C.A. y no habiéndose dado cumplimiento al artículo 11 *ibídem*, mal podía resultar aplicable el artículo 13. No obstante, cuando el interesado contesta el requerimiento de la Administración, aún en forma incompleta, dicho artículo no es aplicable, pues en tal evento lo es la segunda parte del artículo 12 que dispone que las autoridades decidirán con base en los documentos de que dispongan. Es decir, que solo puede entenderse que hay un desistimiento de la solicitud, cuando el requerimiento de la Adminietración no se responde en ninguna forma.

3o. Los artículos 2o. y 3o del C.C.A, por falta de aplicación, toda vez que la Administración debe velar por la efectividad de los derechos de los administrados, no pudiendo desconocer un derecho de propiedad legítimamente constituído sobre una marca, con el simple argumento de que no se presentó el recibo de publicación del título, requisito que no está establecido en norma alguna, y publicación que según la Decisión 313 vigente almomento de proferirse los actos impugnados, no se requería.

Así mismo, el C.C.A. ha señalado unos claros principios orientadores de la actividad administrativa que deben ser estrictamente observados, varios de los cuales en el presente caso han sido violados, pues se ha presentado un retardo injustificado en la decisión, se han exigido más documentos de los necesarios y en particular se ha hecho caso omiso del principio de eficacia según el cual los procedimientos deben lograr su finalidad, debiéndose remover de oficio los obstáculos puramente formales.

LA ACTUACIÓN

Mediante proveído de 29 de julio de 1994 (folio 29) fue admitida la demanda radicada bajo el No. 2976.

Del auto admisorio de la demanda se notificó al Superintendente de Industria y Comercio, cuyo apoderado tal y como obra a folio 90 contestó la demanda, señalando que la orden de archivo del expediente tuvo como fundamento legal el no cumplimiento

en forma completa del requerimiento efectuado por la Administración, de conformidad con el artículo 13 del C.C.A. Las resoluciones demandadas no violentan normas de carácter superior ni principios orientadores de las actuaciones administrativas, ya que la oficina nacional competente cumplió con el principio del debido proceso y otorgó a la parte interesada plenas garantías para el ejercicio del derecho de defensa, tal y como consta en el expediente No. 300.823 contentivo de la actuación administrativa objeto de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación afirma que como quiera que en el artículo 70 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena nada se dice respecto de poderes, existencia, capacidad y representación legal de una compañía e impuestos, es aplicable lo previsto en el artículo 84 de la misma, según el cual "los asuntos sobre propiedad industrial no comprendidos en el presente Reglamento serán regulados por la legislación interna de los Países Miembros". Por lo tanto, estima que la compañía debió anexar los documentos pedidos.

La solicitud de renovación de un registro marcario está sometida al trámite previsto en los artículos 12 y 13 del C.C.A., tal y como lo efectuó la Superintendencia de Industria y Comercio, por lo que no le asiste razón a la actora sobre la inaplicabilidad de los mismos.

La demandada no actuó con la debida diligencia en el archivo del expediente como lo prevé el inciso final del artículo 13 del C.C.A., así como tampoco la parte interesada hizo uso del derecho de presentar una nueva solicitud, no obstante observar el transcurso del tiempo sin una respuesta de la Administración. Así las cosas, no hay lugar a acceder a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala advierte en primer término que en el presente proceso no se solicitó la interpretación por vía Prejudicial al Tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena a que alude el artículo 61 de la Decisión 184 de 1983, toda vez que si bien es cierto se cita como violado el artículo 70 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, también lo es que la controversia no gira sobre el alcance de dicha norma en relación con la utilización de la marca para otorgar la renovación, sino que hace referencia a asunto diferente, como es el cumplimiento de requisitos adicionales para el trámite de la solicitud de renovación del registro, tal como se verá más adelante.

La cuestión a dilucidar se contrae a determinar si la Superintendencia de Industria y Comercio podía o no exigir el requisito del recibo de pago de los derechos de publicación, por valor de $960.oo, pues como se determinará posteriormente, las otras exigencias (poder y existencia y representación legal de la sociedad), se encuentran satisfechas dentro de las diligencias.

Se halla probado dentro del expediente administrativo No. 300.823 que efectuada la solicitud de renovación de la marca Lundia por parte de la apoderada de la sociedad demandante, la entidad demandada mediante Auto No. 5863 de 25 de abril de 1989 (notificado por estado el 27 del mismo mes y año), requirió a aquella para que completara su solicitud, en el sentido de que aportara los siguientes documentos: 1o. Poder para actuar; 2o. Certificado de Cámara y Comercio; y 3o. Recibo de pago derechos publicación por valor de $960. Dicho auto con base en el artículo 12 del C.C.A. señalaba un plazo de dos meses para el cumplimiento de lo allí estipulado, so pena de dar aplicación al artículo 13 *ibídem.*

Sostiene la demandante que en virtud del artículo 70 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, el único requisito exigido en el mismo para la renovación de la marca, es demostrar su utilización, razón pon la cual los actos acusados lo violan por falta de aplicación. Por su parte, la representante del Ministerio Público aduce que el artículo 84 *ibídem* prescribe que "los asuntos sobre propiedad industrial no comprendidos en el presente Reglamento serán regulados por la legislación interna de los Países Miembros", luego la demandante debía aportar los documentos requeridos.

Frente a lo anterior, observa la Sala que se infiere que el requisito faltante y por el cual fue archivada la solicitud de la poderdante, es el recibo de publicación por valor de $960. Ello, porque respecto de los otros dos requisitos, esto es, el poder para actuar y el certificado de existencia y representación legal, se tiene que frente al primero, a folio 45 del expediente obra el escrito presentado el 26 de mayo de 1989 por la apoderada de la sociedad Gambro Lundia AB, donde manifiesta que "...el Documento de Poder conferido a nuestro favor, se encuentra protocolizado bajo el No. 12.374", lo que constató la Sala a folio 4 del expediente. Dicho escrito efectivamente fue presentado dentro del término de los dos meses otorgado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Frente al segundo requisito, la Sala observa a folios 5 y 6 la certificación de existencia y representación legal de la compañía.

Así mismo, en el expediente obran a folios 46 y 47 respectivamente, el recibo de la publicación por valor de $960 y el memorial con el cual se acompaña dicho recibo. La fecha de presentación de los mismos es 4 de agosto de 1989, lo que indica que el susodicho recibo fue presentado después del término de los dos meses, concedido para tal efecto por la Administración.

La exigencia de dicho requisito se encuentra contenida en la Resolución No. 039 de 7 de febrero de 1983 del Ministerio de Desarrollo Económico "Por la cual se fijan las tarifas para las publicaciones en la Gaceta de Propiedad Industrial", cuyo artículo primero prescribe: "Fíjanse las tarifas por concepto de publicaciones que deben hacerse en la Gaceta de Propiedad Industrial, ... e) Publicación Título de Marca y/o Renovación,... $960.oo...".

Resumiendo, se tiene que el requisito de la publicación fue presentado extemporáneamente, lo que llevó a la Administración a proferir las resoluciones demandadas, ordenando archivar el expediente por entenderse desistida la petición, de conformidad con los artículos 12 y 13 del C.C.A.

El texto de dichas normas es el siguiente:

> "Art. 12.- Solicitud de informaciones o documentos adicionales. Si las informaciones o documentos que proporcione el interesado al iniciar una actuación administrativa no son suficientes para decidir, se le requerirá, por una sola vez, con toda precisión y en la misma forma verbal o escrita en que haya actuado, el aporte de lo que haga falta. Este requerimiento interrumpirá los términos establecidos para que las autoridades decidan. Desde el momento en que el interesado aporte nuevos documentos o informaciones con el propósito de satisfacer el requerimiento, comenzarán otra vez a correr los términos pero, en adelante, las autoridades no podrán pedir más complementos, y decidirán con base en aquello de que dispongan.
>
> "Art. 13.- Desistimiento. Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud si hecho el requerimiento de completar los requisitos, los documentos o las informaciones de que tratan los dos artículos anteriores, no da respuesta en el término de dos (2) meses. Acto seguido se archivará el expediente, sin perjuicio de que el interesado presente posteriormente una nueva solicitud".

Respecto de las anteriores normas la demandante afirma que fueron indebidamente aplicadas. El artículo 12 por cuanto considera que en el caso en comento sólo eran necesarios el poder y la prueba de la utilización de la marca, luego bastaba cumplir con estos dos requisitos para que la Administración decidiera, y el artículo 13 toda vez que considera que de tenerse por cierto que no se habían aportado todos los documentos, lo procedente no era el archivo del expediente, sino que con los aportados la Administración debía decidir, pues el desistimiento solo opera cuando no se responde en ninguna forma.

Sobre el particular estima la Sala que no le asiste razón a la demandante, si en cuenta se tiene lo dispuesto en los artículos 12 y 13 del C.C.A. en los que se regula lo relativo al derecho de petición en interés particular.

En efecto, al presentar la solicitud de manera incompleta, la Administración en aplicación de los citados artículos requirió a la interesada para que los aportaes en forma completa, otorgándole un plazo de dos meses tal y como se establece en dichas normas. El haberse dado cumplimiento dentro del término establecido únicamente a algunos de los requisitos exigidos, obligaba a la Administración a decidir como en efecto lo hizo: archivando el expediente, pues no se dio cumplimiento oportunamente al requisito de anexar el correspondiente recibo de la publicación, por valor de $960, tal y como lo dispone la Resolución No. 039 de 7 de febrero de 1983 del Ministerio de Desarrollo Económico.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

En cuanto a la falta de aplicación de los artículos 2o. y 3o. del C.C.A., la Sala observa que si bien es cierto no queda duda de que la Administración tomó demasiado tiempo en resolver la petición de la demandante, también lo es que ello no es causal de nulidad de los actos administrativos aquí impugnados.

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:

DENIÉGANSE las peticiones de la demanda.

DEVUÉLVASE a la parte actora el depósito constituido para gastos del proceso, por no haber sido utilizado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 20 de abril de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL/SUPRESIÓN DE EMPLEOS/ GOBIERNO NACIONAL-Funciones/**PLANTA DE PERSONAL/ESTRUCTURA INTERNA**-Adecuación/**CONGRESO DE LA REPÚBLICA**-Facultades/**SERVICIO DE SALUD**-Prestación/**COMUNIDADES/PARTICULARES/INFRACCIÓN MANIFIESTA**-Inexistencia

Mediante el decreto 2542 de 17 de diciembre de 1993 (uno de los actos acusados), el Gobierno Nacional simplemente aprobó el Acuerdo No. 162 de 23 de noviembre de 1993 expedido por la Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión Social, por el cual se ejecuta el programa de supresión de empleos en ejercicio de las facultades otorgadas por los artículos primero y tercero del Decreto 1262 de 30 de junio de 1993. Las funciones otorgadas mediante las normas precitadas son diferentes a las otorgadas al Gobierno Nacional en virtud del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional. Aquellas las ejerce el ejecutivo en virtud del Decreto 3130 de 1968 (artículos 24 y 40) que le confiere facultades en forma permanente a las Juntas y Consejos Directivos de los establecimientos públicos, de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta, para que adecúen su estructura interna y su planta de personal, funciones para las cuales no requiere de autorización expresa, ni la indicación de término alguno para su ejercicio tal como lo ha sostenido reiteradamente esta Sala al resolver casos similares. Tampoco puede predicarse que se haya pretermitido el numeral 7 del artículo 150 de la Carta, que en épocas de normalidad atribuye al Congreso la facultad de determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos,

etc., puesto que las facultades de que trata el artículo 20 transitorio fueron otorgadas al Gobierno en circunstancias especiales y pro témpore, de donde no puede inferirse que hubo usurpación de funciones por parte del Gobierno. Ha dicho la Sala en varias ocasiones que las facultades otorgadas al Gobierno en virtud del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, por la materia que regulan que es la misma que le ha sido asignada al Congreso en el artículo 150 numeral 7 de la Constitución Política, son de naturaleza legislativa, solo que ante la revocatoria del mandato de los congresistas, le fueron atribuidas excepcional y transitoriamente al Ejecutivo. En razón de lo anterior, los actos que dicta el Presidente de la República en ejercicio de tales facultades tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley y por lo tanto a través de ellas podía dictar las mismas normas para cuya expedición está habilitado el Congreso. Y, por último, no es palpablemente cierto que la prestación de los servicios de salud sea tarea exclusiva del Estado. Los artículos 48, 49 y 365 de la Constitución establecen la posibilidad de que ella sea brindada por comunidades organizadas y por particulares. Tal vez un estudio posterior permita otra conclusión.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO .

Referencia: Expediente No. 3155. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: SINDICATO DE EMPLEADOS DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

El Sindicato de Empleadoss de la Caja Nacional de Previsión Social "SINDECAJANAL", a través de apoderada, y en ejercicio de la acción pública de nulidad, impugna el Acuerdo No. 162 de 23 de noviembre de 1993 (folios 6 a 22), expedido por la Junta Directiva de dicha Caja, mediante el cual se ejecuta el programa de supresión de empleos adoptado por la misma. Además, el Decreto 2542 de 17 de diciembre del mismo año, por el cual el Gobierno Nacional impartió su aprobación al Acuerdo.

Como la demanda instaurada reúne los requisitos legales habrá de admitirse, tal como se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

En escrito separado (folios 37-39), la apoderada de la organización sindical demandante solicita se decrete la suspensión provisional de los actos acusados porque son violatorios de lo artículos 20 transitorio; 150 numeral 7; y 189, numeral 15 de la Constitución Nacional.

Se argumenta en la sustentación de la medida provisoria que el término de que disponía el Gobierno Nacional para reestructurar, fusionar o suprimir entidades venció el 7 de enero de 1993, antes de lo cual se habría proferido el Decreto 2147 de 1992, por medio del cual supuestamente se habría reestructurado a CAJANAL, puesto que

solamente se había abierto la puerta para proceder a su privatización, mas no configuraba la reestructuración como tal, y por eso la inconstitucionalidad, toda vez que las facultades con que contaba el Gobierno Nacional para ello vencieron el 7 de enero de 1993, careciendo entonces la administración nacional de competencia el 17 de diciembre de ese año, para haber reestructurado a CAJANAL.

De otra parte, se afirma que la finalidad de la supresión, fusión o reestructuración a que se refiere el artículo 20 transitorio es la de poner a las entidades en consonancia con la nueva Carta y, en especial, con la nueva definición de competencias y recursos, es decir, con la forma en que se adelante la descentralización, a la que no se acopla la dispuesta por el Acuerdo No. 162 y el Decreto 2542, y que no se podía hacer, toda vez que para la fecha de expedición de éstos (23 de noviembre y 17 de diciembre de 1993) no se había proferido la Ley 60 de 1993 sobre redefinición de competencias y recursos de las entidades territoriales, quedando así CAJANAL convertida en una entidad contratante de servicios.

Y, por último, se arguye que en tiempo de normalidad la competencia para determinar la estructura de instituciones de orden nacional, como lo es CAJANAL, corresponde a la rama legislativa, es decir, al Congreso mediante la expedición de leyes; mas en el caso concreto de CAJANAL en que no se dio cumplimiento a lo prescrito en la Carta, sino que usurpándose la competencia que corresponde al Congreso de la República, el Gobierno profiere los actos que se demandan, violándose así el artículo 150 numeral 15 de la misma, puesto que si esta norma otorga competencia al Presidente de la República para crear, suprimir, fusionar entidades, ello debe ser con base en una ley preexistente.

Y en cuanto a la seguridad social, se afirma que el artículo 48 de la Constitución Nacional la considera como un servicio público obligatorio y como un derecho irrenunciable de todos los habitantes, y su prestación se hará bajo la dirección y control del Estado, sujeta a la universalidad y a la solidaridad. También que el canon constitucional habla de que la ley determinará lo relacionado con la ampliación de la cobertura, prestación del servicio y medios para el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. Y que por su parte el artículo 49 de la Carta establece que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, y que la ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria, de donde resulta que la competencia es privativa de la rama legislativa del poder público, la cual ha sido violada por el ejecutivo al expedir el Decreto 2542 de 1993, por el cual se ejecuta el programa de supresión de empleos, adoptado por la Junta Directiva de CAJANAL, a través del Acuerdo No. 162 del mismo año.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Mediante el Decreto 2542 de 17 de diciembre de 1993 (uno de los actos acusados), el Gobierno Nacional simplemente aprobó el Acuerdo No. 162 de 23 de noviembre de 1993 expedido por la Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión Social, por el cual

se ejecuta el programa de supresión de empleos en ejercicio de las facultades otorgadas por los artículos primero y tercero del Decreto 1262 de 30 de junio de 1993. Las funciones otorgadas mediante las normas precitadas son diferentes a las otorgadas al Gobierno Nacional en virtud del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional. Aquellas las ejerce el Ejecutivo en virtud del Decreto 3130 de 1968 (artículos 24 y 40) que le confiere facultades en forma permanente a las Juntas y Consejos Directivos de los establecimientos públicos, de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta, para que adecúen su estructura interna y su planta de personal, funciones para las cuales no requiere de autorización expresa, ni la indicación de término alguno para su ejercicio tal como lo ha sostenido reiteradamente esta Sala al resolver casos similares.

Tampoco puede predicarse que se haya pretermitido el numeral 7 del artículo 150 de la Carta, que en épocas de normalidad atribuye al Congreso la facultad de determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, etc., puesto que las facultades de que trata el artículo 20 transitorio fueron otorgadas al Gobierno en circunstancias especiales y pro témpore, de donde no puede inferirse que hubo usurpación de funciones por parte del Gobierno.

Ha dicho la Sala en varias ocasiones que las facultades otorgadas al Gobierno en virtud del artículo transitorio 20 de la Constitución Nacional, por la materia que regulan que es la misma que le ha sido asignada al Congreso en el artículo 150 numeral 7 de la Constitución Politica, son de naturaleza legislativa, solo que ante la revocatoria del mandato de los congresistas, le fueron atribuidas excepcional y transitoriamente al Ejecutivo.

En razón de lo anterior, los actos que dicta el Presidente de la República en ejercicio de tales facultades tienen la misma fuerza o entidad normativa que la ley y por lo tanto a través de ellas podía dictar las mismas normas para cuya expedición está habilitado el Congreso.

Y, por último, no es palpablemente cierto que la prestación de los servicios de salud sea tarea exclusiva del Estado. Los arts. 48, 49 y 365 de la Constitución establecen la posibilidad de que ella sea brindada por comunidades organizadas y por particulares. Tal vez un estudio posterior permita otra conclusión.

Concluye entonces la Sala que no se da el presupuesto de la infracción manifiesta de las normas reseñadas como quebrantadas por los actos acusados, como lo exige el artículo 152 del C.C.A. (modificado por el artículo 34 del Decreto 2304 de 1989), para que tenga la solicitud de medida provisoria vocación de prosperidad.

En virtud de la expuesto, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

1o. ADMITIR la demanda de nulidad instaurada por el Sindicato de Empleados de la Caja Nacional de Previsión Social -SINDECAJANAL-, a través de apoderada. Para su trámite, se dispone:

a) Notificar al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social y al representante legal de la Caja Nacional de Previsión Social, en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos.

b) Notificar personalmente al señor Procurador Delegado ante esta Corporación.

c) La parte actora deberá depositar, en el término de cinco (5) dias, la suma de CINCO MIL PESOS ($5.000.oo) M/cte., para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

d) Fijar el negocio en lista por el término de cinco (5) dias, para que la parte demandada y demás intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y pedir pruebas.

e) Por Secretaría, solicítese a la Secretaría General del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y a la de la Caja Nacional de Previsión Social el envío, en el término de diez (10) días de los antecedentes administrativos de los actos acusados.

2o. DENEGAR la suspensión provisional de los actos acusados.

3o. RECONOCER a la Dra. MARÍA PAULINA RUIZ BORRAZ como apoderada judicial del SINDICATO DE EMPLEADOS DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL -SINDECAJANAL-, conforme y para los efectos del poder conferido.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 20 de abril de 1995.

GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN
Conjuez - Ausente

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

YESID ROJAS SERRANO

MINISTROS-Funciones/**MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD/IMPORTACIÓN DE ACEITES Y GRASAS**-Régimen/**PACTO ECONÓMICO/CONTROL JURISDICCIONAL**

Existen, en forma expresa, manifestaciones de voluntad de unas autoridades nacionales, denominadas Ministros de Estado, que en ejercicio de sus funciones, hacen modificaciones, crean situaciones jurídicas y dan apertura a otros actos gubernamentales que podrían llegar a constituir actos similares de voluntad y disposición administrativa. No podría negarse que la garantía del mantenimiento del régimen de libertad de importación de aceite y grasas, exclusivamente para quienes se acojan a los términos del convenio de marras, es una expresión de voluntad que crea o modifica una situación jurídica. O que tampoco lo es la garantía del visto bueno automático e inmediato a las importaciones que haga uno de los grupos pactantes, el de la "INDUSTRIA". O el de comprometerse a NO OTORGAR mejores condiciones a quienes no suscriban el convenio. La decisiva participación de los ministros que manejan la economía del país en un pacto de tanta trascendencia no puede estar exenta del control jurisdiccional, más aún, cuando por lo que se acaba de demostrar, tal intervención se ha hecho a través de verdaderos actos administrativos supeditados al control de esta jurisdicción contencioso administrativa por expreso mandato del artículo 83 del Código que la gobierna.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3195. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: FERNANDO LONDOÑO HOYOS.

Entra la Sala de Decisión a resolver el recurso de súplica interpuesto por el ciudadano de la referencia contra el auto proferido por el Consejero Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez el día 24 de febrero del presente año en el cual inadmitió, como ponente, la demanda de nulidad interpuesta contra el acto mediante el cual los 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.

Pretende el recurrente que sea revocado el auto inadmisorio de la demanda para que, en su lugar, ésta sea admitida por reunir todos los requisitos legales y, en particular, según su afirmación, por versar sobre un acto administrativo que, como tal, es susceptible de acción ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

LA ACCIÓN

El doctor Fernando Londoño Hoyos, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó ante esta Corporación que se declarara la nulidad, previa suspensión provisional, "del acto administrativo mediante el cual los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, Agricultuta 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".

Considera el actor que el acto demandado –el convenio y su garantía–, es violatorio de las siguientes normas superiores de derecho:

Los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Nacional; el artículo 333 de la Carta, puesto en armonía con el Decreto Ley 2153 de 1992; el artículo 13 de la Constitución Nacional; el artículo 158 del Código de lo Contencioso Administrativo en armonía con la Ley 79 de 1991, principalmente en los ordinales 7 y 12 de su artículo 14; y finalmente el inciso 1o. del artículo 333 de la Constitución Nacional.

El demandante, en una amplia y detallada explicación del concepto de violación, en la que comienza afirmando que "el acto acusado es incontitucional por violación del principio de la competencia como regla y medida de la actuación de los funcionarios públicos en Colombia, y porque rompe el principio de igualdad de los particulares ante la ley", expone su criterio sobre la transgreción que alega del acto demandado sobre cada una de las normas por él señaladas. Concluye afirmando que "los convenios obligatorios no existen en Colombia ni en parte alguna del mundo. Lo antitético no es más que un feo pecado contra la lógica elemental".

EL ACTO ACUSADO

Consiste, según el demandante en un "convenio garantizado y la garantía ministerial, que se integran para efectos de la demanda en una estructura lógica y prácticamente inseparables". Se trata de un "Convenio marco para la absorción y el suministro de la producción nacional de aceite de palma africana", suscrito entre la Federación Nacional de Cultivadores de Palma Africana y un grupo de industriales privados procesadores de ese producto.

El objeto del convenio, según consta en la cláusula primera, "es asegurar el suministro y la absorción adecuados de aceite de palma de producción nacional a la industria y a los palmicultores, respectivamente, y garantizar un precio mínimo de compra del aceite crudo de palma de producción nacional, estableciendo las condiciones generales a las que deben ceñirse los Acuerdos Periódicos de Regulación del Mercado Nacional del Aceite de Palma y sus Fracciones".

Después de la cláusula décima segunda y de las firmas de sus signatarios (folios 6 y 7), se encuentra la siguiente afirmación:

> "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 de Ministro 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 ...".

El último de los numerales, el octavo, dice textualmente:

> "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".

EL AUTO SUPLICADO

En providencia del 24 de febrero de 1995, el Consejero a quien le tocó en reparto la demanda, Magistrado Libardo Rodríguez Rodríguez, resolvió inadmitirla.

Después de transcribir las "obligaciones" y de analizarlas en detalle, deduce el Magistrado que se trata de compromisos para realizar una serie de actividades o expedir actos administrativos futuros; que las únicas "obligaciones" que podrían considerarse como verdaderas decisiones, serían las de los numerales 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 mantendrán en régimen de libertad..." y que "el visto bueno a las importaciones de la INDUSTRIA será

automático e inmediato", presuntas "decisiones" que con también expresiones de lo que ellos se comprometen a hacer, entre lo cual, 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. Concluye así la providencia impugnada:

> "En las anteriores circunstancias, para el Despacho las declaraciones de los señores Ministerios (sic) 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.
>
> "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 públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas; de conformidad con este estatuto.
>
> "Y como es evidente que según el concepto doctrinal y jurisprudencial 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 con 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".

EL RECURSO DE SÚPLICA

El recurrente manifiesta sus motivos de inconformidad con la providencia que se acaba de reseñar insistiendo, desde el comienzo de su alegato, en que la demanda se dirige, sin duda ninguna, contra un acto administrativo, que al crear, modificar y extinguir situaciones jurídicas, produce modificaciones concretas al ordenamiento jurídico.

Cita en defensa de sus argumentos autores y jurisprudencias y hace énfasis en que en el mismo auto inadmisorio que se impugna, se afirma que "... 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..". Seguidamente manifiesta:

> "Estas características las reúne, a no dudarlo, el acto que fue demandado. A través de él, unas autoridades públicas han garantizado un convenio privado y han asumido frente a algunos particulares, beneficiarios de tal privilegio, una serie de obligaciones. Lo anterior supone, a no dudarlo, que existe una expresión de voluntad que contiene una decisión, precisamente la de garantizar un acuerdo privado y asumir determinadas obligaciones, que modifica el ordenamiento jurídico en tanto en cuanto crea, modifica y extingue situaciones jurídicas, lo que se traduce, a su turno, en que se trata de una decisión administrativa que crea, modifica y extingue derechos y obligaciones de los beneficiarios de la garantía y de los demás colombianos que quedaron excluidos". Pero, afirma el recurrente, "esta manifestación de voluntad, que no se pone en duda en la providencia, en opinión del honorable Consejero Ponente, no modifica el ordenamiento jurídico, pues que se traduce, apenas, en meros compromisos que adquieren los garantes de realizar algunas actividades o expedir futuros actos administrativos que podrán, ellos sí, ser objeto de acciones jurisprudenciales".

Se muestra sorprendido el libelista por la decisión del Consejero Ponente si se tiene en cuenta, manifiesta, la profunda trascendencia de las obligaciones que asumieron los señores ministros y, de contera, el rango de los derechos subjetivos de que son titulares los beneficiarios del aval ministerial. Para él, el acto demandado no solo es fuente de derechos y obligaciones. Produjo además efectos que consistieron en la modificación y extinción de situaciones jurídicas. Los cuatro ministros comprometieron la soberanía del Estado adquiriendo obligaciones en favor de algunos particulares y discriminando a aquellos colombianos que no quedaron amparados por la garantía violando así el artículo 13 de la Constitución. Con el acto demandado, afirma, se modificó la situación jurídica de los no garantizados quienes quedaron, por virtud de la manifestación de voluntad de los ministros de obligarse en favor de algunos empresarios, en situación de evidente inferioridad respecto de los beneficiarios del aval ministerial.

Haciendo referencia a lo manifestado en el auto suplicado, sostiene el recurrente que "la circunstancia de que el contenido del acto demandado suponga la futura realización de determinadas actividades e, incluso, la adopción de otras decisiones jurídicas, no le quita su carácter de acto administrativo, como quiera que comporta una verdadera decisión administrativa, una clara expresión de voluntad productora de consecuencias jurídicas".

Las reflexiones jurídicas del accionante, algunas de las cuales se han referido y transcrito en estos acápites, concluyen con la solicitud de revocatoria del auto recurrido para que, en su lugar, se ordene la admisión de la demanda en él rechazada.

En concordancia con los hechos que constan en el expediente, con éstas las circunstancias a considerar en el caso que se entra a decidir:

En primer lugar, se produce la firma de un pacto, o "Convenio Marco" entre dos grupos económicos del país: los cultivadores nacionales de palma de aceite por una parte, y varios representantes de la industria de grasas, aceites, jabones y similares por la otra. El primer grupo está representado por el Presidente de la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite; el segundo por los presidentes de las asociaciones, gerentes y representantes legales de esas fábricas e industrias, unificados para los efectos del convenio bajo el apelativo de "INDUSTRIA".

El convenio, que según la cláusula décima segunda, rige a partir de la fecha de su firma, aunque extrañamente dicha fecha no aparece en el documento, tiene como objeto, especificado en la cláusula primera, el de asegurar el suministro y la absorción de aceite de palma, de producción nacional, a la industria y a los palmicultores, así como el de garantizar un precio mínimo de compra del aceite crudo de palma, estableciendo las condiciones generales a las que deben ceñirse los Acuerdos Periódicos de Regulación del Mercado Nacional del Aceite de Palma y sus Fracciones.

En segundo lugar, se tiene que el pacto o convenio de que se viene hablando, realizado entre dos grupos económicos particulares, es "garantizado" en el cumplimiento de los compromisos que en él se adquieren, por cuatro ministros de Estado quienes, además de suscribirlo, lo adicionan con ocho obligaciones en las que se hace taxativo el deber adquirido de la garantía.

De los varios compromisos adquiridos por los señores ministros de Estado con los grupos particulares pactantes, unos son de resultado inmediato, según parece deducirse por la forma en que están redactados. Otros tienen un desarrollo en el tiempo.

Entre los primeros, aparecen el del mantenimiento del régimen de libertad de importación de aceites y grasas "para quienes se acojan a los términos de este Convenio" (cláusula primera, folio 7) y el que garantiza el visto bueno automático e inmediato a las importaciones de "la INDUSTRIA" para quienes suscriban el Convenio Marco. Entre los segundos, el compromiso del Ministerio de Agricultura de buscar con su similar del Ecuador la adopción de un Convenio igual al que aquí se plantea, "para contribuir al normal desarrollo de la producción y comercialización de la palma en Colombia y su inserción en los mercados internacionales; el de propiciar la creación de un Fondo para impulsar y promover la exportación de aceite de palma, el de reglamentar los resultados de los acuerdos periódicos de regulación del mercado nacional del aceite de palma, "a que se lleguen en el seno del Comité de Concertación de que trata la Cláusula Octava del presente Convenio Marco"; y otros.

Mención especial puede hacerse de otro compromiso que, si bien no está entre los ocho signados por los ministros con sus cédulas, si los compromete por el mismo hecho de la firma. Se hace referencia a la Claúsula Décima del Convenio que reza textualmente:

"Quienes suscriban este Convenio Marco lo hacen sobre la base de que todos los procesadores de aceites, grasas y semillas oleaginosas lo acogerán Y DE NO SER ASÍ, QUE EL GOBIERNO NO OTORGARÁ MEJORES CONDICIONES A QUIENES NO LO HAGAN". (Mayúsculas de la Sala).

De todo lo anterior, hay que colegir que existen, en forma expresa, manifestaciones de voluntad de unas autoridades nacionales, denominadas Ministros de Estado, que en ejercicio de sus funciones, hacen modificaciones, crean situaciones jurídicas y dan apertura a otros actos gubernamentales que podrían llegar a constituír actos similares de voluntad y disposición administrativa.

Se dice en el auto recurrido: "...es evidente que según el concepto doctrinal y jurisprudencial 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, ...".

No podría negarse que la garantía del mantenimiento del régimen de libertad de importación de aceites y grasas, exclusivamente para quienes se acojan a los términos del Convenio de marras, es una expresión de voluntad que crea o modifica una situación jurídica. O que tampoco lo es la garantía del visto bueno automático e inmediato a las importaciones que haga uno de los grupos pactantes, el de "la INDUSTRIA". O el de comprometerse a NO OTORGAR mejores condiciones a quienes no suscriban el convenio.

La decisiva participación de los ministros que manejan la economía del país en un pacto de tanta trascendencia no puede estar exenta del control jurisdiccional, más aún, cuando por lo que se acaba de demostrar, tal intervención se ha hecho a través de verdaderos actos administrativos supeditados al control de esta jurisdicción contencioso administrativa por expreso mandato del artículo 83 del Código que la gobierna.

Se quiere significar con lo anterior, que respeta, pero no comparte esta Sala el criterio expuesto en el auto recurrido, según el cual "para el Despacho las declaraciones de los señores Ministerios (sic) 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". En consecuencia, habiendo sido ese el criterio para inadmitir la demanda contra el acto contenido en dicho documento, tal decisión será revocada para que en su lugar se considere y disponga su admisión.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o. REVOCAR el auto de fecha 24 de febrero de 1995, proferido en Sala Unitaria por el H. Consejero Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, por el cual se inadmitió la demanda de la referencia.

2o. En su lugar, remitir el expediente al Despacho, de origen para que se disponga la admisión de la demanda y se resuelva sobre la solicitud de suspensión provisional del acto demandado que en ella se impetra.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 20 de abril de 1995.

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Improcedencia/**SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL**

El artículo 162 de la Ley 100 y el artículo 49 del Decreto 1298, normas en las que están contenidas dichos términos, no lo definen. Y si bien las definiciones aportadas por el peticionario no son equivocadas, pueden no ser las únicas. Sería necesario por tanto hacer un amplio examen a fin de determinar cuáles son las acepciones a que dichos vocablos asignan las dos normas superiores, hipotéticamente violadas, examen que reñiría con la ostensible flagrancia de la agresión exigida por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo para que proceda la suspensión provisional. Similar consideración cabe hacer a la acuasación que se hace de transgresión de los artículos 162 de la ley 100 de 1993 y 49 del Decreto Ley 1298 de 1994, según los cuales el contenido del plan obligatorio de salud será contemplado por el Decreto Ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, pues sólo con el estudio de ese Decreto y de los que lo reglamentan podría concluirse si, como lo afirma el actor, en el artículo traído a juicio "se desvirtúa la operatividad de la asistencia médica, quirúrgica, odontólogica y farmaceútica, así como al rehabilitación física y readaptación sicosocial que ofrece el Decreto Ley 1650 de 1977". Esta escueta afirmación que constituye todo el alegato sustentatorio de la petición, en cuanto a la supuesta violación de los artículos mencionados se refiere, no alcanza a cumplir el requisito exigido por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo en cuanto a la obligación de que la medida se sustente de modo expreso y, por ende, no alcanza tampoco a demostrar la pretendida violación de las normas superiores señaladas por el accionante. El quinto cargo que hace el denunciante para solicitar la

suspensión provisional, esto es, la violación de los principios consagrados en los artículos 48 y 49 de al Constitución Nacional, carece de sustentación pues no podría tenerse por tal el simple concepto del peticionario según el cual el acto acusado ya no hace tan obligatorio el derecho a la seguridad social "ni tan absoluto que lo haga irrenunciable", sin ninguna otra explicación que amplíe dicho criterio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia.: Expediente No. 3261. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: DEFENSOR DEL PUEBLO.

El ciudadano Jaime Córdoba Triviño, en su condición de Defensor del Pueblo, demanda de esta Corporación la declaratoria de nulidad del artículo 15 del Decreto Reglamentario No. 1938 de 1994 expedido por el Gobierno Nacional - Ministerio de Salud -. Al cumplir la demanda los requisitos de ley, será admitida una vez hechas algunas consideraciones sobre la suspensión provisional del acto acusado, implorada en la misma demanda.

EL ACTO ACUSADO

Es el artículo 15 del Decreto Reglamentario número 1938 de 1994 expedido por el Gobierno Nacional - Ministerio de Salud-, "Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994".

El artículo 15, acto demandado, que reglamenta las exclusiones y limitaciones, reza en su encabezamiento:

> "En concordancia con lo expuesto en los artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, solidaridad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el Plan Obligatorio de Salud tendrá exclusiones y limitaciones, que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervensiones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, más los que se describen a continuación:
>
> "a) Cirugía estética o con fines de embellecimiento;
>
> "b) Tratamientos nutricionales con fines estéticos;

"c) Tratamientos para la infertilidad;

"d) Tratamientos no reconocidos por las asociaciones médico científicas a nivel mundial o aquellos de carácter experimental;

"e) Tratamientos o curas de reposo o del sueño;

".....".

El artículo menciona otro gran número de actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral"que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad", como exclusiones y limitaciones dentro del Plan Obligatorio de Salud.

LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Los argumentos que expone el solicitante para sustentar, su petición de suspensión provisional del acto demandado, son los siguientes:

"1. Según los artículos 162 y 39 de la Ley 100 de 1993 y del Decreto Ley 1298 de 1994, respectivamente, el conjunto de servicios de atención en salud en el Plan Obligatorio de Salud es de carácter universal es decir, para todos los habitantes del territorio nacional, sin discriminación. Es integral lo que indica que la protección debe estar referida a todas las contingencias que afectan la salud, en todas sus fases y para todas las patologías.

"Sin embargo, el Gobierno Nacional en desarrollo de su potestad reglamentaria, en un claro abuso de poder se extralimitó en su ejercicio, al establecer en el artículo 15 del Decreto 1938 de 1994 unas limitaciones y exclusiones de atención en salud, que no fueron pievistas ni en la Ley 100 de 1993, ni en el Decreto 1298 de 1994, que reglamentaba.

"2. Según el artículo172, numeral 1 de la Ley 100 de 1993, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tiene como función definir el plan obligatorio de salud, de acuerdo con los criterios eetablecidos en la misma ley–artículo 162 a 169–. Sin embargo, el artículo 15 del Decreto 1938 de 1994 violó lo anterior por las siguientes razones:

"–Reguló un plan de exclusiones y limitaciones recomendado por un órgano que no es competente para hacerlo y sin un respaldo de norma superior.

"– Le otorgó una nueva función a ese órgano, al establecer que a partir de su vigencia puede definir expresamente nuevas exclusiones y limitaciones.

"3. Según los artículos 162 de la Ley 100 de 1993 y 49 del Decreto Ley 1298 de 1994, el contenido del Plan Obligatorio de Salud será el contemplado por el Decreto Ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones.

"El artículo 15 del Decreto 1938 de 1994, viola las normas anteriores porque de aplicarse las exclusiones y limitaciones en él contenidas, se desvirtúa la operatividad de la asistencia médica, quirúrgica, odontológica y farmaceútica, así como la rehabilitación física y readaptación sicosocial que ofrece el Decreto Ley 1650 de 1977.

"4. Según los artículos 164 de la Ley 100 de 1993 y 52 del Decreto Ley 1298 de 1994, las empresas promotoras de salud no podrán aplicar preexistencia a sus afiliados.

"Sin embargo, las exclusiones y limitaciones incluidas en el artículo 15 del Decreto Ley 1938 de 1994, si bien con restricciones de atención en salud dentro de ciertos límites, bien pudiéramos equipararlas por sus efectos a las llamadas preexistencias, que en ambas situaciones implica no atender al paciente, razón por la cual la norma acusada es violatoria de las disposiciones que prohíben las preexistencias.

"5. Según loa artículos 48 y 49 de la Constitución Nacional el derecho a la seguridad social en salud es un servicio público obligatorio y un derecho colectivo de carácter fundamental irrenunciable.

"El artículo 15 del Decreto 1938 de 1994, viola dichos principios, por cuanto ya no lo hace tan obligatorio en las situaciones previstas por la norma acusada, ni tan absoluto que lo haga irrenunciable".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El primer ataque que hace el solicitante a la norma cuya suspensión provisional impetra, se fundamenta en que la atención debida. en el Plan Obligatorio de Salud es de carácter "universal" e "integral". El primer vocablo es interpretado por el memorialista con este significado: "es decir, para todos los habitantes del territorio nacional, sin discriminación". El segundo indica, según él, "que la protección debe estar referida a todas las contingencias que afectan la salud, en todas sus fases y para todas las patologías".

El artículo 162 de la Ley 100 y el artículo 49 del Decreto 1298, normas en las que están contenidos dichos términos, no los definen. Y si bien las definiciones aportadas por el peticionario no son equivocadas, pueden no ser las únicas. Sería necesario por tanto hacer un amplio examen a fin de determinar cuáles son las acepciones a que dichos vocablos asignan las dos normas superiores, hipotéticamente violadas, examen que reñiría con la ostensible flagrancia de la agresión exigida por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo para que proceda la suspensión provisional.

Se indica también como violado el artículo 172 numeral 1 de la Ley 100 de 1993, en el cual se le señala al Concejo Nacional de Seguridad Social, como una de sus funciones, la de "definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado, de acuerdo con los criterios del Capítulo 3o. del Primer Título de este libro".

Como bien puede verse, la definición del plan obligatorio a que alude la norma transcrita debe remitirse, necesariamente, a las normas de los regímenes contributivo y subsidiario, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos 162 a 169 de la misma ley. Es decir, es con esa normativa con la que se debe comparar el artículo demandado para determinar si, como lo dice el peticionario, se le está otorgando "una nueva función a ese órgano", comparación que él no aporta. La violación, como reiteradamente se ha dicho, debe ser patente y la búsqueda analítica que se sugiere en la petición de la suspensión provisional corresponde a otro momento del proceso. Por otra parte, no explica el actor su afirmación esquemática de que el artículo demandado "reguló un plan de exclusiones y limitaciones recomendado por un órgano que no es competente para hacerlo y sin un respaldo de norma superior". No queda demostrada tampoco la violación, para los efectos de la suspensión provisional del artículo 172 de la ley reglamentada.

Similar consideración cabe hacer a la acusación que se hace de transgresión de los artículos 162 de la Ley 100 de 1993 y 49 del Decreto ley 1298 de 1994, según los cuales el contenido del plan obligatorio de salud será contemplado por el Decreto ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, pues sólo con el estudio de ese Decreto y de los que lo reglamentan podría concluirse si, como lo afirma el actor, en el artículo traído a juicio "se desvirtúa la operatividad de la asistencia médica, quirúrgica, odontológica y farmaceútica, así como la rehabilitación física y readaptación sicosocial que ofrece el Decreto Ley 1650 de 1977". Esta escueta afirmación que constituye todo el alegato sustentatorio de la petición, en cuanto a la supuesta violación de los artículos mencionados se refiere, no alcanza a cumplir el requisito exigido por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo en cuanto a la obligación de que la medida se sustente de modo expreso y, por ende, no alcanza tampoco a demostrar la pretendida violación de las normas superiores señaladas por el accionante.

El cuarto cargo hace relación a los artículos 164 de la Ley 100 de 1993 y 52 del Decreto ley 1298 de 1994 según los cuales, dice el actor, las empresas promotoras de salud no podrán aplicar preexistencias a sus afiliados. El mecanismo que emplea para sustentar la violación de dichas normas por parte del artículo 15 del Decreto 1938 de 1994, es el de "equiparar, por sus efectos" las preexistencias a las restricciones de atención en salud de que habla la disposición acusada.

Estima la Sala que esa clase de lucubraciones pueden ser dables en las discusiones jurídicas que a través de las intervenciones de las partes pueden darse dentro del proceso, como una metodología normal de la argumentación forense, pero no tienen fuerza alguna de convicción frente a una figura como la suspensión provisional en la que se exige que la violación alegada sea clara, nítida, al confrontar el acto acusado con la norma superior que parece transgredir. No hay pues pie para considerar la suspensión provisional por la causa invocada.

El quinto cargo que hace el denunciante para solicitar la suspensión provisional, esto es, la violación de los principios consagrados en los artículos 48 y 49 de la Constitución

Nacional, carece de sustentación, pues no podría tenerse por tal el simple concepto del peticionario según el cual el acto acusado ya no hace tan obligatorio el derecho a la seguridad social "ni tan absoluto que lo haga irrenunciable", sin ninguna otra explicación que amplíe dicho criterio.

No procede en consecuencia de lo dicho, la suspensión provisional del acto objeto de la presente acción.

Por lo expuesto, el Concejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. ADMITIR la demanda de nulidad presentada por el señor Defensor del Pueblo contra el artículo 15 del Decreto 1938 de 1994, expedido por el Gobierno Nacional. En consecuencia, se dispone:

a) Notificar al señor Ministro de Salud en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A. Entréguesele copia de la demanda y sus anexos.

b) Notificar personalmente al señor Procurador Delegado ante esta Corporación.

c) La parte actora deberá depositar, en el término de cinco (5) días, la suma de CINCO MIL ($5.000.oo) m/cte. para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

d) Fijar el negocio en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada y demás intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y pedir pruebas.

e) Por Secretaría, solicítase al Ministerio de Salud el envío, en el término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del decreto acusado.

2o. DENEGAR la suspensión provisional del acto demandado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 20 de abril de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

INTERMEDACIÓN ADUANERA/PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA/COMPETENCIA/ CONFRONTACIÓN DE NORMAS SUPERIORES-Inexistencia/**SUSPENSIÓN PROVISIONAL**-Improcedencia

El Decreto 2532 de 1994 del cual hacen parte las normas acusadas, establece los mecanismos para ejercer la actividad de Intermediación Aduanera. El acto fue dictado por el Presidente de la República, según dice su epígrafe, "en uso de las facultades consagradas en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política y con sujeción a los artículos 3o. de la Ley 6a. de 1971 y 2o. de la Ley 7a. de 1991". Vale la pena en este aspecto recordar que en virtud de lo dispuesto en le artículo 189, numeral 25 de la Carta Política, al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa le corresponde, entre otras, la función de modificar las disposiciones concernientes al régimen de aduanas. Y, conforme a lo ordendo en el artículo 3o. de la Ley 6a. de 1991 "Por la cual se dictan normas generales a las cuales deben sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduana", tales modificaciones "deberán consultar las recomendaciones del Consejo de Corporación Aduanera de Bruselas, el esquema del Código Aduanero Uniforme acordado por la ALALC, los estudios existentes sobre legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de administración aduanera, con el fin de revisar la legislación vigente y en especial la Ley 79 de 1931". En el caso de que trata este proveído carece la petición de suspensión provisional de un análisis comparativo entre los actos acusados y las norma presuntamente violadas. Reiterativa en extremo ha sido esta Corporación en exigir, en concordancia con la nítida norma legal

que así lo ordena, que la violación sea evidente en tal grado que se vea necesaria desde un principio la suspensión del acto subversor del orden jurídico. La comparación entre el acto que se acusa y la norma superior, tiene que estar desprovisto de todo artificio, en cuanto la simple y fácil confrontación entre ambos extremos lleve a la inmediata conclusión de la violación del texto normativo superior es manifiesta, ostensible, tozuda, sin tener necesidad de acudirse al complejo razonamiento para señalar por vía de la doctrina o de la jurisprudencia el alcance o sentido de ese texto que se invoca como quebrantado. Eso evidentemente sucedería en el caso puesto a examen judicial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3284. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: ANDRÉS MARTÍNEZ MARTÍNEZ.

El ciudadano referenciado ha solicitado ante esta Corporación la declaratoria de nulidad parcial del Decreto 2532 de 16 de noviembre de 1994 expedido por el Gobierno Nacional, "Por el cual se establecen los mecanismos para ejercer la actividad de Intermediación Aduanera".

En la demanda, que cumple con los requisitos de ley, se pide que se decrete la suspensión provisional del acto demandado, petición que entrará a resolverse una vez hechas las consideraciones del caso.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

En la demanda se implora que se declare la nulidad de los artículos 4, 5, 6 y 7 del Decreto número 2532, "Por el cual se establecen los mecanismos para ejercer la actividad de Intermediación Aduanera", dictado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1994.

El Decreto comienza definiendo la Intermediación Aduanera como "una actividad de naturaleza mercantil y de servicio orientada a facilitar a los particulares el cumplimiento de las normas legales existentes en materia de importaciones, exportaciones, tránsito aduanero y cualquier otra operación o procedimiento aduanero."

Afirma también el Decreto en su artículo primero, que "La Intermediación Aduanera constituye una actividad auxiliar a la función pública aduanera, sometida a las regulaciones especiales establecidas en este Decreto y demás normas legales que se expidan".

Los artículos que son objeto de la acusación de violar normas constitucionales y legales son, en su orden, el cuarto, en el que se determina el objeto social de las Sociedades de Intermediación Aduanera y se ordena que tales sociedades agreguen a su razón social

tal denominación o la abreviatura "S.I.A."; el artículo quinto en el que se establecen las normas relativas al patrimonio y los criterios que se deben tener en cuenta para su constitución. En el parágrafo de este artículo, se dispone un reajuste del patrimonio a partir de enero de 1996, en la forma que allí se indica. En el artículo sexto se toman disposiciones cobre las pérdidas que afectan la base del patrimonio y, en el séptimo se establece un régimen transitorio en relación con las exigencias que, en materia patrimonial, hace el Decreto.

LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

El actor solicita que se disponga la suspensión provisional de los artículos 4, 5, 6 y 7 del Decreto 2532 del 16 de noviembre de 1994 antes mencionado ya que, según su explicación, hay manifiesta violación de los preceptos vigentes al momento de expedirse el acto así:

1. El Presidente de la República extralimitó sus facultades introduciendo de hecho reformas a la legislación comercial vigente.

2. "El Decreto a pesar de no tener el carácter de ley establece requisitos adicionales y exige permisos a las sociedades de Intermediación Aduanera, los cuales solo los puede precizar (sic) el Congreso de la República".

3. La norma atacada restringe la libertad personal lo que es potestativo de la ley por motivos de orden público o interés general.

Agrega el accionante en la sustentación de su petición, que "como se puede apreciar la violación es flagrante y no se requiere un análisis ulterior, ni mayores elucubraciones; con la sola comparación de las normas, como si se colocaran en doble columna aparece la transgresión en comento".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Decreto 2532 de 1994 del cual hacen parte las normas acusadas, establece los mecanismos para ejercer la actividad de Intermediación Aduanera. El acto fue dictado por el Presidente de la República, según dice su epígrafe, "en uso de las facultades consagradas en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política y con ejecución a los artículos 3o. de la Ley 6a. de 1971 y 2o. de la Ley 7a. de 1991".

La circunstancia anterior implica, por lo menos, un estudio juicioso del decreto impugnado a la luz de las disposiciones que le sirvieron de fundamento legal para determinar si en ellas puede o no encontrar respaldo legal.

Vale la pena en este aspecto recordar que en virtud lo dispuesto en el artículo 189, numeral 25 de la Carta Política, al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa le corresponde, entre otras, la función de modificar las disposiciones concernientes al régimen de aduanas. Y, conforme a lo

ordenado en el artículo 3o. de la Ley 6a. de 1991, "Por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas", tales modificaciones "deberán consultar las recomendaciones del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, el esquema del Código Aduanero Uniforme acordado por la ALALC, los estudios existentes sobre legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de administración aduanera, con el fin de revisar la legislación vigente y en especial la Ley 79 de 1931".

En el caso de que trata este proveído, carece la petición de suspensión provisional de un análisis comparativo entre los actos acusados y las normas presuntamente violadas defecto que el peticionario intenta suplir con la afirmación de que la violación es flagrante "y no se requiere un análisis ulterior, ni mayores lucubraciones". No destaca, sin embargo, tal fragrancia; no manifiesta, señalándola, cuál es la "manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento" de la nulidad que invoca; no indica tampoco en la petición de suspensión provisional cuáles son los requisitos adicionales y los permisos que se exigen a las sociedades de Intermediación Aduanera, no sustenta jurídicamente en el mismo acápite la acusación que hace el acto demandado de restringir la libertad personal, ni menciona cuáles son los reformas que en el mismo se hacen a la legislación comercial vigente.

La circunstancia anotada impide observar una protuberancia manifiesta que implique transgresión a las normas superiores por parte del acto que se trae a juicio y de que es necesario entrar en las lucubraciones jurídicas y extensas que aporta en la demanda para poder vislumbrar las incongruencias que darían pié a la declaratoria de nulidad.

Reiterativa en extremo ha sido esta Corporación en en concordancia con la nítida norma legal que así lo ordena, que la violación sea evidente en tal grado que se vea necesaria desde un principio la suspensión del acto subversor del orden jurídico. La comparación entre el acto que se acusa y la norma superior, tiene que estar desprovista de todo artificio, en cuanto la simple y fácil confrontación entre ambos extremos lleve a la inmediata conclusión de que la violación del texto normativo superior es manifiesta, ostensible, tozuda, sin tener necesidad de acudirse al complejo razonamiento para señalar por vía de la doctrina o de la jurisprudencia el alcance o sentido de ese texto que se invoca como quebrantado. Eso evidentemente sucedería en el caso puesto a examen judicial.

Será pues en otra etapa del proceso, ya con la intervención de quienes expidieron el acto acusado, cuando se examine, en forma minuciosa, el desobedecimiento en que éste pudo haber incurrido de las normas constitucionales y legales que trae a relación en su libelo el accionante.

Expuestas estas consideraciones, el Concejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. ADMITIR la demanda de nulidad instaurada contra el Decreto 2532 de 16 de noviembre de 1994, expedido por el Gobierno Nacional. Para su trámite, se dispone:

a) Notificar a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Comercio Exterior, en la forma prevista en el artículo 150 del C.C.A. Hágase entrega de copias de la demanda y sus anexos.

b) Notificar personalmente al señor Procurador Delegado ante esta Corporación.

c) El actor deberá depositar, en el término de cinco (5) días, la suma de CINCO MIL PESOS ($5.000.oo) M/cte., para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

d) Fijar el negocio en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada y los demás intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y pedir pruebas.

e) Por Secretaría, solicítense a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Comercio Exterior el envío, en el término de diez (10) días, de los antecedentee administrativos del acto acusado.

2o. DENEGAR la suspensión provisional del acto acusado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 20 de abril de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

ASIGNACIÓN DE FRECUENCIAS RADIOELÉCTRICAS/SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN/ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO-Uso/**PLURALISMO INFORMATIVO/MINISTERIO DE COMUNICACIONES**-Facultades/**ASIGNACIÓN DE FRECUENCIAS RADIOLÉCTRICAS/COMPETENCIA**-Inexistencia

Si bien es cierto que para la época en que los actores formularon ante el Ministerio de Comunicaciones las solicitudes que dieron origen a los actos acusados existían disposiciones legales que le atribuían competencia para asignar frecuencias radioeléctricas y conceder permisos para la utilización del espectro electromagnético, no lo es menos y con mayor razón que al no estar referida alguna de ellas al ejercicio de la aludida competencia en materia de asignación de frecuencias radioeléctricas para la prestación del servicio público de televisión por particulares, de ello se deriva que al Ministerio de Comunicaciones no le era posible acudir a tales mandatos para resolver de acuerdo con lo peticionado, en virtud del principio constitucional según el cual "ninguna autoridad del estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyan la Constitución y las leyes" (art. 121). Dado que el artículo 76 de la Carta Política somete el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión a la intervención estatal a cargo de un organismo público a quien correspondería desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en relación con este mismo servicio, de ello se deriva indefectiblemente la conclusión de que si al momento de formularse al Ministerio de Comunicaciones las aludidas solicitudes de asignación de frecuencias electromagnéticas, el legislador no había expedido las pertinentes normas de intervención, gestión y control del uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación de dicho servicio, con el fin de garantizar

el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio y evitar prácticas monopolísticas en su operación y explotación, así como tampoco determinado la política del Estado que en materia de televisión debía desarrollar el organismo previsto, los demandantes carecían de aptitud legal para exigir la asignación de frecuencias radioeléctricas ante una dependencia de la Administración a quien el Constituyente no le había asignado esa tarea.

ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO-Acceso de Particulares

El hecho de que el artículo 75 de la Carta Política califique el espacio electromagnético como un bien público y permita el acceso a su uso, no implica que como consecuencia automática de ello, a partir del mismo momento de la vigencia del nuevo orden constitucional toda persona particular haya quedado habilitada para ejercer de manera inmediata tal derecho y para reclamar de las autoridades que en ejercicio del derecho de petición ellas deben acceder favorablemente a las solicitudes de autorización que se les formulen en ese sentido, pues si el propio artículo 75 en cita somete el espectro electromagnético a la gestión y control del Estado y garantiza el acceso a su igualdad de oportunidades "en los términos que fije la ley", ello conduce indefectiblemente a concluir que la viabilidad jurídica de dichas solicitudes está supeditada no solo a la vigencia de preceptos que habiendo sido expedidos con anterioridad a la Carta Política de 1991 no resulten incompatibles con ella, sino sobre todo, a que el legislador haya expedido los correspondientes mandatos que permitan hacer efectiva la mencionada garantía constitucional al igual que las normas de intervención estatal para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromágnetico, en garantía del pluralismo informativo y la competencia.

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

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 2605. Actor: CARLOS FERNÁNDEZ ZAFRA 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 Carlos Fernández Zafra y Fernando Amador Rodríguez y la sociedad VHTV Limitada, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., contra el Oficio No.538 de 5 de mayo de 1993, emanado del Ministro de Comunicaciones.

ANTECEDENTES

a.- Las pretensiones de la demanda

1a.- Se declare la nulidad de las decisiones que contenidas en el Oficio No. 538 de 5 de mayo de 1993, son "... constitutivas de actos administrativos de carácter definitivo...", las cuales se detallan más adelante.

2a.- Se reconozca a los poderdantes el derecho de acceso al espectro radioeléctrico, en los términos planteados al Ministerio de Comunicaciones, en su solicitud de 15 de abril de 1993.

3a.- Como consecuencia de lo anterior, se confieran los permisos de ley solicitados para la utilización del espectro radioeléctrico requerido para la prestación del servicio de televisión por parte de los poderdantes, según listados de frecuencias anexos, en las condiciones técnicas, con las potencias adecuadas para lograr el cubrimiento de las poblaciones señaladas en los mismos listados y para el establecimiento de las correspondientes redes o servicios auxiliares de enlace.

4a.- Como pretensión subsidiaria de la 3a. principal, se ordene al Ministerio de Comunicaciones conferir los permisos de ley solicitados para la utilización de las frecuencias arriba relacionadas a los accionantes, para que puedan operar libremente el medio masivo de comunicación que pretenden desarrollar.

5a.- Se ordene al Ministerio de Comunicaciones, efectuar la liquidación de los derechos correspondientes a la utilización del espectro radioeléctrico asignado.

b.- El acto acusado

La parte actora indica en su demanda que las decisiones administrativas contenidas en el Oficio No. 538 de 5 de mayo de 1993, cuya declaratoria de nulidad se impetra, son las siguientes:

> 1a.- "Así las cosas, bajo el imperio de dichas leyes, no es posible jurídicamente asignar frecuencias radioeléctricas a particulares para la emisión y transmisión de señales de televisión, toda vez que dicha función, como ya se anotó, es competencia exclusiva de las Entidades Estatales Prestatarias del Servicio, como son el Instituto Nacional de Radio y Televisión, INRAVISION y las Organizaciones Regionales de Televisión. Por las razones de orden legal expuestas, este Despacho no puede acceder favorablemente a la petición elevada por los señores representantes de la sociedad VHTV Limitada" (fl. 22).
>
> 2a.- "Lo cual claramente permite concluír que la petición contenida en el numeral 3 del punto 1 de la solicitud objeto del análisis, es improcedente por cuanto no es competencia del Ministerio de Comunicaciones fijar las tarifas o cánones de concesión por concepto de concesión en los servicios de televisión" (fl. 13).

c.- Los hechos de la demanda

Los hechos que cita el actor como fundamento de sus pretensiones son en forma resumida, los siguientes:

1o.- Antes de la expedición de la Constitución de 1991 se habían expedido tres leyes que regulaban el servicio oficial de televisión: la Ley 74 de 1966, la Ley 42 de 1985 y la Ley 14 de 1991.

Esta última ley es el estatuto vigente sobre el servicio de televisión y consagra expresamente el pluralismo de operadores en dicho servicio, pues además de Inravisión, prestan el servicio mediante la utilización directa del espectro radioeléctrico, las Organizaciones Regionales de Televisión y los concesionarios del servicio de televisión por suscripción. Adicionalmente esta ley, en el literal a) del artículo 9o., se refiere de manera abstracta a las demás entidades o personas que en virtud de ley o contrato, sean autorizadas para prestar el servicio de televisión.

2o.- De ser cierto lo invocado en el Oficio No. 538, en el sentido de que la competencia exclusiva sobre la emisión y transmisión de señales de televisión corresponde a Inravisión en virtud de la Ley 42 de 1985, se habría consagrado un monopolio estatal sin arbitrio rentístico, violatorio por ende del artículo 31 de la Constitución de 1886.

Esa supuesta exclusividad de la Ley 42 de 1985, sería igualmente incompatible con el nuevo ordenamiento constitucional, en especial con los artículos 336 (por tratarse de un monopolio sin arbitrio rentístico), 75 (que consagra el derecho de acceso en condiciones de igualdad al espectro radioeléctrico) y 93 (que confiere rango de norma prevalente en el ordenamiento interno, a la Ley 16 de 1972, aprobatoria del Pacto de San José de Costa Rica, el cual a su vez prohíbe el abuso de controles oficiales sobre las frecuencias radioléctricas).

3o.- La Ley 14 de 1991 dicta las normas sobre el Servicio de Televisión y Radiodifusión Oficial. La distinción entre servicios oficiales y privados de radio difusión nace del artículo 4o. de la Ley 74 de 1966.

4o.- En virtud de la Ley 14 de 1991, el objeto de Inravisión es prestar el servicio de televisión y radio difusión oficial, por lo que al no utilizar el plural de "los servicios", se entiende que se trata de un mismo servicio, de igual manera esta ley prevé que el servicio puede ser prestado por otras personas públicas o privadas, obteniendo la habilitación a través de contrato o de ley, tal y como lo dispone el numeral 1o. del artículo 9o. cuando dice que Inravisión presta el servicio de televisión "... sin perjuicio de que por Ley o contrato corresponda prestarlo a otras entidades o personas".

5o. Con base en las facultades extraordinarias conferidas, el Gobierno expidió el Decreto Ley 1900 de 1990 que tiene por objeto según reza su artículo 1o., "el ordenamiento general de las telecomunicaciones y las potestades del Estado en relación

con su planeación, regulación y control, así como el régimen de derechos y deberes de los operadores y de los usuarios". Como quiera que la televisión fue definida por el Reglamento de Radiocomunicaciones como una forma de telecomunicación, se encuentra sujeta al régimen jurídico previsto en el mencionado decreto, el cual desarrolla integra y específicamente y con rango legal, el tema del espectro electromagnético, las potestades de control y gestión estatal sobre el mismo y el derecho de acceso de los particulares a su utilización. Este decreto ley es el aplicable al servicio de televisión en aquellos asuntos diferentes a la prestación y concesión del servicio (los cuales se rigen por la Ley 14 de 1991, en virtud de la remisión hecha por el mismo Decreto Ley 1900 de 1990), dándole la competencia al Ministerio de Comunicaciones para otorgar los permisos de uso del espectro y fijar los derechos correspondientes.

6o.- La Constitución de 1991 desarrolló el tema de los medios masivos de comunicación, la televisión y la libertad de expresión, temas ligados entre sí y que convergen sobre el pluralismo informativo, base y sustento de una opinión pública libre, la cual es a su vez, la raíz de la democracia. Así mismo, la Constitución consagró como derecho libertad de aplicación inmediata el de fundar y operar medios masivos de comunicación, sin límites distintos a la responsabilidad social y demás derechos y garantías constitucionales.

7o.- La televisión es un medio masivo calificado como "electrónico" (al igual que la radiodifusión sonora), sometido por la Constitución a un organismo nuevo que tiene como mandato fundamental, tanto intervenir en el espectro electromagnético atribuido a estos servicios con el fin de impedir prácticas monopolísticas que tiendan a la concentración del poder informativo, como ejecutar la política que en materia de televisión fije la ley. Dichos medios masivos de comunicación electrónicos, tienen la necesidad de aprovechar el espectro electromagnético que es un recurso natural sometido a la gestión y control del Estado, definido por la Carta como un bien público.

8o.- El artículo 75 de la Constitución confiere el derecho de acceso al espectro electromagnético, desarrollando el artículo 20 *ibídem,* y posibilitando el derecho libertad de fundar y operar medios masivos de comunicación electrónicos. En consecuencia, no puede seguirse sosteniendo un modelo monopólico (sic) de televisión en el que el Estado es el único emisor autorizado y el único usuario posible del espectro electromagnético para efectos de señales de televisión y el seleccionador de las personas que por autorización o concesión pueden difundir por medio de señales de televisión sus pensamientos y opiniones.

9o.- Los poderdantes pretenden en ejercicio de sus derechos constitucionales fundamentales, fundar y operar libremente un medio masivo de comunicación bajo la forma de un servicio de televisión, para lo cual solicitaron al Ministerio de Comunicaciones (por ser ésta la autoridad competente) los permisos requeridos por el artículo 75 de la Constitución y las leyes vigentes que lo desarrollan, para poder hacer uso del espectro electromagnético. Fue así como mediante memorial de 15 de abril de 1993, solicitaron

la asignación por 20 años prorrogables de una serie de frecuencias radioeléctricas necesarias para la difusión de televisión al público y la fijación de las respectivas tarifas. Agrega la apoderada de los demandantes que al momento de la presentación de la solicitud había frecuencias disponibles en las bandas de VHF y UHF, utilizables en televisión y que a pesar de ajustarse el memorial a todas las previsiones legales, fue denegada la solicitud por el Ministerio de Comunicaciones, quien para tomar tal decisión expuso únicamente razones jurídicas, sin que hubiese un pronunciamiento expreso o tácito relacionado con la disponibilidad técnica de las frecuencias solicitadas, ni en virtud del artículo 12 del C.C.A., solicitud alguna respecto de un documentos o informaciones adicionales a presentar.

10o.- Por último, la apoderada de los demandantes trae a colación un asunto similar tratado en esta Corporación (AC-330, fallo del 20 de octubre de 1992, Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano), respecto del cual dice no puede invocarse como antecedente de esta demanda ni de las pretensiones invocadas, por cuanto en aquél la solicitante violó las normas del Decreto Ley 1900 de 1990, en tanto que en el caso que nos ocupa se pretendió obtener los permisos establecidos en dicho decreto, De igual manera hace referencia a un aparte de la sentencia proferida dentro del expediente AC-617, Magistrada Ponente: Dra. Clara Forero de Castro, donde se dijo:

> "El uso del espectro electromagnético no es libre, sino sujeto a reglamentación, por ello mismo, será la jurisdicción la que dilucide –frente a la normatividad pertinente– si debió concederse o no la pretendida autorización pedida para usar canales del espectro electromagnético en los términos planteados por la accionante".

d.- Las normas Presuntamente violadas y el concepto de la violación.

La representante de los actores formula tres cargos contra el Oficio No. 538 de mayo de 1993, a saber:

PRIMER CARGO.- Nulidad del acto administrativo por falsa motivación, por error en la determinación del régimen jurídico aplicable, porque el Ministerio de Comunicaciones dejó de considerar normas jurídicas relievantes que fueron señaladas como aplicables en la solicitud efectuada por los demandantes, así:

a.- Artículos 13, 27 y 29 de la Ley 16 de 1972, aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica"', por cuanto de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política prevalecen dentro del orden jurídico interno.

El primero reconoce el derecho instrumental de elegir los procedimientos para buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, prohibiendo la restricción de dicho derecho mediante "vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares (...) de frecuencias radioeléctricas". El segundo, prohíbe a los Estados partes suspender los derechos y garantías fijados en el Tratado, sin información

inmediata al Secretario General de la OEA y sin que se presenten determinadas circunstancias.

El tercero, prohíbe interpretar cualquiera de sus disposiciones en el sentido de permitir a alguno de los Estados partes suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, en las leyes de cualquiera de los Estados partes y excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

b.- De igual manera se considera desconocida la Ley 46 de 1985, por medio de la cual se aprobó el Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en especial los siguientes artículos:

El artículo 1o. numeral 1.1. que define por administración todo departamento o servicio gubernamental responsable del cumplimiento del Convenio, el cual para el caso colombiano es el Ministerio de Comunicaciones, por mandato de la Ley 72 de 1989, de los Decretos 1900 y 1901 de 1990, del Decreto Constitucional Autónomo 2122 de 1993 y de la Ley 37 de 1993.

El mismo artículo 1o. Sección II, por cuanto dentro de los términos de gestión de frecuencias, incluye la asignación de las mismas y define aquella como la "autorización que da una administración para que una estación radioeléctrica utilice una frecuencia o un canal radioeléctrico determinado en condiciones específicas", razón por la cual, siendo la administración el Ministerio de Comunicaciones, es él la entidad competente para asignar las frecuencias utilizadas por una estación radioeléctrica,

De igual manera fue desconocido el anterior artículo 1o. en sus Secciones IV numeral 4.1 y III numerales 3.1 y 5.13 de los que se desprende, según la apoderada de los demandantes, la siguiente situación jurídica: la televisión es una forma de telecomunicación que en ocasiones hace uso de ondas radioeléctricas para la transmisión y emisión de la señal, siendo así un servicio de radiocomunicación que se presta a partir de estaciones radioeléctricas en las frecuencias o canales radioeléctricos asignados por el Ministerio de Comunicaciones.

c.- Finalmente, considera que el Ministerio de Comunicaciones no dio aplicación al Decreto 1900 de 1990, en particular a los artículos 15, 18, 19, 20, 21, 22 y 23, al artículo 7o, de la Ley 72 de 1989 y al artículo 31 del Decreto Ley 1901 de 1990, por cuanto aquél expuso en el oficio demandado respecto de dichas normas, unas argumentaciones de orden jurídico equivocadas.

Lo anterior, toda vez que para negar la solicitud de los actores, la entidad demandada fundamentó la inaplicabilidad de las normas del Decreto 1900 de 1990, en lo dispuesto por su artículo 48, el cual solamente excluye de dicha nórmatividad los asuntos concernientes a la prestación y concesión de los servicios de televisión, por lo que los demás aspectos relativos a la televisión no se encuentran excluidos y, por el contrario, se incluyen en el régimen general de telecomunicaciones previsto en el mismo decreto ley.

Sustenta lo anterior señalando que la televisión es una forma de telecomunicación, por lo que, teniendo el Decreto Ley 1900 de 1990 como objeto explícito el ordenamiento general de las telecomunicaciones, es forzoso concluir que aquella se encuentra sometida a dicho decreto. Además, el artículo 48 no excluye "los servicios de televisión" como tales, sino su normatividad respecto de la prestación y concesión de los mismos. Por ello, las disposiciones generales, el régimen de la red de telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico, las definiciones y clasificaciones de los servicios y el régimen de infracciones previstos en el decreto ley tantas veces citado, son enteramente aplicables en materia de televisión, Agrega que así mismo debe tenerse en cuenta que no sólo no existe una norma que excluya de su normatividad a la televisión, considerada como manifestación de las telecomunicaciones, sino que expresamente la incluye en el artículo 29, que no se comenta ni transcribe en el oficio acusado, así como en el artículo 20 del mismo decreto.

Afirma la apoderada de los demandantes, que el régimen legal de acceso al espectro radioeléctrico tiene como instrumento jurídico central la figura administrativa del permiso, señalando el artículo 20 que el Ministerio de Comunicaciones tiene la competencia privativa para el otorgamiento de esos permisos dentro del régimen general de la red de telecomunicaciones.

Por su parte, el artículo 23 del Decreto Ley 1900 de 1990 dispone que para expedir estas autorizaciones el Ministerio de Comunicaciones sólo considerará razones de orden técnico; mientras que en el caso concreto al resolver la solicitud de obtención de permiso no expuso ninguna razón u objeción de orden técnico para negarla.

Advierte que los artículos 76 y 77 de la Constitución Política no le quitaron al Ministerio de Comunicaciones la competencia exclusiva y excluyente para la asignación de frecuencias para los servicios de televisión, es decir, para el otorgamiento de los permisos de ley requeridos para la utilización de frecuencias en estos servicios, sino que por el contrario dichos artículos reafirman la unidad estatal en la gestión de frecuencias, que incluye y comprende el otorgamiento de permisos para su utilización.

Añade que los anteriores artículos se refieren a una nueva entidad de derecho público, autónoma y dotada de personería jurídica propia, a la que la Constitución le encomienda, una vez que la ley le haya establecido su régimen legal específico, las responsabilidades superiores sobre los servicios de televisión, fijándole además la misma Constitución su competencia, dentro de la que debe destacarse la de intervenir en el espectro electromagnético utilizado en los servicios de televisión. Afirma que dicha intervención estatal en el espectro electromagnético no implica ni involucra el otorgamiento de permisos para su utilización. Lo anterior, por cuanto el artículo 75 de la Carta le señala al Estado tres funciones: gestionar, controlar e intervenir el espectro, función última que la ejerce el Estado con el propósito de evitar prácticas monopolísticas en el uso del mismo.

De igual manera, por mandato del artículo 75 de la Constitución, la función de gestionar el espectro es del Estado y teniendo que el artículo 101 *ibídem* define el espectro

como un bien perteneciente a la Nación, debe entenderse que el organismo que en nombre del Estado despliega las actividades propias de la gestión del espectro radioeléctrico, debe ser uno que comparta la personería jurídica de la Nación, razón por la que teniendo personería jurídica la autoridad de televisión, no es a ella a quien la Carta encomendó dicha gestión del espectro radioeléctrico, sino al Ministerio de Comunicaciones, por lo que no es ni podría llegar a ser en virtud de ley posterior, la autoridad de televisión de que trata el artículo 76 de la Carta, quien ejerza dicha función, agrega que así lo entiende el Ministerio de Comunicaciones cuando expresó en la exposición de motivos al proyecto ley No. 2193 lo siguiente:

> "Ahora bien, la facultad de gestión y control del espectro electromagnético se atribuye al Ministerio de Comunicaciones, quien actúa en nombre y representación de la Nación, a quien le pertenece el espectro, tal como lo establece la Constitución Política.
>
> En ejercicio de la facultad de gestión, que sólo le puede corresponder al titular del espectro, compete al Ministerio de Comunicaciones la asignación de las frecuencias...".

Concluye la apoderada afirmando que, por lo demás, los artículos 76 y 77 de la Constitución se refieren a competencias y estructura de la nueva autoridad, la cual no ha sido organizada por la ley, pero ello no puede permitir que se pospongan las solicitudes de asignación de frecuencias elevadas ante el Ministerio de Comunicaciones, para que éste en los términos que fija el Decreto Ley 1900 de 1990 otorgue los permisos requeridos para el funcionamiento de los servicios de televisión en desarrolló del artículo 20 de la Carta y de conformidad con las políticas que en materia de televisión tiene vigentes el Estado en la Ley 14 de 1991.

SEGUNDO CARGO.- Nulidad por falsa motivación por error en la interpretación y aplicación del régimen jurídico aplicable.

En relación con la primera parte del oficio demandado, sostiene la representante de los actores que las normas vigentes, incluso la Ley 14 de 1991, en ninguna parte consagran que la prestación del servicio de televisión está únicamente a cargo del Estado a través de Inravisión y de las Organizaciones Regionales de Télevisión. Añade que una vez más olvida el Ministerio de Comunicaciones la existencia de los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, los que de acuerdo con el artículo 43 de la Ley 14 de 1991 (no citado en el oficio por Mincomunicaciones) tienen a su cargo la prestación del servicio de televisión en una de sus modalidades. Considera que las normas invocadas por la entidad demandada, lejos de consagrar un régimen de exclusividades en favor de entidades públicas (y sus respectivos concesionarios), lo que hacen es sentar las bases legales para la pluralidad de operadores de servicios de televisión, para lo cual cita los artículos lo., 2o. y 3o. de la citada ley.

De otra parte, aduce que en la Ley 14 de 1991 existen por lo menos dos clases de servicios de televisión: el que se encuentra a cargo de la entidades estatales, normado en

los artículos 37 a 42, al que corresponde la vieja calificación de radiodifusión pública que trae la Ley 74 de 1966, que pasa a llamarse servicio de televisión y radiodifusión oficial en el artículo 9o, literal a) de la precitada ley, y al cual pueden acceder los particulares mediante contratos de concesión celebrados con Inravisión o con las Organizaciones Regionales de Televisión, y el servicio de televisión por suscripción, prestado por los particulares en virtud de concesión que les otorga el Ministerio de Comunicaciones (artículos 43 y siguientes) y otras modalidades del servicio de televisión diferentes de la televisión oficial, que contempla el artículo 9o. de la Ley 14 de 1991. La sola existencia legal de la televisión por suscripción, demuestra que en el ordenamiento jurídico vigente, los particulares también pueden acceder al uso del espectro electromagnético para la difusión de señales de televisión al público.

Sostiene que del artículo 4o. de la Ley 42 de 1985 invocado por el Ministerio en el oficio demandado, no se infiere que la competencia estatal para la emisión y transmisión de señales de televisión, sea exclusiva y excluyente. Simplemente de él se deduce que lo exclusivo es la propiedad estatal sobre el espectro.

Concluye este segundo cargo afirmando que no es cierto lo sostenido por la entidad demandada en el sentido de que el artículo 75 de la Constitución impone una limitación al desarrollo del derecho constitucional consagrado en el artículo 20, respecto de la libertad de las personas de fundar medios masivos de comunicación. Lo anterior por cuanto dicho artículo 75 no sólo se limita a definir el espectro, sino que garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley, lo que permite que lo consagrado en el artículo 20 sea una realidad en lo que a medios electrónicos de comunicación se refiere. Añade que dicha ley es sin duda el Decreto 1900 de 1990 (no contrario a la Constitución Política), el cual atribuye al Ministerio de Comunicaciones la competencia exclusiva sobre la asignación de frecuencias para su utilización en las diferentes actividades y servicios de telecomunicaciones. Agrega que dicha conclusión se desprende no sólo del desarrollo legal contenido en el Decreto 1900 de 1990, sino también del texto de los artículos 75, 76 y 77 de la Carta.

En relación con la segunda parte del oficio demandado, como quiera que dicha decisión se apoya en el contenido del artículo 7o. de la Ley 72 de 1989, que señala que las tarifas por concepto de concesiones en la prestación del servicio de televisión serán fijadas por Inravisión y las Organizaciones Regionales de Televisión, debe aclararse que la petición accesoria de los demandantes no se refiere a la fijación de tarifas por concepto de una concesión para la prestación del servicio de televisión (por cuanto entienden que ésta dejó de ser un servicio público para pasar a ser un medio masivo de comunicación de libre fundación y operación), sino a la fijación de las tarifas correspondientes a la utilización del espectro radioeléctrico solicitado, tal y como lo señala el artículo 59 del Decreto 1900 de 1990.

Aduce que esta norma es concordante con el artículo 20 del mismo decreto, por mandato del cual la utilización del espectro dará lugar al pago de los derechos que

correspondan. Además, el artículo 3o, del Decreto Ley 1901 de 1990, numeral 22, dispone que el Ministerio de Comunicaciones fijará los derechos, tasas y transferencias que se deben pagar por las concesiones, permisos, autorizaciones y registros de redes de servicios de comunicaciones, incluidas las frecuencias radioeléctricas, a excepción de las que corresponda fijar a Inravisión y a las Organizaciones Regionales de Televisión. De igual manera sostiene que sorprende que el Ministro de Comunicaciones afirme que carece de competencia para fijar las tarifas y cánones de concesión en los servicios de televisión, cuando la Ley 14 de 1991, en su artículo 49 expresamente se la confiere, al menos en lo que a la concesión de televisión se refiere.

Finalmente anota que el Ministerio de Comunicaciones tiene la competencia para fijar las tasas, derechos o tarifas que los particulares deben pagar por concepto de los permisos para el uso del espectro electromagnético, mientras que Inravisión y las Organizaciones Regionales de Televisión solamente tienen la facultad de fijar las tarifas correspondientes a las concesiones que ellos otorgan.

TERCER CARGO.- Contravención de normas jurídicas superiores, de rango constitucional y legal, a saber:

a) Violación del artículo 2o. de la Carta en concordancia con el artículo 3o. de la Ley 58 de 1982, por cuanto el primero consagra como fin del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y el segundo dispone que los funcionarios deben tener en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los fines estatales, por lo que las decisiones acusadas desconocen estas normas al interpretar equivocadamente las invocadas, conculcando así el derecho-libertad de acceso al uso del espectro electromagnético.

b) Violación del artículo 4o. de la Constitución, toda vez que establece que ésta es norma de normas y que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicará aquella, por lo que aún aceptando en gracia de discusión que la interpretación dada por el Ministerio de Comunicaciones al ordenamiento jurídico fue correcta, se tiene que existiría incompatibilidad entre las normas aplicadas y la Constitución, en la medida en que ésta reconoce el derecho de todos a acceder al uso del espectro electromagnético y proscribe todos los monopolios que no tengan un arbitrio rentístico, cuestión que no tuvo en cuenta la entidad demandada al preferir dar aplicación a esas leyes y no a la ley de leyes.

c) Violación del artículo 20 de la Carta, en concordancía con los artículos 13, 27 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica", aprobada por la Ley 16 de 1972, por cuanto dichas normas en su orden, consagran la libertad de toda persona de difundir su pensamiento y de fundar medios masivos de comunicación; la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento de su elección, sin que pueda restringirse el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de frecuencias radioeléctricas; la obligación

de todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión de una garantía, de informar tal situación inmediatamente a los demás Estados partes por conducto del Secretario General de la OEA; y la prohibición para los Estados partes de suprimir, limitar o excluir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención. En consecuencia, el acto acusado vulneró las normas señaladas al resolver negativamente las peticiones de los demandantes, pues les impidió fundar medios masivos de comunicación bajo la forma de servicios de televisión, excluyó del alcance del artículo 20 de la Carta la radiodifusión sonora y la televisión, impidió que los poderdantes ejercitaran su derecho a escoger el procedimiento para la difusión de sus pensamientos y opiniones, abusó del control oficial al negar las solicitudes y, finalmente, suspendió las garantías otorgadas por el tratado sin consideración al procedimiento contenido en el mismo.

d) Desconocimiento del artículo 75 de la Constitución, desarrollado por los artículos 18, 19 y 20 del Decreto 1900 de 1990 y concordante con el artículo 9o. literal a) de la Ley 14 de 1991, ya que el primero de los citados garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético, el artículo 18 consagra como competencia del Ministerio de Comunicaciones la gestión sobre dicho espectro, el artículo 19 señala igualmente que la entidad demandada es la entidad competente para gestionar y asignar el espectro electromagnético requerido para los servicios de televisión y el artículo 20 establece como función del ente demandado otorgar los permisos para la utilización del espectro, incluso para la prestación de los servicios de difusión entre los que se encuentra la televisión (artículo 29). Por tanto, las decisiones ministeriales cuestionadas desconocen que estas normas desarrollan el artículo 75 de la Carta y que son aplicables a la solicitud de los poderdantes, por lo que la omisión en su aplicación genera infracción manifiesta de las mismas. Respecto de la violación del literal a) del artículo 9o. de la Ley 14 de 1991, se remite a lo expresado en el primero y segundo cargos de la demanda.

e) Infracción del artículo 85 de la Carta, por cuanto señala, entre otros, como de aplicación inmediata, el derecho consagrado en el artículo 20 *ibídem* y el Ministerio de Comunicaciones en el oficio demandado desconoció dicho precepto al sostener que no puede argumentarse que la fundación de un medio masivo de comunicación cuyo objeto involucre la utilización del espectro electromagnético, es un derecho de aplicación inmediata.

f) Desconocimiento del artículo 93 de la Constitución que consagra que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohiben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno, pues el Ministerio de Comunicaciones al resolver las solicitudes de los demandantes no tuvo en cuenta la Ley 16 de 1972, aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular sus artículos 13, 27 y 29, que es un tratado internacional ratificado por el Congreso.

g) Por último, aduce la violación del inciso 1o. del artículo 336 de la Carta que establece que ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, razón por la cual fue desconocido por el Oficio No. 538 al consagrar la idea de que el Estado ejerce el monopolio sobre el uso del espectro en cuanto se refiera a la emisión de las señales de televisión.

e.- Las razones de la defensa

El Ministerio de Comunicaciones no intervino durante el trámite del proceso, a pesar de haber sido notificado debidamente de la demanda (fl. 186).

f.- 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 actuaciones:

Por auto del 17 de septiembre de 1993 se admitió la demanda y se ordenó darle el trámite correspondiente (fl. 180).

Por auto visible a folio 252 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por la parte actora.

Dentro del término para alegar de conclusión, hizo uso de tal derecho la parte demandante (fl. 270). La parte demandada guardó silencio.

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Delegada Segunda ante esta Corporación sostiene que con base en lo dispuesto en los artículos 76 y 77 de la Constitución Nacional, no es al Ministerio de Comunicaciones a quien corresponde acceder a las peticiones de los demandantes y que por lo tanto es razonable la negativa expresada en el acto administrativo cuya nulidad se pretende.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para efecto de lograr un cabal entendimiento de la controversia planteada a continuación se sintetiza, en lo posible, tanto la solicitud elevada por los actores al señor Ministro de Comunicaciones, como la respuesta a la misma por parte de dicho funcionario, contentiva de los actos cuya declaratoria de nulidad se impetra.

1o. Mediante comunicación de fecha 15 de abril de 1993 (fls. 25 a 76), los actores, en ejercicio del derecho de petición, "... y con el fin de desarrollar real y materialmente los derechos constitucionales fundamentales de pensamiento, expresión y difusión del pensamiento y las opiniones, el de informar en forma veraz e imparcial, el de escoger el medio o procedimiento para el efecto y el de fundar y operar medios masivos de comunicación...", formularon las siguientes solicitudes:

a) Que, de acuerdo con los artículos 18, 19, 20 y 22 del Decreto 1900 de 1990, se les asígnase por un período de 20 años prorrogables determinadas frecuencias radioeléctricas necesarias para la difusión de señales de televisión al público en 20 localidades del país, requeridas para la operación de una cadena de televisión.

b) Que, de conformidad con los artículos 15, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 del Decreto 1900 de 1990, se les asignase "... las frecuencias radioeléctricas requeridas para establecer los canales de enlace entre los estudios y los transmisores y la autorización para la utilización de capacidad satelital, incluida la asignación de frecuencias en las rampas ascendente y descendente, con el fin de enlazar los sitios de emisión entre sí".

c) Que, como petición accesoria, de conformidad con el artículo 70, de la Ley 72 de 1989 y los artículos 59 del Decreto 1900 de 1990 y 31 del Decreto 1901 del mismo año, se les fijasen "... las tarifas correspondientes que debamos cancelar en favor de la Nación - Fondo de Comunicaciones, por dicho concepto...".

Para fundamentar su petición los solicitantes analizan en extenso diversas disposiciones constitucionales y legales referentes a los derechos y libertades fundamentales, a la prestación del servicio de televisión, al espectro radioeléctrico y al espectro electromagnético, luego de lo cual manifiestan que "en síntesis: la fundación de medios masivos de comunicación es una actividad libre; la televisión es un medio masivo de comunicación que utiliza el espectro radioeléctrico; el acceso al espectro radioeléctricó no es libre, sino que está sujeto la gestión del Estado, en los términos que fije la Ley; el Decreto Ley 1900 de 1990 ha fijado los términos de acceso al espectro para todos los servicios y actividades de telecomunicaciones, señalando que se requiere autorización previa del Ministerio de Comunicaciones,

2o.- Mediante oficio No. 538 de 5 de mayo de 1993 contentivo de los actos cuya declaratoria de nulidad se impetra, el Ministro de Comunicaciones manifestó a los actores que por las razones de orden legal que se expresan a continuación ".. este Despacho no puede acceder favorablemente a la petición elevada...".

> "Del análisis de cada una de las disposiciones transcritas (artículos 2o., 75, 76, 77 y 101 inciso cuarto de la Carta Política; 4o, de la Ley 42 de 1985; 2o, y 7o, de la ley 72 de 1989; 4o. del Decreto ley 1900 de 1990 y lo., 9o., 22, 23, 37 39, 42 y 49 de la ley 14 de 1991) se puede concluir que para la prestación del servicio público de televisión no son aplicables las disposiciones que al efecto invocan los peticionarios, y en las cuales fundamentan el ejercicio del derecho a la asignación de frecuencias para la difusión de señales de televisión al público, esto es, los artículos 15, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 del Decreto-Ley 1900 de 1990, ni el 7o. de la Ley 72 de 1989, así como tampoco el artículo 31 del Decreto 1901 de 1990.
>
> "En efecto, el artículo 48 del Decreto-Ley 1900 de 1990, ya transcrito en el presente escrito, expresamente excluye los servicios de televisión de la aplicación del régimen que el mismo estatuto consagra y remite su prestación al régimen que

para el efecto consagran las normas legales vigentes sobre la materia, es decir, la Ley 42 de 1985 y la Ley 14 de 1991,

"En el mismo sentido, el artículo 7o. de la Ley 72 de 1989, determina que las tarifas por concepto de concesiones en la prestación del servicio de televisión, serán aquellas que para el efecto fijen INRAVISIÓN y las Organizaciones Regionales de Televisión, excluyéndolas, en consecuencia, de la competencia que el artículo 7o. otorga al Ministerio de Comunicaciones en este campo. Lo cual, claramente permite concluir que la petición contenida en el numeral 3 del punto 1 de la solicitud objeto de análisis, es improcedente, por cuanto no es competencia del Ministerio de Comunicaciones fijar las tarifas o cánones por concepto de concesión en los servicios de televisión.

"En cuanto a la forma de prestación que las normas legales vigentes establecen para el servicio de televisión, es claro que la Ley 14 de 1991, en sus artículos 1o. y 37o. consagra que la prestación de este servicio está a cargo del Estado, a través de INRAVISIÓN y de las Organizaciones Regionales de Televisión.

"Así mismo, las disposicones citadas (arts. 37, 39 y 42 de la Ley 14 de 1991), determinan la forma como los particulares pueden acceder a la prestación del servicio de televisión:

"– EN INRAVISIÓN: Mediante la celebración de contratos de concesión de espacios de televisión, previo el procedimiento de Licitación Pública, las personas naturales o jurídicas previamente inscritas y calificadas en el Registro de Empresas Concesionarias de Espacios de Televisión, podrán utilizar espacios en la cadenas o canales de televisión para presentar programas de televisión.

"– En las Organizaciones Regionales de Televisión: Mediante la celebración de contratos de producción, coproducción y cesión de derechos de emisión, con personas naturales o jurídicas previo el procedimiento de Licitación Pública de acuerdo con las normas sobre contratación administrativa vigente.

"En todo caso, es claro que las normas vigentes, específicamente los artículos 4 de la Ley 42 de 1985 y 37 de la Ley 14 de 1991, determinan que la función de emisión y transmisión de las señales de televisión es competencia exclusiva de las Entidades Estatales Prestatarias del servicio de televisión, es decir, INRAVISIÓN y las Organizaciones Regionales de Televisión.

"Así las cosas, es improcedente a las luz de las normas legales vigentes que regulan el servicio de televisión, asignar frecuencias radioeléctricas a personas naturales o jurídicas de derecho privado para la difusión de señales de televisión, por cuanto la competencia para ésta sólo radica en cabeza del Estado, a través de las entidades públicas ya mencionadas.

"Ahora bien, si bien es cierto el artículo 20 de la Constitución Política de 1991, estableció como Derecho Fundamental de la persona, la libertad de fundar medios masivos de comunicación, no lo es menos que la misma Constitución en su artículo 75 impone una limitación al desarrollo del derecho constitucional consignado en el artículo 20, en lo que se refiere a medios masivos de comunicación que utilizan el espectro electromagnético y en los artículos 76 y 77 cuando estos medios adicionalmente tengan el carácter de servicio de televisión.

"En efecto, el acceso al espectro electromagnético, tanto si se trata para la prestación del servicio de televisión (artículos 76 y 77), como para cualquier otro servicio (artículo 75) requiere de una reglamentación legal previa, por expreso mandato constitucional. En consecuencia, no puede argumentarse que la fundación de un medio masivo de comunicación cuyo objeto involucre la utilización del espectro electromagnético, es un derecho de aplicación inmediata.

"Frente a la clase de medios masivos de comunicación que requiere para la divulgación al público del espectro electromagnético: radiodifusión sonora y televisión, la aplicación del artículo 20 debe hacerse en consonancia con lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 77 de la Carta.

"Ahora bien, como a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, no se han dictado las normas legales que den desarrollo a los ordenamientos constitucionales contemplados en los artículos 75, 76 y 77, es claro que existen leyes vigentes que regulan el acceso al espectro electromagnético y la prestación del servicio de televisión, las cuales son de aplicación".

Luego de transcribir algunos apartes de la sentencia T-081 proferida por la Corte Constitucional el 26 de febrero de 1993 y del fallo proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 20 de octubre de 1992, actor: Sociedad Telecinco Ltda. y otros, en los cuales se analizaron los artículos 20, 75, 76 y 77 de la Carta Política en lo concerniente a la prestación del servicio público de Televisión, el señor Ministro de Comunicaciones consideró que de la lectura de dichas providencias "... se concluye que hasta tanto se dé desarrollo legal a las disposiciones contenidas en los artículos 20, 75, 76 y 77 de la Constitución Política continúan vigentes y en aplicación las disposiciones contenidas en la Ley 42 de 1985 y 14 de 1991 que regulan la prestación del servicio público de Televisión" y que bajo el imperio de esas normatividades no es posible asignar frecuencias radioléctricas o particulares para la emisión y transmisión de señales de Televisión, por cuanto tales funciones son de competencia exclusiva de las Entidades Prestatarias del Servicio, como son el Instituto Nacional de Radio y Televisión, INRAVISIÓN, y las Organizaciones Regionales de Televisión.

Precisado lo anterior, y luego de la lectura de los cargos planteados en la demanda, la Sala considera que el primer aspecto a definir o interrogante a despejar es si de conformidad con lo previsto por los artículos 20, 75, 76 y 77 de la Carta Política de 1991

y en aplicación de las disposiciones de orden legal expedidas bajo el anterior régimen constitucional en materia de telecomunicaciones, específicamente en lo relativo a la prestación del servicio público de televisión, el Ministerio de Comunicaciones debió haber procedido a asignar a los actores las frecuencias radioeléctricas que le fueron solicitadas para la difusión de señales de televisión al público con el fin de operar una cadena de televisión o, por el contrario, dicha dependencia del Estado obró en derecho al haber denegado la mencionada solicitud.

Como marco de referencia para el análisis de dicho aspecto, a continuación se transcriben algunas de las disposiciones constitucionales y legales que se invocan como fundamento de la demanda y de los actos acusados y aquellas que, en criterio de la Sala, guardan estrecha relación con el asunto *sub-exámine;*

1o.- Constitución Política

"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 la 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".

"ARTÍCULO 75. El espectro electromagnético es un bien público inenajenable 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".

"ARTÍCULO 76. La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

"Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior".

"ARTÍCULO 77. La dirección de la política que en materia de televisión determine la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado.

"La televisión será regulada por una entidad autónoma de orden nacional, sujeta a un régimen legal propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una Junta Directiva integrada por.....".

"ARTÍCULO 334 (inciso primero). La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá por mandato de la ley en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano".

"ARTÍCULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

"Los servicios públicos sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios...".

2o.- Ley 42 de 1985, "por la cual se transforma el Instituto Nacional de Radio y Televisión -INRAVISIÓN- en una entidad asociativa de carácter especial y se dictan otras disposiciones":

"ARTÍCULO 4o. Corresponde al Instituto Nacional de Radio y Televisión – Inravisión– desarrollar las políticas y planes generales del servicio público de televisión y radiodifusión oficial, directamente o por medio de contratos de concesión de espacios celebrados con particulares, de acuerdo con las leyes, reservándose el control de su funcionamiento.

"Parágrafo. Todos los canales radioeléctricos que Colombia utiliza o pueda utilizar en el ramo de las telecomunicaciones son propiedad exclusiva del Estado. A este corresponde la prestación del servicio público de televisión en sus diferentes modalidades tecnológicas, a través de la emisión y transmisión de las señales respectivas que serán de su competencia".

3o.- Ley 72 de 1989, "Por la cual se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de concesión de los servicios y se confieren unas facultades extraordinarias al Presidente de la República":

ARTÍCULO 5o.. Las telecomunicaciones son un servicio que el Estado prestará directamente o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva, a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose, en todo caso, la facultad de control y vigilancia".

"ARTÍCULO 7o. Las concesiones podrán otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias, según lo disponga el Gobierno, y dará lugar al pago de derechos, tasas o tarifas que fije el Ministerio de Comunicaciones, a excepción las que corresponda fijar a Inravisión y a las organizaciones regionales de Televisión.

"ARTÍCULO 8o. El establecimiento, explotación y uso en el país, de redes, sistemas y servicios de telecomunicaciones nacionales e internacionales, así como su ampliación, modificación y renovación, requieren la autorización previa del. Ministerio de Comunicaciones, y atenderán las normas y recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y sus organismos normalizadores CCIR y CCITT".

4o.- Decreto 1900 de1990, "por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines:

"ARTÍCULO 4o. Las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, que lo prestará por conducto de entidades públicas de las órdenes nacional y territorial en forma directa o de manera indirecta mediante concesión, de conformidad con lo establecido en el presente decreto".

"ARTÍCULO 15. La red de telecomunicaciones del Estado comprende además, aquellas redes cuya instalación, uso y explotación se autoricen a personas naturales o jurídicas privadas para la operación de servicios de telecomunicaciones, en las condiciones que se determinan en el presente Decreto.

"Parágrafo. El Gobierno Nacional podrá autorizar la instalación, uso y explotación de redes de telecomunicaciones, aún cuando existan redes de telecomunicaciones del Estado".

"ARTÍCULO 18. El espectro electromagnético es de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien de dominio público, inenajenable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponden al Ministerio de Comunicaciones de conformidad con las leyes vigentes y el presente Decreto".

"ARTÍCULO 19. Las facultades de gestión, administración y control del espectro electromagnético comprenden, entre otras, las actividades de planeación y coordinación, la fijación del cuadro de frecuencias, la asignación y verificación de frecuencias, el otorgamiento de permisos para su utilización, la protección y defensa del espectro radioeléctrico, la comprobación técnica de emisiones radioeléctricas, el establecimiento y condiciones técnicas de equipos terminales y redes que utilicen en cualquier forma el espectro radioléctrico, la detección de irregularidades y perturbaciones, y la adopción de medidas tendientes a establecer el correcto y racional uso del espectro radioeléctrico, y a restablecerlo en caso de perturbación o irregularidades".

"ARTÍCULO 20. El uso de frecuencias radioeléctricas requiere de permiso previo otorgado por el Ministerio de Comunicaciones y dará lugar al pago de los derechos que correspondan. Cualquier ampliación, extensión, renovación o modificación de las condiciones, requiere de nuevo permiso previo y expreso.

"El permiso para el uso de frecuencias radioeléctricas tendrá un plazo definido que no podrá exceder de veinte años, el cual podrá renovarse hasta por término igual al inicial. En los casos de servicio de difusión y especiales, su duración será igual a la de la respectiva concesión o autorización".

"ARTÍCULO 21. El Ministerio de Comunicaciones ejercerá la coordinación necesaria para la utilización del espectro radioeléctrico en su proyección internacional, teniendo en cuenta las normas y estándares de aplicación de los reglamentos internacionales de radiocomunicaciones".

"ARTÍCULO 22. El establecimiento, la instalación, la expansión, la modificación, la ampliación, la renovación y la utilización de la red de telecomunicaciones del Estado, o de cualquiera de sus elementos constituyen motivos de utilidad pública e interés social".

"ARTÍCULO 23. La instalación, ampliación y renovación, ensanche o modificación de la red de telecomunicaciones del Estado requiere autorización previa del Ministerio de Comunicaciones. Dicho acto es distinto de la autorización o concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones y podrá tener carácter general si se inscribe dentro de un plan aprobado por el Ministerio de Comunicaciones; igualmente, podrá comprender una o varias de las operaciones arriba mencionadas.

"Para expedir estas autorizaciones el Ministerio de Comunicaciones sólo considerará razones de orden técnico".

"ARTÍCULO 27. Los servicios de telecomunicaciones se clasifican, para efectos de este decreto, en básicos, de difusión, telemáticos y de valor agregado, auxiliares de ayuda y especiales".

"ARTÍCULO 29. Servicios de difusión son aquellos en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción en forma simultánea.

"Forman parte de estos, entre otros, las radiodifusoras sonora y de televisión".

"ARTÍCULO 39. Corresponde al Ministerio de Comunicaciones autorizar previamente el establecimiento, uso, explotación, ampliación, ensanche y renovación de los servicios de telecomunicaciones. Dicha autorización podrá tener carácter general si se inscribe dentro de un plan programa aprobado por el Ministerio de Comunicaciones.

"Para expedir estas autorizaciones el Ministerio de Comunicaciones sólo considerará razones de este orden técnico.

"ARTÍCULO 40. Las concesiones para la prestación de servicios de telecomunicaciones serán otorgadas de conformidad con los siguientes criterios:

"Servicios básicos. Podrán otorgarse a sociedades especializadas debidamente constituídas.

"Servicios de difusión. Podrán otorgarse mediante contratación directa, con la salvedad indicada en el artículo siguiente.

"Servicios telemáticos de valor agregado. Se otorgarán mediante licencia, en régimen de libre competencia, para el servicio tanto nacional como internacional.

"Servicios especiales. Se otorgarán mediante licencia.

"Parágrafo. Los concesionarios de servicios básicos no podrán prestar servicios telemáticos o de valor agregado sin la correspondiente licencia".

"ARTÍCULO 41. Los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones que tengan como objeto la operación y explotación de las distintas modalidades de servicios básicos y de servicios de difusión para su prestación en gestión indirecta, son contratos administrativos que se rigen por las normas del decreto ley 222 de 1983 o por las disposiciones que lo sustituyan, modifiquen o adicionen o por el presente decreto".

5o.- Decreto 1901 de1990, "por el cual se establece la estructura orgánica del Ministerio de Comunicaciones, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones":

"ARTÍCULO 3o. El Ministerio de Comunicaciones cumplirá las siguientes funciones:

".....

".....

"4o. Autorizar previamente el establecimiento, explotación y uso en el país de redes y servicios de telecomunicaciones nacional e internacional, así como su ampliación, modificación y renovación.

"...

"6o. Hacer cumplir las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias relacionadas con la explotación y prestación de los servicios postales... (...).., así como las relacionadas con la utilización del espectro electromagnético y llevar los registros correspondientes según lo establezca el reglamento.

".....

"22. Fijar los derechos, tasas y transferencias que se deben pagar por las concesiones, permisos, autorizaciones y registro de redes de servicios de telecomunicaciones, incluidas las frecuencias radioeléctricas, a excepción de las que correspondan fijar a Inravisión y a las organizaciones regionales de televisión",

6o.- Ley 14 de 1991, "por la cual se dictan normas sobre el servicio de televisión y radiodifusión oficial".

"ARTÍCULO 1o. Naturaleza jurídica del servicio.

La televisión es un servicio público cuya prestación está a cargo del Estado a través del Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, y de las organizaciones regionales de televisión. Su explotación se podrá contratar en forma temporal con personas naturales o jurídicas, dentro de los principios y objetivos de la presente Ley.

"ARTÍCULO 8o. Objeto general de Inravisión.

Corresponde al Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, desarrollar y ejecutar los planes y programas que el Gobierno Nacional adopte sobre el servicio de televisión y operar la radiodifusión oficial".

"ARTÍCULO 9o. Objeto de Inravisión. En desarrollo de su objeto corresponde a Inravisión:

"a) Prestar en nombre del Estado el servicio de televisión y radiodifusión oficial, sin perjuicio de que por Ley o contrato corresponda prestarlo a otras entidades o personas;

"b) Prestar con carácter comercial, en régimen de libre y leal competencia, servicios de valor agregado y telemáticos, soportados por los servicios de televisión y de difusión a su cargo;

c) Prestar directamente o contratar el servicio de transmisión de señales de televisión en las diferentes modalidades tecnológicas destinadas a ser recibidas por el público.

".....

" ....."

Ahora bien, del análisis sistemático de las disposiciones que se han reseñado, la Sala considera y concluye lo siguiente:

1o.-Las normas anteriores a la vigencia del nuevo ordenamiento constitucional señalaban que las telecomunicaciones, entendidas como "toda emisión, transmisión o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por hilo, radio u otros sistemas ópticos o electromagnéticos", eran un servicio público a cargo del Estado, a quien correspondía prestarlo por conducto de entidades públicas de los órdenes nacional y territorial en forma directa o mediante contratos de concesión, los cuales, en la medida en que su objeto lo constituye la operación y explotación de servicios de difusión (entre ellos el de televisión) para prestarlos en

gestión indirecta, "... son contratos administrativos que se rigen por las normas del Decreto 222 de 1983, por las disposiciones que lo sustituyan, modifiquen o adicionen o por el presente decreto" (Decreto 1900 de 1990, arts. 3o., 4o., 29 y 41). Por su parte, en el artículo 202 del citado Decreto 222 de 1993 se consagraba que "mediante el contrato de concesión de espacios de televisión, el Estado por conducto del Instituto Nacional de Radio y Televisión –INRAVISION–, permite a personas naturales o jurídicas la utilización de espacios en las cadenas o canales de televisión".

2o.- De otra parte, en el régimen jurídico anterior al actual ordenamiento constitucional se estatuía que el espectro electromagnético y todos los canales que Colombia utilizaba en el ramo de las telecomunicaciones eran de propiedad exclusiva del Estado y constituían un bien de dominio público inenajenable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control se atribuía al Ministerio de Comunicaciones (artículos 4o. Ley 42 de 1985 y 18 Decreto 1900 de 1990). De la misma manera se determinaba que las aludidas facultades de gestión, administración y control comprendían entre otras, las de asignar frecuencias radioeléctricas y otorgar permisos para la utilización del espectro electromagnético, y que el régimen de prestación del servicio de televisión y el otorgamiento de las correspondientes concesiones sería el consagrado en las leyes vigentes sobre la materia (arts. 19, 20 y 48 Decreto 1900 de 1990).

3o.- En materia del servicio de televisión, el mencionado régimen establecía que su prestación estaría a cargo del Estado a través del Instituto Nacional de Radio y Televisión –INRAVISION– y de las Organizaciones Regionales de Televisión, al primero de los cuales correspondía desarrollar y ejecutar los planes y programas que adoptara el Gobierno Nacional sobre dicho servicio, y prestar directamente o contratar el servicio de transmisión de señales de televisión en las diferentes modalidades tecnológicas a ser recibidas por el público (Ley 4 de 1991, arts. 1o., 8o. y 9o.).

4o.- Como quiera que bajo dicho régimen jurídico la prestación del servicio público de televisión correspondía exclusivamente al Estado a través de las entidades ya mencionadas, tal circunstancia se traducía en que sólo ellas podían acceder al uso de las frecuencias radioeléctricas que integran el espectro electromagnético para esa finalidad, e implicaba, consecuencialmente, que a ningún particular le era posible acceder a su utilización directa para transmitir señales de televisión, puesto que ello sólo era viable de manera indirecta mediante el correspondiente contrato de concesión de espacios de televisión o de prestación del servicio de transmisión de señales de televisión como consecuencia de lo anterior, la Sala considera que las normas legales atrás reseñadas atributivas de competencia al Ministerio de Comunicaciones para asignar frecuencias radioeléctricas y conceder permisos tendientes a la utilización del espectro electromagnético, estaban referidas y solo eran aplicables cuando quiera que se tratase de solicitudes encaminadas a la prestación de servicios de telecomunicaciones diferentes al de televisión según el caso.

5o.- El hecho de que el artículo 75 de la Carta Política califique el espacio electromagnético como un bien público y permita el acceso a su uso, no implica que como consecuencia automática de ello, a partir del mismo momento de la vigencia del nuevo orden constitucional toda persona particular haya quedado habilitada para ejercer de manera inmediata tal derecho y para reclamar de las autoridades que en ejercicio del derecho de petición ellas deban acceder favorablemente a las solicitudes de autorización que se les formulen en ese sentido, pues si el propio artículo 75 en cita somete el espectro electromagnético a la gestión y control del Estado y garantiza el acceso a su uso en igualdad de oportunidades "en los términos que fije la ley", ello conduce indefectiblemente a concluir que la viabilidad jurídica de dichas solicitudes está supeditada no solo a la vigencia de preceptos que habiendo sido expedidos con anterioridad a la Carta Política de 1991 no resulten incompatibles con ella, sino, sobre todo, a que el legislador haya expedido los correspondientes mandatos que permitan hacer efectiva la mencionada garantía constitucional al igual que las normas de intervención estatal para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético, en garantía del pluralismo informativo y la competencia.

6o.- Si bien es cierto que para la época en que los actores formularon ante el Ministerio de Comunicaciones las solicitudes que dieron origen a los actos acusados existían disposiciones legales que le atribuían competencia para asignar frecuencias radioeléctricas y conceder permisos para la utilización del espectro electromagnético, no lo es menos y con mayor razón que al no estar referida alguna de ellas al ejercicio de la aludida competencia en materia de asignación de frecuencias radioeléctricas para la prestación del servicio público de televisión por particulares, de ello se deriva que al Ministerio de Comunicaciones no le era posible acudir a tales mandatos para resolver de acuerdo con lo peticionado, en virtud del principio constitucional según el cual "ninguna autoridad del estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyan la Constitución y las leyes" (art. 121).

7o.- En concordancia con lo expuesto, y dado que el artículo 76 de la Carta Política somete el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión a la intervención estatal a cargo de un organismo público a quien correspondería desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en relación con este mismo servicio, de ello se deriva indefectiblemente la conclusión de que si al momento de formularse al Ministerio de Comunicaciones las aludidas solicitudes de asignación de frecuencias radioeléctrícas, el legislador no había expedido las pertinentes normas de intervención, gestión y control del uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación de dicho servicio, con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio y evitar prácticas monopolísticas en su operación y explotación, así como tampoco determinado la política del Estado que en materia de televisión debía desarrollar el organismo previsto, los demandantes carecían de aptitud legal para exigir la asignación de frecuencias radioeléctricas ante una dependencia de la Administración a quien el Constituyente no le había asignado esa tarea.

8o.- Por lo que respecta al contenido y alcance del artículo 20 de la Constitución Política, el cual garantiza a toda persona la libertad de fundar medios masivos de comunicación y cuyo desconocimiento predican los actores debido a que los actos acusados les impidieron ejercer su derecho a escoger el procedimiento para difundir sus pensamientos y opiniones, la Sala hace suyos los argumentos expuestos por la H. Corte Constitucional en sentencia No.T-081 de 26 de febrero de 1993 de la cual fue Ponente el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz:

> "... la libertad de fundar medios masivos de comunicación es, en principio, un derecho de aplicación inmediata por no establecer el artículo 20 de la Carta ninguna reserva de ley, y no diferenciar su artículo 85 entre los derechos contenidos en dicho artículo 20 al predicar de todos ellos su carácter de aplicación inmediata. No obstante, la naturaleza de las cosas impone establecer algunas distinciones entre los diversos medios masivos de comunicación con miras a armonizar el contenido de estos artículos con las demás normas de la Constitución.
>
> "...
>
> Mientras que en algunos casos solo es suficiente con disponer del recurso económico para difundir su pensamiento u opinión –prensa escrita–, en otros se deben utilizar bienes de uso público para ejercer los derechos propios de esa actividad. Esta distinción es importante en lo que respecta al reconocimiento del carácter de derecho de aplicación inmediata de la libertad de fundar medios masivos de comunicación, ya que los medios masivos de comunicación que utilizan el espectro electromagnético tienen un tratamiento jurídico especial.
>
> "...
>
> Las limitaciones normativas al uso del espectro electromagnético por los particulares obedecen a que este es parte del territorio colombiano (CP. art. 101), y pertenece por tanto a la Nación (CP. art. 102). Razones de soberanía y de seguridad, así como los principios de pluralismo informativo, democracia participativa e igualdad, justifican la intervención estatal en las actividades que hacen uso de este bien público en el ejercicio de sus derechos fundamentales".
>
> "...
>
> La intervención estatal –gestión y control– en el ámbito de las comunicaciones responde al ejercicio de la potestad del Estado para regular lo que está dentro de su territorio, garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético y evitar las prácticas monopolísticas. Los medios masivos de comunicación que utilizan este bien están sujetos en su funcionamiento a la gestión y al control del Estado.
>
> "...
>
> La concesión del uso de una frecuencia para transmitir información es una facultad del Estado que se desprende de su función de gestión (CP art. 75). Sólamente

mediante el mecanismo de autorizaciones previas es posible garantizar el cumplimiento de los fines sociales del Estado, el uso técnicamente adecuado del espectro y la igualdad de oportunidades en su acceso...".

Ahora bien, con fundamento en las consideraciones y conclusiones anteriores, la Sala procede a analizar los cargos que se formulan en contra de los actos acusados, así:

En relación con el primer cargo, en el cual se plantea que dichos actos incurren en falsa motivación debido a que el Ministerio de Comunicaciones dejó de aplicar o aplicó equivocadamente normas que al momento de la formulación de la solicitud le atribuían competencia para resolver de manera favorable sobre la asignación de determinadas frecuencias radioeléctricas para la difusión de señales de televisión al público, la Sala considera que adolece de vocación de prosperidad, por las razonés qeu se expresan a continuación:

1o.- Si bien los artículos 13, 27 y 29 de la Ley 16 de 1972, aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos consagran, en su orden, que no se podrá impedir el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones mediante el abuso de controles oficiales; que en caso de suspenderse los derechos y garantías fijados en dicho Tratado deberá informarse de tal situación por el respectivo Estado parte a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos; y que no se podrán suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, también lo es que con el acto acusado no fueron desconocidos dichos preceptos, pues con la expedición del mismo no aparece que se haya abusado del control oficial, ni se suprimieron o suspendieron los derechos a que hacen alusión los demandantes, sino que simplemente el Ministerio de Comunicaciones en forma acertada, no accedió a lo peticionado por considerar que bajo el imperio de las disposiciones invocadas en su sustento no era competente para asignar frecuencias radioeléctricas a los particulares para emitir y transmitir señales de televisión al público, así como tampoco lo era para fijar tarifas o cánones por concepto de concesiones en la prestación del servicio de televisión, esto último por corresponder a INRAVISIÓN y a las Organizaciones Regionales de Televisión. Por lo mismo, los actos acusados tampoco desconocen la Ley 46 de 1985, "por medio de la cual se aprueba el Convenio de Telecomunicaciones firmado en Nairobi el 6 de noviembre de 1982 y el Reglamento de Telecomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, adoptado en Ginebra el 6 de diciembre de 1979" en su artículo 1o., pues, como quedó visto, ninguna disposición de orden legal o constitucional atribuían competencia al Ministro de Comunicaciones para proceder conforme a la solicitud formulada por los actores.

2o.- Para la Sala no es de recibo la acusación según la cual los actos demandados se expidieron en contravención de lo previsto por los artículos 18 a 23 del Decreto 1900 de 1990, 7o. de la Ley 72 de 1989 y 31 del decreto 1901 de 1990, no solo por cuanto en ellos no se contempla la posibilidad de asignar frecuencias radioeléctricas para los fines peticionados, sino debido a que el artículo 48 del primero de los mencionados

ordenamientos legales excluye de su normatividad los asuntos concernientes a la prestación y concesión de los servicios de televisión, para lo cual se requiere necesariamente el acceso al uso del espectro electromagnético.

3o.- En cuanto a los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución Política, respecto de los cuales los demandantes sostienen que sus mandatos no despojaron al Ministerio de Comunicaciones de la competencia para la asignación de frecuencias destinadas a la prestación del servicio público de televisión, la Sala considera que tal planteamiento es equivocado, pues como se analizó en la primera parte de esta proyidencia, ninguna disposición legal lo facultaba para tales efectos, entratándose de solicitudes elevadas por particulares.

Por todo lo anterior, el cargo no prospera.

En relación con el segundo cargo, según el cual los actos acusados incurren en falsa motivación por error en la interpretación y aplicación del régimen jurídico, la Sala considera que también adolece de vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

1o.- El hecho de que el artículo 43 de la Ley 14 de 1991 prevea la existencia de concesionarios del servicio de televisión por suscripción en nada incide sobre la ilegalidad de los actos demandados, puesto que lo discutido en el proceso es la competencia del Ministerio de Comunicaciones para asignar frecuencias radioeléctricas para la prestación del servicio público de televisión por particulares y no la competencia para otorgar en concesión el servicio de televisión.

2o.- En cuanto a la crítica que formulan los actores al planteamiento contenido en el oficio parcialmente acusado, según el cual el derecho de fundar medios masivos de comunicación que utilicen el espectro electromagnético destinado para los servicios de televisión está supeditado a la existencia de una reglamentación legal de los artículos 75, 76 y 77 de la Carta Política, la Sala se remite a lo expuesto en los ordinales 5o., 6o. y 8o. de la primera parte de estas consideraciones.

3o.- A pesar de que la decisión del Ministerio de Comunicaciones en el sentido de estimar improcedente la solicitud subsidiaria formulada por los actores, tendiente a que se les fijasen las tarifas a cancelar por concepto de la asignación de las frecuencias peticionadas, no podía fundamentarse válidamente en el artículo 7o. de la Ley 72 de 1989 por cuanto esta norma se refiere a la fijación de tarifas por concepto de concesiones, la Sala considera que ello en ningún momento constituye un vicio de tal naturaleza que afecte de ilegalidad dicha decisión, toda vez que aún en el hipotético caso de haberse acudido a los artículos 59 del Decreto 1900 de 1990 y 31 del Decreto 1901 del mismo año, la decisión hubiese sido negativa como consecuencia de la carencia de competencia para asignar frecuencias radioeléctricas para la prestación del servicio público de televisión por particulares.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

En relación con el tercer cargo, en el cual se plantea la violación de diversas disposiciones constitucionales y legales, la Sala considera lo siguiente respecto de cada una de ellas:

1o.- No se incurre en el quebrantamiento del artículo 2o. de la Carta Política, en concordancia con el artículo 3o. de la Ley 58 de 1982, por cuanto de las consideraciones precedentes resulta que el Ministerio de Comunicaciones no interpretó equivocadamente las normas invocadas en sustento de la solicitud, ni conculcó el derecho de los actores de acceder al uso del espectro electromagnético, el cual podrán ejercer a plenitud de conformidad con las disposiciones que se han expedido con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda incoada.

2o.- Tampoco se incurre en el desconocimiento del artículo 4o. de la Carta Política bajo la acusación de que los actos acusados impidieron a los actores ejercer el derecho de acceder al uso del espectro electromagnético, por cuanto tal consecuencia no se deriva de la decisión denegatoria de lo solicitado, sino de la inexistencia de normas que regularan dicho acceso para la prestación del servicio público de televisión.

3o.- En cuanto a las acusaciones de violación del artículo 20 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 13, 27 y 29 de la Ley 16 de 1972; 75, 85 y 93 del mismo ordenamiento constitucional; 18, 19 y 20 del decreto 1900 de 1990 y 14 literal a) de la Ley 14 de 1991, la Sala se remite a las consideraciones plasmadas en los análisis precedentes.

4o.- Sobre la pretendida violación del inciso primero del artículo 336 de la Carta Política en razón de que en los actos acusados se plantea la idea de que con posterioridad a la nueva Constitución el Estado ejerce el monopolio sobre el uso del espectro electromagnético en cuanto a la emisión de señales de televisión, la Sala hace notar a los actores que basta la simple lectura del contexto en el cual se adoptaron las decisiones enjuiciadas para darse perfectamente cuenta que aquello que se quiso significar es que al no haberse dictado las normas que desarrollasen los artículos 75, 76 y 77 de la Carta, los particulares no podían acceder al uso de dicho espectro, pues de acuerdo con las decisiones que allí se invocan, la función de emitir y transmitir señales de televisión estaba atribuida a INRAVISIÓN y a las organizaciones regionales de televisión.

En consecuencia, el cargo no prospera.

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 pretensiones de la demanda.

Segundo.- No hay lugar a condena. en costas por no haberse causado.

Tercero.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cuarto.- En firme esta providencia, archívese el expediente, 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 tala en su sesión de fecha veinte de abril de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Se menciona la sentencia T-081 del 26 de febrero de 1993, de la H. Corte Constitucional, con ponencia del Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL/PROPIEDAD INDUSTRIAL/TASAS-Monto/**GATOS DE OPERACIÓN/PROGRAMAS DE TECNIFICACIÓN DE SERVICIOS DE INFORMACIÓN RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL-**Costos/**COBRO DE LA TASA-**Oportunidad/**TASA-**Objeto/**REGISTRO DE SOLICITUD**

En cuanto a la supuesta violación de la ley 6a. de 1992 porque el monto global de las tasas no guarda directa correspondencia con los gastos de operación y el costo de los programas de tecnificación de los servicios de información relativos a la propiedad industrial y al estado de la técnica la Sala insiste en que de la simple comparación de las normas no se deduce la flagrante violación pues la acusada, si bien ordena la cancelación de la tasa por "títulos" al momento de presentar la solicitud de registro, en su texto no se indica monto alguno y por lo tanto no puede determinarse si existe o no correspondencia entre la tasa ordenada y los gastos de operación y el costo de los programas de tecnificación de los servicios de información relativos a la propiedad industrial y al estado de la técnica. Por lo demás y en cuanto al aspecto comentado se refiere, se requiere un estudio detenido y a fondo a fin de esclarecer la incidencia que pueda tener la oportunidad del cobro de la tasa en la correspondencia entre ésta y los gastos de operación y costo de los programas de tecnificación de los servicios de información relativos a la propiedad industrial y al estado de la técnica, lo mismo que para determinar cuales serían esos gastos de operación, cuáles los costos de los programas de tecnificación y cuáles los servicios de información relativos a la propiedad industrial y el estado de la técnica, Tampoco observa la Sala por ahora la ostensible y manifiesta violación del ordenamiento constitucio-

nal pretranscrito, habida consideración de un lado, que tal como se expresó en el auto recorrido, la inconformidad de los demandantes parece más bien fincarse en la oportunidad del recaudo de la tasa, y de otro, se presentaría la necesidad de determinar si la fijación de la tasa tiene por objeto recuperar el costo de los servicios prestados o equivale a una participación de beneficios, previa definición de si con el procedimiento se ha ocasionado costo o se ha proporcionado beneficio alguno. Esto en razón de que si bien una solicitud de registro puede ser denegada, caso en el cual no habría registro de título y tampoco beneficio alguno, también puede darse el caso y es de esperarse, que la petición prospere y el trámite concluya con la expedición del título, lo cual supone unos costos para la administración y unos beneficios proporcionados al solicitante del registro.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencióso Administrativo.- Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3200. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: JORGE E. VERA VARGAS Y OTROS.

Procede la Sala a decidir el recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra el numeral 2o. de la parte resolutiva del auto de febrero 24 de 1995, por medio del cual se niega la suspensión provisional del acto acusado.

ANTECEDENTES

Mediante el ejercicio de la acción de nulidad los actores de la referencia demandaron de la Corporación la nulidad de la expresión "y títulos", contenida en el parágrafo segundo del artículo primero del Decreto No. 2875 de diciembre 29 de 1994, "Por el cual se fijan las tasas para la tramitación de los procedimientos relacionados con la propiedad industrial", expedido por el Presidente de la República "en ejercicio de las facultades que le confiere el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 119 de la Ley 6a. de 1992".

EL AUTO RECURRIDO

Es el proferido por la Sala el 24 de febrero del año en curso, en cuanto en su numeral 2 de la parte resolutiva, resolvió "DENEGAR la suspensión provisional del acto acusado".

A la denegatoria de la solicitud de la medida cautelar llegó la Sala, previas las siguientes consideraciones esenciales:

> "... Respecto de la violación del artículo 119 de la Ley 6a. de 1992, se deduce que los actores objetan el cobro de la tasa por "títulos", no por el monto global, ni por

la correspondencia entre éste y "los gastos de operación y costo de los programas de tecnificación de los servicios de información relativos a la propiedad industrial y al estado de la técnica" de que trata la norma citada como violada, sino por la oportunidad y el momento en el cual se cobra la mencionada tasa (prestación de la solicitud de registro), considerada por los demandantes como improcedente por implicar la cancelación en forma anticipada de la aludida tasa".

En relación con la supuesta violación de los artículos 189 numeral 11 y 338, inciso 2o. de la Constitución Nacional; 187, 114, 146 y 147 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, 5o. del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y 25 del Decreto 117 de 1994, los actores "se limitan a transcribirlas sin expresar específicamente el concepto de la violación...".

Prima facie no observó la Sala la manifiesta infracción de los artículos 189 numeral 11 y 338 inciso 2o. de la Carta Política, "porque como ya quedó expresado la Ley 6a. de 1992 en su artículo 119 faculta al Gobierno Nacional para fijar las tasas en la tramitación de los procedimientos relacionados con la propiedad industrial...".

Para hacer referencia a la fijación de la tarifa de la tasas "como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación de los beneficios que les proporcionen...", de que trata el artículo 338 de la Carta, consideró la Sala que habría que observar que la inconformidad de los demandantes no estriba en esta circunstancia sino, como ya quedó dicho, en la oportunidad del recaudo de la tasa que ellos asimilan a un cobro anticipado de la misma; y de otro lado, dilucidar si la fijación de ella corresponde a la recuperación de un costo o a la participación de un beneficio, en razón de que cuando se exige su cancelación aún no se ha ocasionado tal costo ni se ha proporcionado el beneficio".

"Tampoco apareció a primera vista la violación flagrante de los artículos 87 y 114 de la Decisión 344 y 25 del Decreto 117 de 1994, si en cuenta se tiene que en ellos se contemplan situaciones diferentes a las debatidas en el caso bajo estudio".

La supuesta violación de los artículos 146 y 147 de la Decisión 344 y del 5o. del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, al parecer de la Sala "se daría en la medida en que fueran infringidas las normas internas del país miembro, evento al cual tendría que llagarse previo un juicioso y comparativo estudio propio del momento de dictar sentencia y no del de ahora cuando de lo que se trata es de constatar a primera vista la violación flagrante y directa de la ley".

EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Se fundamenta en las razones que a continuación se resumen:

No es cierto que respecto a las disposiciones señaladas como violadas, en especial el artículo 338 inciso 2o. de la Constitución Política, no se haya sustentado el concepto y el alcance de la vulneración.

Como lo reconoce la Sala en el texto de la providencia impugnada, se presentó un cuadro sinóptico comparativo de varios casos en los cuales los servicios por concepto de tasa de título no son prestados.

Dos fueron las razones básicas en que se fundamentó la solicitud de suspensión provisional:

> "1. La ausencia de directa correspondencia con los gastos de operación de los servicios.
>
> "2. La violación del principio de recuperación de los costos de los servicios o participación de los beneficios proporcionados".

Sí se analizó el principio de recuperación de los costos de los servicios o participación de los beneficios proporcinados consagrado en el artículo 338, inciso 2 de la Constitución Política, norma también citada y comentada como violada en la solicitud de suspensión provisional.

La norma acusada hace referencia a dos figuras especiales, a saber:

> "El monto global y la correspondencia entre éste y los gastos de operación y costos de los programas de tecnificación de los servicios de información relativos a la propiedad industrial y el estado de la técnica, y
>
> "La recuperación de los costos de los servicios o participación de los beneficios proporcionados".

No obstante, admitiendo en gracia de discusión que la norma acusada no viola los postulados del monto global y correspondencia del monto con los gastos de operación y costos de los programas de tecnificación, no significa que tampoco se viole el principio de "recuperación de los costos de los servicios o participación de los beneficios proporcionados".

El fenómeno del monto global y correspondencia del monto con los gastos de operación y costos de los programas de tecnificación, se encuentra referido en el artículo 119 de la Ley 6a. de 1992, fenómeno que, por las siguientes dos razones fundamentales, es de inferior jerarquía al principio de "recuperación de los costos de los servicios o participación de los beneficios proporcionados": la primera, porque se encuentra consagrado en una norma de carácter legal (de inferior jerarquía a cualquier norma de rango supralegal, en este caso el art. 33 inciso 2 de la Constitución Política) y la segunda, porque la citada norma legal fue expedida con base en la referida norma constitucional.

La Sala le dio mayor importancia al fenómeno de monto global y correspondencia del monto de los gastos de operación y costos de los programas de tecnificación, referido en el artículo 119 de la Ley 6a. de 1992, que al principio constitucional de "recuperación de los costos de los servicios o participación de los beneficios proporcionados".

El hecho de que en la solicitud de suspensión provisional no se haya analizado el fenómeno del monto global y la correspondencia entre éste y "los gastos de operación y costos de los programas de tecnificación", no significa que el acto acusado no viole la filosofía del mismo, dado que en el texto del Decreto 2875 de diciembre 29 de 1994, no aparece la más mínima referencia a la correspondencia entre el pago anticipado de la tasa de título (o registro) y los gastos de operación y costos de los programas de tecnificación de los servicios de información relativos a la propiedad industrial y al estado de la técnica.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los actores al fundamentar el recurso insisten en que la norma acusada viola el artículo 119 de la Ley 6a. de 1992 y el principio de "recuperación de los costos de los servicios o participación de los beneficios proporcionados", consagrado en el artículo 338 inciso 2o. de la Constitución Nacional, concepto, que según ellos y contrariamente a lo considerado por la Sala, si fue sustentado en la solicitud de suspensión provisional.

El argumento esencial aparece en la solicitud de suspensión traído del libelo de la demanda, en los siguientes términos:

> "La obligación de cancelar en forma anticipada (al momento de la presentación de la solicitud, según lo ordena la norma cuya nulidad de demanda) la tasa de título (o título de registro), no guarda directa correspondencia con los gastos de operación de los servicios a que se refiere el art. 119 de la Ley 6a. de 1992, ni responde al principio de recuperación de los costos de los servicios o participación de los beneficios proporcinados, consagrado en el art. 338, inc. 2o. de la Constitución Política".

Se solicita la suspensión provisional de la palabra "y títulos" contenida en el parágrafo 2 del artículo 1o. del Decreto 2875 de 1994. El párrafo dice:

> "Las tasas correspondientes a los trámites de solicitudes de resgistro y títulos referentes a marcas, lemas comerciales, nombres y enseñas comerciales, deberán ser canceladas el momento de la presentación de la solicitud de registro". (Subraya la Sala).

En cuanto a la supuesta violación de la Ley 6a. de 1992 porque el monto global de las tasas no guarda directa correspondencia con los gastos de operación y el costo de los programas de tecnificación de los servicios de información relativos a la propiedad industrial y al estado de la técnica, la Sala insiste en que de la simple comparación de las normas no se deduce la flagrante violación pues la acusada, si bien ordena la cancelación de la tasa por "títulos" al momento de presentar la solicitud de registro, en su texto no se indica monto alguno y por lo tanto no puede determinarse

si existe o no correspondencia entre la tasa ordenada y los gastos de operación y el costo de los programas de tecnificación de los servicios de información relativos a la propiedad industrial y al estado de la técnica.

Por eso, desde que se denegó la medida cautelar la Sala observó que la inconformidad de los demandantes radicaba, antes que en la supuesta falta de correspondencias anotada, en la oportunidad y el momento en el cual se cobra la mencionada tasa.

Por lo demás y en cuanto al aspecto comentado se refiere, se requiere un estudio detenido y a fondo a fin de esclarecer, se requiere un estudio detenido y a fondo a fin de esclarecer la incidencia que pueda tener la oportunidad del cobro de la tasa en la correspondencia entre ésta y los gastos de operación y costo de los programas de tecnificación de los servicios de información relativos a la propiedad industrial y al estado de la técnica, lo mismo que para determinar cuáles serían esos gastos de operación, cuáles los costos de los programas de tecnificación y cuáles los servicios de información relativos a la propiedad industrial y el estado de la técnica.

Se argumenta también tanto en la solicitud de suspensión provisional como en el recurso interpuesto contra el auto que la denegó, que el acto acusado viola en forma manifiesta el artículo 338, inciso 2 de la Constitución Política, que dice:

> "La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que le presten o participación de los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o lo acuerdos".

Tampoco observa la Sala por ahora lo ostensible y manifiesta violación del ordenamiento constitucional pretranscrito, habida consideración de un lado, que tal como se expresó en el auto recurrido, la inconformidad de los demandantes parace más bien fincarse en la oportunidad del recaudo de la tasa, y de otro, se presentaría la necesidad de determinar si la fijación de la tasa tiene por objeto recuperar el costo de los servicios prestados o equivale a una participación de beneficios, previa definición de si con el procedimiento se ha ocasionado costo o se ha proporcionado beneficio alguno. Esto en razón de que si el bien una solicitud de registro puede ser denegada, caso en el cual no habría registro de título y tampoco beneficio alguno, también puede darse el caso y es de esperarse, que la petición prospere y el trámite concluya con la expedición del título, lo cual supone unos costos para la administración y unos beneficios proporcionados al solicitante del registro.

Por las razones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia recurrida.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 27 de abril de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

ERNESTO REFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

ACUERDO DE CARTAGENA/INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL/NOTORIEDAD/HECHO NOTORIO/MARCA EXTRANJERA/BENETTON

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en la interpretación prejudicial del artículo transitorio solicitada en este proceso se limitó a señalar el alcance de la notariedad y su diferencia con el hecho notorio pero no precisó lo que debe entenderse por las marcas notoriamente conocidas "en el exterior", como sí lo hizo frente al artículo 73 literal e) de la Decisión 313, respecto del cual expresó que la notoriedad se predica de la marca utilizada no solo a nivel nacional sino en el ámbito de la subregión "y en el internacional en las condiciones previstas por el legislador comunitario". Cabe reiterar que los supuestos fácticos del artículo 58 literal g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se entienden referidos no sólo al país en donde se discute el registro marcario sino a cualquier país del mundo. En efecto, la norma es clara en advertir que se trate de una marca notoriamente conocida y registrada en el país o en el exterior. Además, para que una marca se considere como notoriamente conocida no se requiere que, en este caso,haya sido utilizada en Colombia sino que el grupo de consumidores del lugar donde se controvierte el registro, al cual va dirigido el producto que ampara una marca que tenga conocimiento de su existencia y dicho conocimiento se relacione, entre otros espectos, con la calidad del mismo, su precio, su procedencia, publicidad, etc.

TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA/ACUERDO DE CARTAGENA-Actos/**DECISIÓN DE LA COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA**-Impugnación

El tratado que creó el Tribunal Andino de Justicia del acuerdo de Cartagena fue aprobado por la Ley 17 de 13 de febrero de 1980. En dicho Tratado se estipuló en su artículo I que el ordenamiento jurídico de Cartagena comprendía, entre otras, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta. El artículo XVII ibídem consagró la competencia del referido Tribunal Andino para declarar la nulidad de las Decisiones y de las Resoluciones en virtud de la demanda que podían incoar los países miembros o las personas naturales o jurídicas, cuando tales Decisiones les sean aplicables y les causen perjuicios (artículo XIX). En el evento *sub-lite* el artículo 58 literal g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no puede ser susceptible de inaplicabilidad, como lo sería si tuviera esta Corporación que pronunciarse frente a la excepción de inconstitucionalidad planteada, por cuanto tal disposición es desarrollo de un Tratado que aprobo la creación del Tribunal Andino de Justicia y respecto de las decisiones emanadas del mismo el Tratado señaló los mecanismos para su impugnación y el órgano encargado de su juzgamiento. Como reiteradamente lo ha precisado esta Corporación, una vez aprobado y perfeccionamiento de un Tratado, los actos de las autoridades comunitarias que dimanan de él, aún cuando producen efectos en el ámbito interno, en cuanto a su juzgamiento cambian de Juez, como ocurre en este caso con las normas de las Decisiones expedidas por el Tribunal del Acuerdo de Cartagena.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de mil novecientos novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 2245. Acción: Nulidad y restablecimiento derecho. Actor: ALBERTO KADOCH B.

El señor ALBERTO KADOCH B., a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho, frente a la Resolución No. 1493 de 4 de septiembre de 1992 "Por la cual se resuelve un recurso de apelación", expedida por el Superintendente de Industria y Comercio.

I-. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Endilga el actor al acto acusado los siguientes cargos de violación, los cuales pueden resumirse así:

1o): El acto acusado infringió los artículos 226, 227 y 150 numerales 16 y 24 de la Constitución Política; 2o. del Decreto Reglamentario 755 de 1972 en su clase 25; 1o. de la Ley 8a. de 1973; 1o. del Decreto Ley 1190 de 1978; 56, 58 y 72 de la Decisión 85

de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por falta de aplicación, como consecuencia de haber aplicado indebidamente el artículo 58 literal g) *ibídem.*

Las normas constitucionales citadas exigen la internacionalización de las relaciones políticas, sociales y económicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, e igualmente la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente con los países de Latinoamérica y el Caribe, mediante la celebración de Tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos internacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones, correspondiéndole al Congreso dentro de sus funciones, la de aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o Entidades de Derecho Internacional.

Por medio de dichos Tratados podrá el Estado sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados y regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y otras formas de propiedad intelectual.

No existen Tratados o pactos internacionales, ni el Congreso ha aprobado alguno que reconozca a Colombia sus derechos intelectuales o de propiedad industrial en que se aplique el principio de la "reciprocidad" sobre el reconocimiento de la "notoriedad" marcaria.

El Congreso no ha legislado sobre derechos intelectuales o marcarios en forma diferente a la normatividad actualmente vigente.

Violó la Resolución acusada por falta de aplicación el artículo 72 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el artículo 2o. del Decreto 755 de 1972 en su clase 25 y el artículo 1o. de la Ley 8a. de 1973, al desconocer el derecho del demandante, ciudadano colombiano, solicitante inicial del registro de la marca "Benetton", siendo Colombia miembro de la Comunidad Andina. Como consecuencia el acto acusado incurrió en aplicación indebida del literal g) del artículo 58 de la Decisión 85, al aceptar la oposición de registro presentada por la sociedad extranjera INVEP S.P.A., hoy BENETTON GROUP S.P.A., sin que aparezcan demostrados los requisitos y condiciones de notoriedad ni el ejercicio oportuno del derecho, como lo exigen las normas citadas como infringidas, y sin que aparezcan probadas las situaciones fácticas a que aquéllas se refieren.

En definitiva, no existen Tratados o Acuerdos como tampoco aplicación del principio de la "reciprocidad", que hagan eficaz y den validez a la "notoriedad".

2o): Se violaron los artículos 1o. del Decreto 1190 de 1978 y 58 literal g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por aplicación indebida, en virtud de falta de aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 174, 187, 217, 218 y 228 del C. de P.C., 56 y 72 de la Decisión 85 y 2o. del Decreto 755 de 1972, clase 25.

La Resolución acusada violó el artículo 1o. del Decreto 1190 de 1978 y el literal g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por aplicación indebida, al aceptar y tener como probada la causal de irregistrabilidad a favor de BENETTON GROUP S.P.A. como "notoriamente conocida", sin serlo, y sin que el hecho que se afirma ocasiona la "irregistrabilidad" aparezca probado, incurriendo en violación de las normas procesales contenidas en los artículos 174, 187, 217, 218 y 221, que determinan la valoración de las pruebas mediante la aplicación del prinicipio de la crítica", desatendiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena que exige que la marca notoria lo sea en Colombia.

La marca extranjera no estaba amparada en Colombia ni en ninguno de los países que conforman la Comunidad Andina. No podía tenerse por demostrada la existencia, validez y eficácia legal de los registros en el exterior de la marca "BENETTON", en países que no pertenecen a aquélla. Tampoco se demostró ni probó el principio de la "reciprocidad", como lo exige la Constitución Política en las normas citadas, y la exigencia de registro de la marca extranjera en Colombia o en cualquier país miembro del Grupo Andino, como lo disponen los ordenamientos de la Decisión 313, que tampoco se aplicó.

Todo lo anterior condujo a la Administración a violar los artículos 56 y 72 de la Decisión 85 y el artículo 2o. del Decreto 755 de 1972 para la clase 25, normas que fueron dejadas de aplicar, lesionando los derechos del demandante al revocar la Resolución No. 05415 de 13 de agosto de 1991.

3o): El acto acusado incurrió en violación directa, por falta de aplicación de los artículos 73 de la Decisión 85 y 93 de la Decisión 313, y aplicación indebida del literal g) de la Decisión 85 porque la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta que no obstante enunciar la sociedad extranjera que tenía solicitud de registro de la marca en Venezuela, efectuada el 25 de octubre de 1982, no demostró el "derecho de prioridad", es decir, que ella hubiese solicitado el registro de la marca en otro país miembro, ni en la República de Colombia.

4o): El acto acusado violó indirectamente los artículos 174, 187, 217, 218 y 228 numeral 1o. del C. de P. C. por falta de aplicación y por error de derecho en virtud de la aplicación indebida del literal g) del articulo 58 de la Decisión 85 porque tuvo como fundamento para reconocer el derecho de oposición de la sociedad BENETTON GROUP S.P.A. y negar el registro solicitado por el demandante, las pruebas practicadas en la segunda instancia (testimoniales y documentales) que no demuestran en forma eficaz el hecho de la notoriedad.

5o): El acto acusado incurrió en la causal de nulidad por falsa motivación, en su modalidad de errónea apreciación, por cuanto la Administración tuvo en cuenta los registros de la marca Benetton en países extranjeros para tener dicha marca como notoria, dando aplicación al literal g) del artículo 58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, estando vigente el artículo 93 de la Decisión 313 que derogó el anterior en cuanto a marcas registradas en el exterior.

Al no haberse probado la notoriedad de la marca extranjera en Colombia, como lo exigía el literal g) del artículo 58, no podía la Administración dar validez a los registros de la marca Benetton en el exterior para aplicar la causal de irregistrabilidad, cuando la marca no se encontraba ni se encuentra registrada en Colombia, como tampoco había sido usada con anterioridad a 1984.

En efecto, de la prueba testimonial analizada en el acto demandado se tiene:

a): La declaración de Victoria Eugenia Correa Mejía rendida ante el Juez Promiscuo Territorial de San Andrés dice tener conocimiento de la marca "Benetton" por medio de la publicidad y en razón de su trabajo en los Estados Unidos y por "estar vinculada desde hace rato con ellos". Ello prueba la parcialidad del testimonio, además que conforme al articulo 30 de la Ley 1a. de 1972 San Andrés es puerto libre y a la mercancía que allí llega se le tiene como si realmente estuviera en su país de origen, todo lo cual indica que no se prueba la notoriedad de la marca extranjera en territorio nacional.

b): La declaración de Juan Carlos Castaño Montoya además de no probar que la marca "Benetton" sea notoriamente conocida en Colombia, el conocimiento tenido sobre artículos de dicha marca en San Andrés no es eficaz y dadas las relaciones de amistad con personas que fabrican ropa "Benetton" a nombre de la sociedad extranjera, hacen sospechosa dicha declaración.

Juan Carlos Jiménez declara que conoce Almacenes Benetton en Cali, Bogotá y Medellín desde hace diez años, pero ello no es cierto porque según certificación que se adjuntó en la vía gubernativa la firma sólo tiene existencia de hace dos años.

Afirma tener amistad con las personas que fabrican ropa "Benetton" en Colombia lo cual hace sospechoso el testimonio y no sirve para probar la notoriedad en el país.

La declaración de Marco Antonio López dice haber tenido conocimiento de la marca en San Andrés. Ello no es eficaz para probar la notoriedad en Colombia y menos antes de 1984.

Los testimonios de Liliana María Restrepo y Charles Rowland Beauvois Peter son sospechosos.

La declaración de Liliana María Holguín no prueba lo exigido en la ley como requisito para la notoriedad y el privilegio de la irregistrabilidad de una marca.

c): La declaración de Ramón Arcesio Naranjo Valencia en cuanto a que la publicidad de la marca extranjera la ha visto hace unos meses en el periódico, no es prueba de la notoriedad.

d): Rafael Antonio Jaramillo Hurtado se contradice a lo largo de su exposición y afirma en forma inexacta que conoce la publicidad de la marca extranjera a través de periódicos colombianos, previa la inauguración de sus almacenes y que la sociedad

Benecol S.A. lleva diez años, cuando esta sociedad se constituyó en 1989. Este testigo es sospechoso porque tiene intereses comerciales para vender equipos para hacer marquillas.

e): Alejandro Restrepo Calle afirma haber conocido la marca "Benetton" en San Andrés y este es puerto libre. Dice desconocer la existencia de otra ropa fabricada en Colombia cuando está demostrado que los almacenes Benetton existen en el país hace dos años y el registro de la marca se solicitó en 1984.

Jeritza Stella Gerlein de Jaramillo conoce la marca extranjera en los almacenes Benetton y la publicidad hecha por la firma extranjera. Los almacenes Benetton hace dos años existen en Colombia y son de la sociedad Benecol S.A. y la publicidad en Colombia lo fue en 1991, fecha muy posterior a la solicitud de registro del demandante.

Juan Pablo Barrera Santini afirma tener conocimiento de la marca por la publicidad de la empresa. Esta sólo se hizo en 1991.

El testimonio de Concepción del Socorro Franco Mesa tampoco demuestra la notoriedad de la marca.

f): El grupo de testimonios de Germán Holguín Zamorano, Alvaro Nayakama Tanaka, Armando Rivera Zamorano y Jorge Antonio Ocampo Zamorano fue tachado por sospecha por cuanto el primero de ellos es miembro principal de la Junta Directiva de Benecol S.A. y los demás son allegados, empleados y vinculados comercialmente con ésta.

g): El testimonio de Helena María Ancízar Bolland no prueba la notoriedad de la marca Benetton porque según ella conoció la marca hace cuatro años pero sin lugar a dudas la marca extranjera como notoriamente conocida no lo fue antes de 1984.

La publicidad realizada por la firma INVEP S.P.A., hoy BENETTON GROUP S.P.A. en varios periódicos del país, en 1991, no prueba ni puede probar la marca "Benetton" como notoria ni menos en Colombia, ni prueba que antes de la solicitud del demandante fuera notoriamente conocida en el país, requisitos estos exigidos por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

El balance consolidado del grupo Benetton y el informe de gestión de la firma extranjera para demostrar la notoriedad de la marca en Colombia, no es prueba conducente ni calificada ni eficaz para demostrar la errónea apreciación de la motivación de la Resolución acusada.

Por todo lo anterior la Resolución acusada infringió los mandatos de los artículos 56 y 58 del C.C.A. pues adelantó la actuación en contra de los principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad, desbordando los términos dentro de los cuales debería surtirse aquélla.

6o): EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El artículo 58 literal g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena está en pugna con los artículos 226, 227 y 150 numeral 16 de la Constitución Política porque no aparece demostrada la existencia de Convención, Tratado o Acuerdo Internacional que consagre la notoriedad como derecho para exigir u obtener el registro de una marca, como tampoco que consagre la aplicación del principio de la reciprocidad conforme al artículo 226, la igualdad y la reciprocidad del artículo 227 y la reciprocidad a que alude el numeral 16 del artículo 150.

Para el momento en que se expidió el acto acusado estaba vigente el artículo 93 de la Decisión 313, debiendo haberse dado aplicación a éste, por cuanto no está demostrada la existencia, en oportunidad, de la solicitud de registro en Colombia de la marca extranjera, o en otro país que reciba un trato recíproco a las solicitudes provenientes de los países miembros del Acuerdo de Cartagena, como tampoco los derechos de terceros protegidos por registro o solicitud anterior de registro, de acuerdo con las legislaciones internas de los países miembros, en el país en que se solicitó el registro o en el comercio subregional o internacional sujeto a reciprocidad , ajustándose a los mandatos de los artículos 226, 227 y 150 numeral 16 de la Constitución Política.

II.- TRÁMITE DE LA ACTUACIÓN

Mediante proveído de 26 de enero de 1993 se admitió la demanda.

II.1.- La Sociedad BENETTON GROUP S.P.A., a través de apoderado contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones adujo, en síntesis, lo siguiente:

1o): La totalidad de los artículos de la Constitución Política, leyes y decretos citados no guardan relación de medio a fin entre las normas y el contenido de la Resolución acusada.

Los artículos 226, 227 y 150 numerales 16 y 24 de la Carta Política no son aplicables por cuanto la Resolución acusada se fundamentó en leyes preexistentes a aquéllos.

La Superintendencia de Industria y Comercio aplicó debidamente el literal g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

2o): La Superintendencia de Industria y Comercio en ningún momento dejó de aplicar los artículos 174, 187, 217, 218 y 228 numeral 1o. del C. de P. C.

No era pertinente aplicar los artículos 56 y 72 de la Decisión 85 y 2o. del Decreto 755 de 1972.

3o): Los derechos que en favor de los residentes de los países miembros del Grupo Andino, como el de la prioridad, consagrado en el artículo 73 de la Decisión 85, tan solo pueden ser invocados por ellos.

La prioridad es potestativa y no obligatoria.

4o): No existe violación indirecta de las normas del C. de P. C. citadas ni aplicación indebida del literal g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

5o): La Ley aplicable a la Resolución atacada es la contemplada en el Decreto 1190 de 1.978 y no la Decisión 313.

6o): La reciprocidad a que se refieren los artículos 226, 227 y 150 numeral 16 de la Constitución Política no es aplicable al presente caso.

II.2.- La Nación –Superintendencia de Industria y Comercio–, a través de apoderado contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones adujo, en resumen, lo siguiente:

1o): La Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena es la norma legal aplicable al presente caso, conforme a lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

2o): Las pruebas practicadas dentro del expediente No. 230317 demuestran la notoriedad de la marca "Benetton" para productos de la clase 25 de la nomenclatura vigente en Colombia y en el exterior, encontrándose registrada en varios países del mundo.

II.3.- En la etapa correspondiente para alegar de conclusión las partes reiteraron los planteamientos expuestos en la demanda y en las contestaciones de la misma.

La Procuraduría Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación no hizo uso del derecho de alegar de conclusión.

III-. LA DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Debe la Sala, en primer término, pronunciarse sobre cuál era la norma aplicable al caso controvertido.

Para tal efecto se tiene en cuenta lo siguiente:

a): El 15 de marzo de 1984 el demandante solicitó ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio el registro de la marca BENETTON para distinguir productos de la clase 25 del artículo 2o. del Decreto 755 de 1972.

b): Conforme obra a folio 68 del cuaderno anexo No. 1, la citada entidad admitió la solicitud el 9 de febrero de 1986. El extracto de esta decisión fue publicado en la Gaceta de Propiedad Industrial el 13 de mayo del mismo año.

c): Según obra a folios 96 y siguientes *ibídem,* la sociedad INVEP S.P.A., hoy BENETTON GROUP S.P.A. el 25 de junio de 1986 se opuso al registro de la referida marca.

d): A través de la Resolución No. 05415 de 13 de agosto de 1991 (folios 243 a 250 *ibídem*) se declaró infundada la oposición y se concedió el registro de la marca en favor del actor.

e): Contra dicha Resolución la sociedad INVEP S.P.A., hoy BENETTON GROUP S.P.A. interpuso el 18 de octubre de 1991 el recurso de apelación (folios 276 a 306 *ibídem*).

Cuando se surtieron las anteriores actuaciones estaban vigentes las disposiciones de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena pues ésta vino a ser sustituida por la Decisión 311, expedida el 8 de noviembre de 1991, publicada en la Gaceta Oficial, el 12 de diciembre del mismo año.

f): La Resolución acusada al resolver el recurso de apelación declaró probada la oposición y revocó la citada Resolución No. 05415 de 13 de agosto de 1991 que había concedido el registro de la marca en favor del actor.

Esta Resolución fue expedida el 4 de septiembre de 1992, esto es, bajo la vigencia de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

g): El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que contiene un principio general de derecho sobre la aplicación de las normas en el tiempo, es del siguiente tenor:

> "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Con base en lo anterior estima la Sala que las normas a las cuales debía sujetarse la Superintendencia de Industria y Comercio eran las consagradas en la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena como quiera que las actuaciones que dieron origen a la expedición del acto acusado se surtieron bajo su vigencia.

Esta consideración conduce a desestimar el tercer cargo de la demanda relativo a la falta de aplicación del artículo 93 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Precisado lo anterior es necesario dilucidar el aspecto referente a la excepción de inconstitucionalidad que plantea el actor frente al artículo 58 de la Decisión 85, que tiene incidencia en todos los cargos del libelo demandatorio.

Prevé el artículo 58 literal g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:

> "No podrán ser objeto de registro como marcas:..
>
> g) Las que sean confundibles con otras notoriamente conocidas y registradas en el país o en el exterior para productos o servicios idénticos o similares;"

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en la interpretación prejudicial del artículo transcrito solicitada en este proceso se limitó a señalar el alcance de la notoriedad y su diferencia con el hecho notorio pero no precisó lo que debe entenderse por las marcas notoriamente conocidas "en el exterior", como sí lo hizo frente al articulo 73 literal e) de la Decisión 313, respecto del cual expresó que la notoriedad se predica de la marca utilizada no solo a nivel nacional sino en el ámbito de la subregión "y en el internacional en las condiciones previstas por el legislador comunitario".

Entiende la Sala que dicha expresión no puede tener en este caso una acepción diferente de la de cualquier país, sin importar que pertenezca o no al Pacto Subregional Andino.

Para el actor, en síntesis, el citado artículo 58 literal g) es inconstitucional por cuanto una marca que no es notoriamente conocida ni registrada en este país no puede ser protegida ya que no existe ley o tratado que obligue a Colombia a una "reciprocidad" con países que no forman parte del Pacto Subregional Andino.

Sobre el particular cabe advertir:

El Tratado que creó el Tribunal Andino de Justicia del Acuerdo de Cartagena fue aprobado por la Ley 17 de 13 de febrero de 1980.

En dicho Tratado se estipuló en su artículo I que el ordenamiento jurídico de Cartagena comprendía, entre otras, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta.

El artículo XVII *ibídem* consagró la competencia del referido Tribunal Andino para declarar la nulidad de las Decisiones y de las Resoluciones en virtud de la demanda que podían incoar los países miembros o las personas naturales o jurídicas, cuando tales Decisiones les sean aplicables y les causen perjuicios (artículo XIX).

En el evento *sub-lite* el artículo 58 literal g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no puede ser susceptible de inaplicabilidad, como lo sería si tuviera esta Corporación que pronunciarse frente a la excepción de inconstitucionalidad

planteada, por cuanto tal disposición es desarrollo de un Tratado que aprobó la creación del Tribunal Andino de Justicia y respecto de las decisiones emanadas del mismo el Tratado señaló los mecanismos para su impugnación y el órgano encargado de su juzgamiento. Como reiteradamente lo ha precisado esta Corporación, una vez aprobado y perfeccionado un Tratado, los actos de las autoridades comunitarias que dimanan de él, aun cuando producen efectos en el ámbito interno, en cuanto a su juzgamiento cambian de Juez, como ocurre en este caso con las normas de las Decisiones expedidas por el Tribunal del Acuerdo de Cartagena.

Por lo anterior habrá de abstenerse la Sala de hacer pronunciamiento alguno al respecto por falta de jurisdicción.

Restaría por analizar si las pruebas que tuvo en cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio se ajustan a los supuestos fácticos del artículo 58 literal g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, es decir, si están acreditados el registro y la notoriedad de la marca BENETTON, sobre la base de que estos aspectos, como ya se dijo, se entienden referidos a cualquier país del mundo.

De los documentos que obran en los cuadernos de anexos que contienen los antecedentes administrativos del acto acusado se infiere, sin lugar a dudas, que la marca en cuestión se hallaba registrada en Europa y en Estados Unidos con anterioridad a la solicitud de registro del demandante.

Este hecho no se controvierte en la demanda. La controversia gira en torno del valor probatorio de los testimonios a través de los cuales se pretende demostrar la notoriedad de la referida marca.

Respecto de tales testimonios el apoderado del actor aduce que en su mayoría son sospechosos por cuanto se trata de personas vinculadas laboral y comercialmente con el tercero interesado en el proceso y que ante todo no demuestran la notoriedad en Colombia.

Sobre este último particular, cabe reiterar que los supuestos fácticos del artículo 58 literal g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se entienden referidos no sólo al país en donde se discute el registro marcario sino a cualquier país del mundo. En efecto, la norma es clara en advertir que se trate de una marca notoriamente conocida y registrada en el país o en el exterior. Además, para que una marca se considere como notoriamente conocida no se requiere que, en este caso, haya sido utilizada en Colombia sino que el grupo de consumidores del lugar donde se controvierte el registro, al cual va dirigido el producto que ampara una marca tenga conocimiento de su existencia y dicho conocimiento se relacione, entre otros aspectos, con la calidad del mismo, su precio, su procedencia, publicidad, etc.

Bien puede suceder que una marca no haya llegado a usarse en Colombia, como lo anotó el apoderado de la sociedad Benetton Group S.P.A. en el escrito contentivo del

recurso de apelación en la vía gubernativa, por ejemplo la marca Rolls Royce, y ser notoriamente conocida y reconocida en el sector automotríz como marca extranjera.

En relación con los testimonios a través de los cuales se pretende demostrar la notoriedad se tiene lo siguiente:

El hecho de que algunos declarantes estén vinculados laboral o comercialmente con la sociedad BENETTON GROUP S.P.A. por sí solo no resta credibilidad a las declaraciones. Por el contrario, la notoriedad de una marca está intimamente relacionada con su comercialización y con la publicidad que se requiere para darla a conocer al público consumidor. Tan cierto es ello que los testimonios que relaciona el apoderado del actor para controvertir la notoriedad de la marca en Colombia, en su gran mayoría son comerciantes que tienen o han tenido vínculos de esta naturaleza con el actor, pues precisamente son estas personas las que en el ámbito del comercio pueden deponer sobre lo que les conste en relación con sus actividades.

En el caso de la declaración de Victoria Eugenia Correa Mejía, quien reconoce ser la persona encargada del manejo de la publicidad, no resulta sospechoso que afirme haber realizado trabajos de tal índole y en un país donde dicha sociedad tiene registrada su marca, como lo es Estados Unidos.

Se supone que quien obtiene un registro marcario, entre otras actividades, debe desplegar publicidad para dar a conocer los productos que dicha marca ampara.

La declaración de Lilian María Holguín Holguín, contrario a lo que estima el demandante, es eficaz para demostrar la notoriedad de la marca pues es clara en afirmar que en su calidad de administradora de empresas conocía desde antes de la solicitud del registro del actor la existencia de Benetton por haber adquirido muchas veces prendas de vestir y otros accesorios; que sabe que la sede principal está en Italia y que los productos están en la mayoría de los países del mundo; que en un viaje a Europa se dio cuenta del gran número de dichos productos en los almacenes que había, al igual que en Estados Unidos.

Esta declaración coincide con el hecho irrefutable del registro de la marca en Europa y Estados Unidos que obtuvo la sociedad INVEP S.P.A., hoy BENETTON GROUP S.P.A.

Juan Carlos Jiménez Narváez afirma conocer la marca BENETTON desde antes de la solicitud del registro del actor a través de periódicos y revistas, entre otras, internacionales.

Si bien es cierto que la Isla de San Andrés es puerto libre ello no descarta que la marca se conociera en Colombia, ya que el Archipiélago de San Andrés es parte del territorio

Colombiano, ni le resta a los productos el carácter de provenir del exterior. Además debe tenerse en cuenta que precisamente el público consumidor que pretende adquirir en dicho Archipiélago generalmente busca productos extranjeros.

Las declaraciones que controvierte el actor son contestes en afirmar que se trata de una marca de origen italiano, conocida a nivel mundial, que el precio de los productos es elevado, que su publicidad es muy agresiva y que dicho conocimiento lo adquirieron desde mucho antes de la solicitud de registro del actor.

Y también algunas declaraciones de comerciantes solicitadas como prueba en favor del demandante coinciden en reconocer que los productos de la marca extranjera Benetton eran conocidos por personas que viajaban a San Andrés (folio 43 cuaderno No. 1); por la mención que de ellos hace la gente jóven (folio 48 *ibídem*); porque han realizado viajes al exterior en los cuales han comprado varios de esos artículos para su familia y uso personal (folio 52 *ibídem*); y que dicha marca la conocen aquellos que viajan al exterior (folios 42 y 460 *ibidem*).

Lo anterior pone de relieve que el grupo de consumidores al cual va dirigido el producto, en el lugar donde se discute el registro, tiene conocimiento de la existencia de la marca, de su origen o procedencia y de los productos que ampara, aún cuando no estuvieran interesados en comercializarlos en Colombia.

De lo precedente concluye la Sala que se dan los presupuestos exigidos en el artículo 58 literal g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y que no hubo falsa motivación en el acto acusado, lo cual conduce a desestimar las súplicas de la demanda fundamentadas en la violación de la disposición citada y por ende en la de los artículos 56 y 72 *ibídem;* 2o. del Decreto 755 de 1972; 1o. de la Ley 8a. de 1973; 1o. del Decreto 1190 de 1978; 174, 187, 217, 218 y 228 del C. de P. C.

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

FALLA:

DECLÁRASE inhibido para hacer pronunciamiento de fondo respecto de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 58 literal g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por falta de jurisdicción.

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda en cuanto respecta a los demás cargos de violación.

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 su sesión de fecha 4 de mayo de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL/FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN/ RETIRO FORZOSO/FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN-Calidades/**FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**-Reglamentación/**RETIRO DEL SERVICIO**-Causales/ **INHABILIDADES ACTO ADMINISTRATIVO/NULIDAD**

Para la Sala resulta claro que la decisión tomada por la Honorable Corte Suprema de Justicia constituye un acto administrativo definitivo y de carácter general, en este caso con efectos jurídicos particulares, por lo cual es susceptible de enjuiciamiento ante esta jurisdicción a través de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A. En efecto, él contiene una declaración de voluntad en ejercicio de la función administrativa de elección del fiscal general de la nación, que le ha asignado a dicha Corporación el artículo 249 de la Constitución Política, y en cuanto adoptó en relación con la misma como criterio general que quien desempeñe ese cargo le son aplicables las normas sobre edad de retiro forzoso que rigen para los funcionarios de la Rama Judicial. Dicha declaración, tuvo capacidad de producir efectos jurídicos habida cuenta que dio origen a que el Presidente de la República, como consecuencia de ella, remitiera la terna para que la Corporación procediera a la elección del nuevo Fiscal General de la Nación, lo que evidencia los efectos particulares que en este caso se dieron. La Constitución de 1991 creó la Fiscalía General de la Nación como organismo integrante de la Rama Judicial, razón por la cual el Fiscal General ostenta el carácter de funcionario de la misma. El Fiscal General de la Nación es elegido para un período de cuatro (4) años por la Corte suprema de Justicia, de terna que le envía el Presidente de la República, y debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de La Corte Suprema de Justicia.

Dichas calidades las señala el artículo 232 *ibídem* y son: ser Colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio: ser abogado: no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos: haber desempeñado durante diez (10) años cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente. El artículo 253 de la misma Carta Política es claro en señalar que "LA LEY DETERMINA LO RELATIVO a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía general de la Nación, al ingreso por carrera y al RETIRO DEL SERVICIO, A LAS INHABILIDADES e incompatibilidades sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia". A diferencia de la regulación anterior, el artículo 233 *ibídem* en relación con los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, además de señalarles un período distinto al de Fiscal General de ocho (8) años, previó expresamente como causal de retiro el haber llegado a la edad de retiro forzoso, de los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, se hubiera remitido al artículo 233 de la Carta o la hubiera consagrado expresamente, sin tener que definirlo al legislador y acudir al mecanismo de especificidad empleando en el referido artículo 253 *ibídem.* No puede confundirse como causa del retiro del servicio la consistente en retiro con derecho a pensión de jubilación o vejez", con la de haber llegado a la edad de retiro forzoso que cumple esta última condición es merecedor del derecho a una u otra pensión; amén de que la segunda causal opera por el solo hecho de haber llegado a la edad de 65 años, en tanto que la primera además de este último requisito reclama el cumplimiento de determinado tiempo de servicio, previsto en las leyes sobre la materia. Tanto es así que el artículo 114 del Decreto reglamentario 1660 de 1978 las contempla como diferentes en sus numerales 4 y 5. El analista procedente conduce a la Sala a la conclusión que al no estar sujeto el Fiscal General de la Nación a las regulaciones sobre la edad de retiro forzoso previstas en los artículos 30 y 31 del Decreto ley 250 de 1970, e del Decreto Ley 546 de 1971, 127 y 128 del decreto reglamentario 1660 de 1978, la honorable Corte Suprema de Justicia aplicó indebidamente estos preceptos y consecuencialmente dejó de aplicar los artículos 249, y 253 de la Carta 2, 100 y 136 del Decreto Ley 2699 de 1991, produciéndose así el claro quebranto de estos, lo cual amerita la declaratoria de nulidad del acto acusado, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3025 Acción: Nulidad. Actor: JUVENAL CANTILLO NAVARRO.

El abogado JUVENAL CANTILLO NAVARRO, 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 nulidad de la decisión administrativa, expedida por la Sala Plena de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su sesión ordinaria del día 30 de junio de 1994y contenida en el acto No. 16, por medio de la cual adoptó, el criterio por mayoría, de que el Fiscal General de la Nación es un funcionario Judicial a quien le son aplicables las normas vigentes sobre edad de retiro forzoso.

I.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de su pretensión el demandante invocó la violación de los artículos 2o., 4o., 29, 233, 235, 249, y 253 de la Constitución Política; 30 y 31 del Decreto Ley 250 de 1970; 5o. y ss del Decreto ley 546 de 1971; 127 y 128 del Decreto Reglamentario 1660 de 1978; 2o., 100 y 136 del Decreto 2699 de 1991; y 8o. de la Ley 153 de 1887.

Para sustentar la violación adujo, en esencia, los siguientes cargos:

PRIMER CARGO: FALTA DE COMPETENCIA PARA DICTAR LA DECISIÓN.

Ni la Constitución Política (artículo 235 ni norma legal alguna, como los Decretos Leyes 250 de 1970, 546 de 1971 y 2699 de 1991, le atribuyen a la Corte Suprema de Justicia competencia para ejercer funciones de tipo consultivo, bien en relación con particulares o con el Gobierno Nacional o cualquiera otra autoridad, y mucho menos para que a través de una función de este tipo provoque el relevo o separación de un funcionario público que, como el Fiscal General de la Nación, tiene un período constitucional fijo, que debe ser respetado por los que contribuyen a su ingreso al servicio público (el Presidente de la República que integra la terna; y la Corte Suprema de Justicia como autoridad nominadora), salvo que medien las causales taxativas señaladas en la ley a que se refiere el artículo 253 de la Carta, es decir, el Decreto Ley 2699 de 1991, artículo 100, entre las cuales no se encuentra la de haber llegado a la edad de retiro forzoso, ni constituye inhabilidad directa o sobreviniente según lo expresa enumeración que se hace en él, artículo 136 del Decreto de los hechos que puedan generarla.

En consecuencia, la Honorable Corte Suprema de Justicia no podía llegar a una determinación como la del retiro forzoso del Fiscal General de la Nación por cuanto no hay norma vigente que le atribuya expresamente tal facultad. Al respecto, cabe precisar que algunos de los Magistrados de esa Corporación hicieron esta misma advertencia u observación, pero la mayoría de esta voto en contra de dicha solución y era la de abstenerse de resolver la mencionada consulta con los resultados y consecuencias inmediatas suficientemente conocidas.

SEGUNDO CARGO: VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 249 Y 253 DE LA CONSTITUCIÓN POLIÍTICA, EN RELACIÓN Y CONCORDANCIA CON LOS ARTÍCULOS 2o., 100 Y 136 DEL DECRETO LEY 2699 DE 1991

Al desconocerse el período constitucional y legal del Fiscal General de la Nación establecido en las normas antes indicadas no solo se infringieron dichas normas constitucionales y legales sobre período sino también el artículo 253 de la Carta que difiere a la ley todo lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y AL RETIRO DEL SERVICIO, A LAS INHABILIDADES e incompatibilidades, etc., ley que el Decreto Ley 2699 de 1991, el cual al consagrar las causales de retiro del personal al servicio de la Fiscalía General de la Nación, incluido el Jefe del Organismo, no establece expresamente la relativa al hecho de haber llegado a la edad de retiro forzoso.

Por ello, no eran de buen recibo las apreciaciones de algunos Magistrados de la Corte Suprema de justicia en el sentido de expresar que se estaba en presencia de una inhabilidad sobreviniente, y para deducirla no se acudió, como debía hacerse a la norma o normas que expresamente las consagra, sino a la aplicación analógica, que solamente se autoriza para los casos en que no exista ley exactamente aplicable, pero no a las situaciones expresamente consagradas y definidas en el ordenamiento jurídico, razón por la cual fue transgredido por infracción indirecta el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887.

TERCER CARGO: APLICACIÓN INDEBIDA DE LAS NORMAS SOBRE EDAD DE RETIRO FORZOSO CONSAGRADAS EN LOS ARTÍCULOS 30 Y 31 DEL DECRETO LEY 250 DE 1970, 5o. DEL DECRETO LEY 546 DE 1971, 127 Y 128 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 1660 DE 1978.

Existiendo una regulación de carácter especial, como lo es la contenida en el Decreto Ley 2699 de 1991 (artículos 2o., 100 y 136), el cual no estableció como causal de retiro del servicio oficial la de haber llegado el Fiscal General de la Nación a la edad de retiro forzoso y que la circunstancia de haber llegado a los sesenta y cinco (65) años de edad no es inhabilidad directa ni sobreviniente, no era posible acudir, por analogía a las normas sobre retiro forzoso previstas en los Decretos Leyes 250 de 1970, 546 de 1971 y Decreto Reglamentario 1660 de 1978, razón por la cual fueron quebrantadas éstas por aplicación indebida en relación con las normas constitucionales que consagra el período del Fiscal General de la nación, con desconocimiento o violación del artículo 8o. de la Ley 153 de 1887.

Las inhabilidades, incompatibles y nulidades sustantivas o procesales, según criterio uniforme y reiterado de la Jurisprudencia y la Doctrina taxativa y expresas, y además se trata de materiales en las cuales no procede la analogía, menos para desconocer un período señalado expresamente por la Carta política de modo que la remisión a las calidades que se deben tener para desempeñar los cargos de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado no puede conllevar a la remisión, sin mandato expreso, al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

En conclusión, mientras no se dicte una ley especial o general que modifique la normatividad contenida en el Decreto Ley 2699 de 1991 estableciendo la causal de inhabilidad de quien tenga sesenta y cinco (65) años de edad, o la de retiro por inhabilidad sobreviniente consistente en haber llegado a esa edad, a la persona que ejerza el cargo de Fiscal General de la Nación no es dable desconocerle el período para el cual fue elegido mediante la aplicación analógica de normas preexistentes de la Constitución de 1991 y en contravía de lo expresamente establecido en el precitado Decreto Ley 2699.

II.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

II.1.- A la demanda se le imprimió el trámite de procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.2.- La Nación –Ministerio de Justicia y del Derecho–, por medio de apoderado, contestó extemporáneamente la demanda, razón por la cual en auto de 10 de febrero del presente año no se le tuvo en cuenta el escrito obrante a folios 82 a 85 del cuaderno principal.

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo arguyo, en esencia, lo siguiente:

1o): La decisión acusada sí constituye un acto administrativo. La Corte Suprema de Justicia teniendo en cuenta la comunicación del señor Fiscal General de la Nación relativa al hecho de haber cumplido 65 años de edad y mediante la consideración de conforme a la normatividad vigente se encontraba en situación de retiro forzoso, decidió "dar cuenta de este hecho al señor Presidente de la República para los fines legales pertinentes". Es decir, para, como lo dice el actor, provocar en esta forma el envío de terna por parte del Presidente de la República para proceder al nombramiento de nuevo Fiscal General.

Según el artículo 249 de la Constitución Política la elección del Fiscal General de la Nación es atribución de la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República. Si la Corte tiene competencia para elegir a dicho funcionario no se entiende por qué habría de carecer de competencia para provocar una nueva elección frente a la circunstancia de haber llegado a la edad de retiro forzoso el Fiscal anteriormente elegido.

2o): En cuanto a la aplicación de las normas legales sobre retiro forzoso por razón de edad basta considerar que es la misma norma constitucional anunciada la que establece que el Fiscal General de la Nación debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y que la Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial. Entre las calidades para permanecer en el cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de estado el artículo 233 de la Carta prevé precisamente la de no estar en situación de retiro forzoso.

El legislador colombiano en numerosas normas legales ha señalado la edad de sesenta y cinco (65) años como de retiro forzoso. El Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público contenido en el Decreto Ley 250 de 1970 así lo consagra en su artículo 31 para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Disciplinario y del Consejo de Estado. En igual forma el artículo 5o. del Decreto Ley 546 de 1971 lo estatuye para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público.

Esta misma edad esta prevista como de retiro forzoso para los empleados públicos y trabajadores oficiales en los artículos 31 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 29 del Decreto Ley 3135 de 1968.

El Decreto Ley 2699 de 1991, o Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, contempla en su artículo 100 entre las causales de retiro definitivo el "retiro con derecho a pensión de jubilación o vejez) y la edad de vejez es la de sesenta y cinco (65) años.

De manera que si el artículo 253 de las Constitución Política defiere a la ley lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalías General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro por servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, etc., mientras no se expida una ley especial que determine una edad de retiro diferente para los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, no existe razón para que a estos no le sean aplicadas las normas generales vigentes sobre el retiro forzoso por llegar la edad de sesenta y cinco (65) años.

En último término resultaría aquí aplicable el principio de extensión analógica consagrada en el artículo 8o. de la ley 153 de 1987.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- EL ACTO ACUSADO: SU FORMACIÓN Y NATURALEZA.-

Fue expedido por la Sala plena de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su sesión ordinaria del 30 de junio de 1994 y esta contenida en el artículo No. 16 de la cual se extrae, esencialmente, lo siguiente:

> "... El señor Presidente sometió a consideración de la Sala la comunicación de fecha 20 de junio del presente año por medio de la cual el DR GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO, Fiscal General de la Nación manifiesta que "....como pueden existir dudas sobre si a quien desempeña el cargo de Fiscal General se le aplica la causal de retiro por edad, respetuosamente me permito solicitarle hacer de los Honorables Magistrados esta nota para que si ellos consideran que así debe ser, se sirvan pedir al Señor Presidente de la República que les presente la terna correspondiente para elegir a quien deba reemplazarme....".
>
> ".... la Corte entiende que el Señor Fiscal informa que ha llegado a la edad de retiro forzoso previsto para los empleados de la Rama Judicial, y expresa dudas sobre si en su caso son aplicables las normas de los demás funcionarios judiciales...."

"... Al respecto el DR. EDGAR SAAVEDRA ROJAS expresó:....el artículo 233 de la Constitución Nacional establece que los Magistrados.... conservarán dichos cargos "mientras.... no hayan llegado a la edad de retiro forzoso", en las mismas condiciones el artículo 249 de la Carta establece en relación con el Fiscal General de la Nación " reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte suprema de Justicia". Es claro entonces que la nueva Constitución quiso conservar para los miembros de la Rama judicial la edad de retiro forzoso y es obvio que el Fiscal es miembro de esta Rama del Poder...".

"... El artículo 31 del Decreto 250 de 1970, señala la edad de retiro forzoso para los Magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado. Por su parte el artículo 30 del mismo Decreto dispone que "el retiro forzoso se producirá a solicitud del interesado o del Ministerio Público, o se decretará de oficio por aquella Corporación o funcionario...".

"... El DR. PEDRO LAFONT PIANETTA , interviene para hacer conocer la opinión de la Sala de Casación Civil:

"No existe norma constitucional, ni exposición legal aplicable que le señale causal de retiro por razón de edad al Fiscal General..... mientras para la Corte Suprema de Justicia y otras altas Corporaciones el artículo 232 de la Constitución Política señala las calidades para "ser Magistrado" y el artículo 233 prescribe las condiciones del retiro, incluyendo la de retiro forzoso; por otra parte al regularse la Fiscalía General de la Nación se señala en el artículo 249 que el Fiscal General de la Nación "debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia", en tanto que con relación a las "causas de retiro del servicio (no forzosas y forzosas) y las habilidades " se defirió al legislador posterior por tanto, no hubo norma ni voluntad expresa del constituyente de establecer edad de retiro forzoso para el Fiscal General de la Nación".

"... tampoco existe norma ni voluntad del legislador posterior o precedente a la Carta de 1991 de establecer dicha causal de retiro forzoso. Lo uno, porque el legislador posterior a la Constitución, a quien en forma exclusiva se le defirió esta competencia por los artículos 253 de la Carta Política (que dice "la ley determinará") y 5o. y 27 transitorios....., no consagró en el artículo 100 del Decreto Orgánico de la Fiscalía (2699 de 1991) la edad como causal de retiro forzoso... ni tampoco como causal de "inhabilidad sobreviniente"...".

"... El Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, sobre el mismo asunto, expresa.....Los Miembros de la Rama Jurisdiccional, TODOS, tienen consagrada edad de retiro forzoso. El Fiscal General de la Nación pertenece a esta Jerarquía del poder público y, a fortiori, le corresponde de manera insoslayable cargar con esta exigencia..."

"El Dr. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA, interviene y manifiesta..... es la propia Constitución la que en su artículo 253 defiere a la ley el señalamiento de lo "relativo al retiro del servicio" de los funcionarios y empleados de la Fiscalía General, y el legislador especial en desarrollo de este mandato... expidió el Decreto 2699 de 1991 que en su artículo 100 dijo perentoriamente: "Se producirá retiro definitivo del servicio en los siguientes casos:...2. Insubsistencia por inhabilidad directa o sobreviniente,..". Ahora, la llamada "edad de retiro forzoso" es incuestionablemente una inhabilidad génerica para la designación o desempeño de un cargo público...".

"... la Sala dispuso que si la votación favorecía el criterio de que al Fiscal son aplicables las normas sobre edad de retiro forzoso, el Presidente de la Corporación remitiría una carta al Señor Presidente de la República, comunicándole la conclusión a la que se llego para que proceda de acuerdo con lo que estime legalmente pertinente..." (folios 1 a 10).

Como resultado de la discusión, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en votación mayoritaria de 10 a 8 de sus integrantes, dispuso lo siguiente:

"... Ante el anterior resultado, la Corte Suprema de Justicia adoptó el criterio por mayoría conforme al cual el Fiscal General de la Nación es un funcionario Judicial a quien le son aplicables las normas vigentes sobre edad de retiro forzoso. En consecuencia el Presidente de la Corporación comunicará esta conclusión al Dr. CÉSAR GAVIRIA TRUJILLO, Presidente de la República..." (folio 11).

Para la Sala resulta claro que la decisión tomada por la Honorable Corte Suprema de Justicia constituye un acto administrativo definitivo de carácter general, en este caso con efectos jurídicos particulares por lo cual es susceptible de enjuiciamento ante esta Jurisdicción a través de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C. C. A.

En efecto, él contiene una declaración de voluntad en ejercicio de la función administrativa de la elección del Fiscal General de la Nación, que le ha asignado a dicha Corporación el artículo 249 de la Constitución Política, y en cuanto adopto en relación con la misma como criterio general que a quien desempeñe ese cargo le son aplicables las normas sobre edad de retiro forzoso que rigen para los funcionarios de la Rama Judicial. Dicha declaración, tuvo capacidad de producir efectos Jurídicos habida cuenta que dio origen a que el Presidente de la República, como consecuencia de ella, remitiera la terna para que la Corporación procediera a la elección del nuevo Fiscal General de la Nación, lo que evidencia los efectos particulares que en este caso se dieron.

2.- LOS CARGOS DE LA DEMANDA:

La controversia se contrae a dilucidar si la Honorable Corte Suprema de Justicia al expedir el acto acusado obró conforme a derecho al considerar que al Fiscal General de la Nación, como funcionario integrante de la Rama Judicial, le son aplicables las normas sobre edad de retiro forzoso previstas en los Decretos Leyes 250 de 1970 y 546 de 1971

y el Decreto Reglamentario 1660 de 1978, o si, por el contrario, conforme se sostiene en la demanda, los artículos 253 de la Constitución Política, 100 y 136 del Decreto Ley 2699 de 1991 lo sustraen del cumplimiento de aquellas.

En orden a decidir, la Sala considera lo siguiente:

1o): La Constitución de 1991 creó la Fiscalía General de la Nación como organismo integrante de la Rama Judicial, razón por la cual el Fiscal General ostenta el carácter de funcionario de la misma (artículo 116 y 249).

2o): El Fiscal General de la Nación es elegido para un período de cuatro (4) años por la Corte Suprema de Justicia, de terna que le envía el Presidente de la República, y debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (artículo 249).

Dichas calidades las señala el artículo 232 *ibídem* y son: ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; ser abogado; no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; haber desempeñado durante diez (10) años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo; la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas Jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente.

3o): El artículo 253 de la misma Carta Política es claro en señalar que "LA LEY DETERMINARÁ LO RELATIVO a la estructura de funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y AL RETIRO DEL SERVICIO, A LAS INHABILIDADES e incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia" (Las negrillas y mayúsculas son de la Sala).

A diferencia de la regulación anterior, el artículo 233 *ibídem* en relación con los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y de Consejo de Estado, además de señalarles un período distinto al de Fiscal General, de ocho (8) años previó expresamente como causal de retiro el haber llegado a la edad de retiro forzoso.

4o): En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo transitorio 5o. Literal a) y para desarrollar el mandato contenido en el precitado artículo 253 de la Carta se expidió el Decreto Ley 2699 de 1991, que es el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, el cual señalo, entre otras regulaciones, la forma de elección y calidades para ser Fiscal General (artículo 2°.); las funciones generales y especificas del mismo (artículos 20 a 22).

El artículo 100 del mismo Estatuto señaló como causales de retiro definitivo del servicio: insubsistencia: por calificación de servicios insatisfactoria, por inhabilidad directa o sobreviniente y de discrecional en los cargos de libre nombramiento y remoción; renuncia regularmente aceptada; destitución del cargo; vencimiento del período, vacancia

por abandono del cargo; revocatoria del nombramiento; declaratoria de nulidad del nombramiento; retiro con derecho a pensión de jubilación o vejez; invalidez absoluta; y muerte.

El artículo 136 *ibídem* señaló como inhabilidades: quienes se hallen en interdicción judicial; quienes padezcan afección física o mental que comprometa la capacidad necesaria para el debido desempeño de sus funciones o labores; quienes se encuentren en detención preventiva por delito doloso aunque gocen del beneficio de excarcelación, o hallan sido afectados por resolución de acusación o su equivalente en proceso penal por el mismo delito; quienes fueren condenados por el delito contra el patrimonio del Estado; quienes hayan sido condenados por delito doloso; quienes se encuentren suspendidos por termino superior a tres (3) meses o excluidos del ejercicio de la profesión de abogado; quienes por falta disciplinaria hallan sido destituidos o suspendidos por tercera vez de un cargo público; y las personas respecto las cuales exista la convicción moral de que no observan una vida pública o privada compatible con la dignidad del empleo.

De la normatividad constitucional y legal antes anunciada de la Sala infiere lo siguiente:

Resulta incuestionable que el artículo 253 de la Constitución Política defirió en forma privativa a la ley el señalamiento de las causales que implican retiro definitivo del servicio, así como también el régimen de inhabilidades a que están sujetos los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación, incluido el Fiscal General.

Como se resaltó anteriormente, esa ley la constituye el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, vale decir, el Decreto 2699 de 1991, el cual por mandato expreso del artículo transitorio 10o., en concordancia con el también transitorio 5o. literal a), de la Carta Política, tiene fuerza de ley. Este Estatuto en su artículo 100 precisó las causales de retiro definitivo del servicio dentro de los cuales no está incluida la de retiro forzoso por razón de la edad. Igualmente el artículo 136 *ibídem* al determinar las inhabilidades no consagró la antes mencionada modalidad de retiro.

Es claro también para la Sala que el propósito específico del constituyente y del legislador fue el de establecer un régimen propio y especial para los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación, y por lo mismo diferente del que gobierna a los demás integrantes de la Rama Judicial del Poder Público. Tan cierto es ello que el constituyente fue diáfano en especificar las materias que serían objeto de regulación por la ley, con posterioridad a la vigencia de la Carta Política, dado que la Fiscalía General de la Nación no existía con anterioridad a ella. Si su voluntad hubiera sido la de que a la entidad se le aplicara exactamente el mismo régimen de los demás integrantes de la Rama Judicial, y particularmente al Fiscal General el de los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, se hubiera remitido al artículo 233 de la Carta o lo hubiera consagrado expresamente, sin tener que diferirlo al legislador y acudir al mecanismo de especificidad empleado en el referido artículo 253 *ibídem*.

De otra parte, no puede confundirse como causal de retiro del servicio la consistente en "Retiro con derecho a pensión de jubilación o vejez", con la de haber llegado a la edad de retiro forzoso, por cuanto no toda persona que cumple esta última condición es merecedora del derecho a una u otra pensión; amén de que la segunda causal opera por el solo hecho de haber llegado a la edad de 65 años, en tanto que la primera además de este último requisito reclama el cumplimiento de determinado tiempo de servicio, previsto en las leyes sobre la materia. Tanto es así que el artículo 114 del Decreto Reglamentario 1660 de 1978 las contempla como diferentes en sus numerales 4o. y 5o.

El análisis precedente conduce a la Sala a la conclusión de que al no estar sujeto el Fiscal General de la Nación a las regulaciones sobre edad de retiro forzoso previstas en los artículos 30 y 31 del Decreto Ley 250 de 1970, 5o. del Decreto Ley 546 de 1971, 127 y 128 del Decreto Reglamentario 1660 de 1978, la Honorable Corte Suprema de Justicia aplicó indebidamente estos preceptos y consecuencialmente dejó de aplicar los artículos 249, 253 de la Carta, 2o., 100 y 136 del Decreto Ley 2699 de 1991, produciéndose así el claro quebranto de éstos, lo cual amerita la declaratoria de nulidad del acto acusado, 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:

DECLÁRASE la nulidad de la decisión tomada por la Sala Plena de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su sesión ordinaria del día 30 de junio de 1994, mediante la cual adoptó, el criterio por mayoría, de que el Fiscal General de la Nación es un funcionario judicial a quien le son aplicables las normas vigentes sobre edad de retiro forzoso.

Devuélvase al actor la suma de dinero depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, en caso de no haber sido utilizada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, 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 la sesión del día 4 de mayo de 1995.

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

NÉSTOR CASTILLO VARILLA
Conjuez

REYNALDO CHAVARRO BURITICÁ
Conjuez

BIEN INMUEBLE-Demolición/**REPARACIÓN DEL DAÑO**

En virtud de que los inmuebles tantas veces mencionados fueron demolidos, se hace imposible el restablecimiento del derecho en el sentido de que se devuelva la tenencia de ellos. Por tal razón, las accionantes impetran como pretensión la reparación del daño, esto es, que se condene el pago de los perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante.

BIEN FISCAL-Restitución/**JURISDICCIÓN ORDINARIA/COMPETENCIA**

Las controversias relacionadas con los bienes fiscales, por regla general, están sometidas a la jurisdicción ordinaria.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA/CORPORACIÓN BARRIO LA CANDELARIA–Beneficiaria/**TERCERO BIEN INMUEBLE**–Restitución/**BIEN FISCAL**–Restitución

Si bien es cierto que los actos administrativos acusados no fueron expedidos por la Corporación de la Candelaria, no lo es menos que ésta aparece en el texto de aquéllos como beneficiaria de los mismos, pues en su favor se ordenó la restitución de los inmuebles cuya tenencia ostentaban los demandantes. Tal circunstancia pone en evidencia que se trata de un tercero con interés directo a las resultas del proceso, por lo cual fue vinculado al proceso, independientemente de que la citada corporación, en principio, y en este caso particular, no puede ser condenada al pago de los perjuicios ocasionados por no haber expedido los actos acusados. El inmueble que nos ocupa, comprado por la Corporación Barrio La Candelaria, es un bien fiscal, no uno de uso público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 674 del Código Civil.

INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES–Inexistencia

Se fundamenta esta excepción de indebida acumulación de pretensiones en el hecho de que las demandantes solicitan por una parte, la indemnización de perjuicios con ocasión de los daños a ella infligidos con el sellamiento de los inmuebles por parte de La Alcaldía Menor de la Candelaria y por la otra, la nulidad de los actos administrativos y la condena que resulte por los perjuicios sufridos a raíz de la restitución de los inmuebles. Frente a lo anterior, observa la sala que en este caso no está en presencia de una indebida acumulación de pretensiones, pues el juez contencioso administrativo es competente para conocer a través de un mismo procedimiento de todas ellas, las cuales no son excluyentes entre sí.

INDEBIDA ACUMULACIÓN DE ACCIONES–Inexistencia/**ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO/INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS/DAÑO EMERGENTE/LUCRO CESANTE.**

La excepcionante considera que el apoderado de la parte actora instauró conjuntamente las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de reparación directa, por cuanto solicita se declare la nulidad del acto administrativo y se condene a las entidades demandadas al pago de perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante. La anterior excepción tampoco es de recibo, toda vez que el artículo 85 del C.C.A. establece que quien se crea lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se restablezca en su derecho, así como también la reparación del daño.

JUICIO DE POLICÍA–Inexistencia/**ACTO JURISDICCIONAL**–Excepción/**ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA**

En materia de policía por regla general la actuación es típicamente administrativa. El hecho de que pueda tener carácter jurisdiccional constituye una excepción e impone un criterio restrictivo en la interpretación de las normas reguladoras de la misma, tal y como lo ha venido reiterando el Consejo de Estado. Observa la Sala que la Constitución Política de 1991 adoptó el criterio jurisprudencial transcrito, cuando el inciso 3o. del artículo 116 dispuso que excepcionalmente la ley podría atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.

NOTIFICACIÓN POR EDICTO–Irregularidad/**NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE**

Si la precitada resolución No. 215 fue notificada por edicto fijado por el término de cinco (5) días, y no por el de diez (10) días, es incuestionable que dicha forma de notificación desatendió el artículo 45 del C.C.A. y no se

surtió, por lo tanto, en debida forma. No obstante la indebida notificación antes anotada, obran sendas comunicaciones de las demandantes de 7 de junio de 1988, dirigidas a la corporación Barrio La Candelaria, donde manifiestan conocer la resolución. En consecuencia, deberá tomarse dicha fecha como de la notificación por conducta concluyente, para contar el término de caducidad.

CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO–Aplicación/**NORMA ESPECIAL**–Inexistencia/**NOTIFICACIÓN POR EDICTO/CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**–Inaplicación/**LEY ESPECIAL/PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

El inciso 2o. del artículo 1o. del C.C.A. que se refiere al campo de aplicación de la parte primera de dicho código, dispone que "... los procedimientos administrativos regulados por las leyes especiales se regirán por éstas; en lo previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean compatibles..." Por no existir norma especial que disponga que las resoluciones objeto de impugnación deban ser notificadas conforme al procedimiento establecido en el artículo 323 del C. de P.C. y en tratándose de verdaderos actos administrativos, en virtud del inciso 2o. del artículo 1o. del C. C. A., la notificación por este edicto deben hacerse conforme a la regla general prevista en el artículo 45 *ibídem.*

Consejo de Estado-. Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D. C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3130. Recurso de apelación contra la sentencia de 24 de agosto de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: DORA BAUTISTA DE ZORRILLA Y OTRA.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 24 de agosto de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró probada la excepción de caducidad propuesta por los apoderados judiciales de la Corporación La Candelaria y la Personería de Bogotá, y, como consecuencia de ello, denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES:

I.1.- Las señoras DORA BAUTISTA DE ZORRILLA y LUZ MARINA ZORRILLA BAUTISTA, a través de apoderado, presentaron 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. 06 de 5 de febrero de 1988, 215 de 20 de mayo del mismo año, expedidas, en su orden, por la Alcaldía Menor de la Candelaria y la Alcaldía

Mayor del Distrito Especial de Bogotá, por medio de las cuales se ordenó la restitución de los locales distinguidos con los números 5-05 y 5-19 de la Avenida Jiménez o calle 13 de esta ciudad, donde funcionaron los restaurantes "Delicias del Trópico" y "Aquí Es", de propiedad de las demandantes.

b): Como consecuencia de lo anterior, se declare que el Distrito Especial de Bogotá y la Corporación del Barrio La Candelaria, son responsables solidariamente de los perjuicios causados a las demandantes.

c): Se condene al Distrito Especial de Bogotá y a la Corporación del Barrio La Candelaria a pagar a la señora DORA BAUTISTA DE ZORRILA, propietaria que fue del restaurante "Delicias del Trópico", ubicado en la Avenida Jiménez No. 5-05 de Bogotá, por concepto de daño emergente la suma de cuatro millones de pesos ($4.000.000.oo) y por lucro cesante la suma de cuarenta y cinco mil pesos diarios ($45.000.oo) o lo que resulte del dictamen pericial.

d): Se condene al Distrito Especial de Bogotá y a la Corporación del Barrio La Candelaria a pagar a la señora LUZ MARINA ZORRILLA BAUTISTA, propietaria que fue del restaurante "Aquí Es", ubicado en la Avenida Jiménez No. 5-19 de Bogotá, por concepto de daño emergente la suma de cinco millones de pesos ($5.000.000.oo) y por lucro cesante la suma de cincuenta y dos mil quinientos pesos diarios ($52.500.oo) o lo que resulte del dictamen pericial.

e): Se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

I.2.- En apoyo de sus pretensiones el apoderado de las demandantes cita como violados los artículos 16, 26, 30, 32, 39 y 45 de la Constitución Nacional de 1886; 515, 516, 518, 520 y 524 del Código de Comercio; 1973, 1982 y 1987 del Código Civil; 434 del Código de Procedimiento Civil; 108 y 195 del Código Nacional de Policía, aduciendo en síntesis, los siguientes cargos de violación:

PRIMER CARGO: INCOMPETENCIA O ABUSO DE PODER

Las demandantes gozaban a título de arrendamiento y en virtud de un contrato de derecho privado celebrado con el propietario, ARTURO GÓMEZ GRISALES, de la tenencia de los inmuebles descritos, donde funcionaban los restaurantes de su propiedad, denominados "Delicias del Trópico" y "Aquí Es". El citado propietario de dichos inmuebles los vendió a la Corporación del Barrio de la Candelaria, entidad que conforme a lo previsto en el artículo 518 del Código de Comercio y a la antigüedad de los contratos de arrendamiento suscritos por las demandantes, estaba en la obligación de respetarlos. Si por necesidades del servicio la Corporación requería la desocupación de tales locales, debió proceder en la forma prevista en el artículo 520 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 434 del C. de P. C., en caso de que las arrendatarias no accedieran a desocupar los inmuebles.

Sin embargo, la Corporación erróneamente escogió para la restitución de los inmuebles el trámite consagrado en el artículo 132 del Código Nacional de Policía, el cual no era procedente, incurriendo así en vicio de incompetencia o abuso de poder, toda vez que ello correspondía a la Justicia Civil Ordinaria a través de un proceso de lanzamiento.

Tampoco era procedente que la Corporación fundamentara su acción alegando que el inmueble había sido declarado de utilidad común e interés social, pues ello corresponde al Concejo Distrital.

Teniendo en cuenta las normas del Código de Comercio citadas como violadas, que regulan el contrato de arrendamiento de locales destinados al funcionamiento de establecimientos comerciales, las Alcaldías carecían de competencia para tramitar el proceso de restitución, ya que ello es competencia de la Justicia Civil Ordinaria.

Las actoras y propietarias de los restaurantes, en razón del servicio que ofrecían al público y con fundamento en los ordinales 12 y 13 del artículo 20 del C. de Co. se reputaban comerciantes, y como tales, su actividad debía ser protegida y garantizada por las autoridades, conforme lo establecen los artículos 108 del C. N. de P., 10, 12 y 13 del C. de Co. y 32 de la Constitución Nacional de 1886.

A pesar de que en la Alcaldía Menor de La Candelaria se adelantaba un proceso derivado de la querella instaurada por la Corporación, el Alcalde Menor de la Candelaria sin esperar el resultado del mismo, ordenó a un Inspector Zonal que procediera al sellamiento de los restaurantes, evento que tuvo lugar el 20 de enero de 1988, alegando carencia de licencia de funcionamiento, cuando esa misma Alcaldía sistemáticamente se había abstenido de concederla a pesar de varias solicitudes en ese sentido, y sin dar explicación de su negativa.

Dicho sellamiento se tornó en definitivo a pesar de que el artículo 195 del C. N. de P. estatuye que "El cierre del establecimiento consiste en suspender la actividad a que esté dedicado el infractor por término no mayor de siete días...". Ante la anterior determinación, las demandantes solicitaron en su debida oportunidad el levantamiento de sellos, sin hacer la Alcaldía el menor caso.

SEGUNDO CARGO: VIOLACIÓN DE NORMAS SUPERIORES

Las Resoluciones acusadas violan directamente la Constitución Nacional de 1886, en sus artículos: 16, por cuanto las autoridades están instituidas para proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes; el 26, porque aplicaron un procedimiento que no era el apropiado; el 32, al infringir el derecho de libre empresa e iniciativa privada; el 39, porque toda persona es libre de escoger profesión u oficio; y finalmente el 45, al no ser resuelta ninguna de las solicitudes respetuosas que elevaron las demandantes ante la Alcaldía.

Existen normas superiores que limitan la facultad discrecional de los funcionarios administrativos, cuyas actuaciones deben ajustarse al respectivo marco legal. Cuando

dichas actuaciones sobrepasan los límites que la ley les señala, causando perjuicios a los particulares, el Estado debe responder e indemnizar en debida forma el daño causado.

1.3.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 24 de agosto de 1994, la cual fue oportunamente apelada por el apoderado de la parte actora.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las súplicas de la demanda el *a-quo,* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

La Corporación La Candelaria y el Distrito Especial de Bogotá, propusieron la excepción de caducidad de la acción, arguyendo, con fundamento en el artículo 136 del C.C.A., que para notificar la Resolución No. 215 de 1988, con la cual se agotó la vía gubernativa, se fijó un edicto el día 30 de mayo de 1988 y se desfijó el día 3 de junio del mismo año.

De conformidad con el artículo 323 del C. de P.C., "... La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto", quedando por tanto surtida la notificación de la Resolución No. 215 el día 3 de junio de 1988 a las 6 p.m., según consta en las pruebas que obran en el proceso (folio 35 del cuaderno principal). Como la demanda fue presentada el día 6 de octubre de 1988 (folio 35 del cuaderno principal), es claro que lo fue vencido el término de 4 meses de que trata el artículo 136 del C.C.A., luego la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra caducada, razón por la cual debe declararse probada la excepción invocada, y, consecuencialmene, deben denegarse las pretensiones de la demanda.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Para solicitar la revocatoria de la sentencia apelada el apoderado de las actoras adujo, en síntesis, lo siguiente:

1o..): Las Resoluciones Nos. 06 de 5 de febrero y 215 de 20 de mayo, ambas de 1988, son providencia de carácter administrativo y como tales su notificación debió hacerse de conformidad con el artículo 45 del C.C.A., el cual dispone:

> "Notificación por edicto. Si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutiva de la providencia".

2o.): La Resolución No. 215 de 20 de mayo de 1988 se notificó por edicto el día 30 de mayo de 1988, debiendo desfijarse, de conformidad con el anterior artículo, el 10 de junio de 1988 y nó el 3 de junio como lo efectuó la Alcaldía. En consecuencia, los cuatro (4) meses debieron contarse a partir del 10 de junio de 1988, venciendo así el término

el 10 de octubre del mismo año. Al presentarse la demanda el 6 de octubre de 1988, la acción no había caducado.

3o.): El error cometido por la Alcaldía al desfijar prematuramente el edicto no puede imputarse a las demandantes, ni puede incidir en el cómputo del término de caducidad. Además, la Alcaldía subsanó el error cometido, puesto que en la misma copia o fotocopia auténtica de la Resolución No. 215, certifica que ella quedó ejecutoriada el 10 de junio de 1988.

4o.): Como en la sentencia se mencionan las excepciones propuestas por los apoderados de los demandados, deben comentarse para demostrar su improcedencia:

a): Falta la legitimidad en la causa por pasiva respecto de la Corporación del Barrio La Candelaria: es improcedente por cuanto esta entidad fue la directamente favorecida con las decisiones arbitrarias adoptadas. Entonces es equitativo que la Corporación también indemnice los perjuicios sufridos.

b): Incompetencia de Jurisdicción: tampoco procede, toda vez que las Resoluciones impugnadas constituyen verdaderos actos administrativos y nó policivos, como erróneamente los sostiene el excepcionante.

c): Indebida acumulación de acciones: No se presenta por cuanto el artículo 85 del C. C.A., es claro cuando dispone que además de la anulación del acto administrativo se puede solicitar el restablecimiento del derecho y cuando ello no es posible es procedente la reparación del daño que fue lo que efectivamente se solicitó.

d): Indebida acumulación de pretensiones: No existe dicha acumulación indebida, pues no debe confundirse la relación de los hechos arbitrarios cometidos por las Alcaldías Menor de la Candelaria y Mayor de Bogotá que se hace en la demanda, con las pretensiones de la misma.

e): Ineptitud sustantiva de la demanda: No es procedente, ya que siendo la Corporación del Barrio La Candelaria una entidad de derecho público, de conformidad con el inciso 5o. del artículo 139 del C.C.A., no es necesario aportar el documento que acredite su calidad de persona jurídica.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación en su alegato expresa que los proveídos a que se refiere la demanda están relacionados con la acción policiva de restitución de un bien fiscal, al tenor de los artículos 674 del C.C. y 132 del Decreto 1355 de 1970.

Para la notificación de la Resolución No. 215 de 20 de mayo de 1988 se debió aplicar el artículo 323 del C. de P.C., entendiéndose surtida la misma el 3 de junio de 1988.

Lo relevante del caso es que, al tenor del artículo 82 del C.C.A., "La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía...", razón por la cual en el presente caso es procedente una decisión inhibitoria por falta de competencia.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

V.1.- Sea lo primero advertir que no obró acertadamente el *a-quo* cuando dispuso declarar probada la excepción de caducidad de la acción y denegar las pretensiones de la demanda, dado que el primer fenómeno jurídico conduce indefectiblemente a una decisión inhibitoria, la cual, como es obvio, impide un pronunciamiento sobre el mérito del asunto, esto es, desestimar las pretensiones de la demanda.

El fundamento del recurrente es la indebida notificación por edicto de la Resolución No. 215 de 20 de mayo de 1988, pues, según él, debió aplicarse el artículo 45 del C.C.A. y no el 323 del C. de P. C.

En efecto, encuentra la Sala que el inciso 2o. del artículo 1° del C.C.A., que se refiere al campo de aplicación de la parte primera de dicho Código, dispone que "... Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles...".

Por no existir norma especial que disponga que las Resoluciones objeto de impugnación deban ser notificadas conforme al procedimiento establecido en el artículo 323 del C. de P.C., y entratándose de verdaderos actos administrativos, en virtud del inciso 2o. del artículo 1o. del C.C.A., la notificación por edicto debió hacerse conforme a la regla general prevista en el artículo 45 *ibídem.*

Si como consta a folio 35 del cuaderno principal la precitada Resolución No. 215 fue notificada por edicto fijado por el término de cinco (5) días, y no por el de diez (10) días, es incuestionable que dicha forma de notificación desatendió el artículo 45 del C.C.A., y no surtió, por lo tanto, en debida forma.

No obstante la indebida notificación antes anotada a folios 52 - 454 del Cuaderno Principal, obran sendas comunicaciones de las demandantes de 7 de junio de 1988, dirigidas a la Corporación Barrio La Candelaria, donde manifiestan conocer la Resolución No. 215 de 20 de mayo de 1988 . En consecuencia, deberá tomarse dicha fecha como la de notificación por conducta concluyente, para contar el término de caducidad. Como quiera que la demanda fue presentada el 6 de octubre de 1988, se tiene que para dicha fecha la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no había caducado, razón por la cual deberá revocarse la providencia recurrida en cuanto declaró probada la excepción de caducidad de la acción.

No encontrándose probada la excepción de caducidad, procede la Sala a entrar al estudio de las demás excepciones propuestas, así:

A): POR LA APODERADA DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTÁ.-

1a.): INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN:

La excepcionante afirma que las providencias impugnadas fueron proferidas dentro un juicio de policía de naturaleza civil, puesto que los funcionarios distritales se encontraban en ejercicio de un acto propio de las autoridades jurisdiccionales, al dirimir una controversia interpartes, dando aplicación a lo normado en el artículo 132 del Código Nacional de Policía y no siendo por tanto susceptibles aquellas de control jurisdiccional, al tenor de lo establecido en el inciso 3o. del artículo 82 del C.C.A.

La Sala observa al respecto, que en materia de policía, por regla general la actuación es típicamente administrativa. El hecho de que pueda tener carácter jurisdiccional constituye una excepción e impone un criterio restrictivo en la interpretación de las normas reguladoras de la misma, tal y como lo ha venido reiterando el Consejo de Estado.

En efecto, esta Corporación en auto de 3 de mayo de 1990, Sección Tercera, proceso No. 5911, Consejero ponente, Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo, manifestó:

> "Lo hasta aquí afirmado es a todas luces concordante con los principios tutelares que guían nuestro Estado de Derecho, dentro de los cuales brilla aquél que afirma la separación de los poderes públicos, y que incluye a la policía en la Rama Ejecutiva, llamada por tanto a proferir normalmente actos administrativos, y en muy contadas excepciones, a proferir sentencias judiciales.
>
> .....
>
> 3o. Así las cosas, observa la Sala que en el caso de autos no se trata de juicios policivos, pues no hay conflicto entre dos partes que sea dirimido por la autoridad policiva, como bien puede suceder en los amparos posesorios. En el evento de restitución de bienes de uso público, la autoridad administrativa no actúa como juez, entendiendo esta institución en su sentido lato, es decir como aquella que dirime imparcialmente, controversia entre dos partes que persiguen intereses opuestos.
>
> 4o. Estando claro que en el presente evento no se trata de un juicio policivo, procede ahora a definir a quien compete el conocimiento de los conflictos que por dichas actuaciones se originen entre un particular y el Estado. Estima la Sala que dicha competencia corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues ésta se halla instituida entre otras cosas, para "juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas (artículo 12 del Decreto 2304 de 1989, que subroga el artículo 82 del C.C.A.). Si bien es cierto el Decreto 640 de 1937, dispone que en caso de conflicto por las mencionadas actuaciones el opositor puede debatir ante el poder judicial la calidad de pública de una propiedad afirmada por la autoridad policiva, ello no es óbice para que la Sala estime que la jurisdicción Administrativa es obviamente también poder judicial. Por lo demás, las normas posteriores al Decreto 640 de 1937, ya citadas,

al callar respecto de quien es el competente para conocer de litigios como el de que trata el presente proceso, hacen que dicha competencia deba gobernarse por el artículo 82 del C.C.A. que, como se ha visto, solo prohíbe a esta Jurisdicción el conocimiento de las providencias dictadas en juicios civiles de policía regulados especialmente por la ley, hipótesis que no se da en el presente evento".

Observa la Sala que la Constitución Política de 1991 adoptó el criterio jurisprudencial transcrito, cuando en el inciso 3o. del artículo 116 dispuso que excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.

La anterior tesis jurisprudencial es perfectamente aplicable al caso *sub–júdice,* razón por la cual no prospera la excepción analizada.

2a.): INDEBIDA ACUMULACIÓN DE ACCIONES:

La excepcionante considera que el apoderado de la parte actora instauró conjuntamente las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y de reparación directa, por cuanto solicita se declare la nulidad del acto administrativo y se condene a las entidades demandadas al pago de perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante.

La anterior excepción tampoco es de recibo, toda vez que el artículo 85 del C.C.A. establece que quien se crea lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho, así como también la reparación del daño.

Lo anterior pone de presente que las pretensiones de las demandantes encuadran perfectamente dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por ellas impetrada, pues solicitan la nulidad de unos actos administrativos y además la reparación del daño que comprende el daño emergente y el lucro cesante.

3a.): INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES:

Se fundamenta esta excepción en el hecho de que las demandantes solicitan por una parte, la indemnización de perjuicios con ocasión de los daños a ella infligidos con el sellamiento de los inmuebles por parte de la Alcaldía Menor de la Candelaria y por la otra, la nulidad de los actos administrativos y la condena que resultare por los perjuicios sufridos a raíz de la restitución de los inmuebles.

Frente a lo anterior, observa la Sala que en este caso no se está en presencia de una indebida acumulación de pretensiones, pues el juez contencioso administrativo es competente para conocer a través de un mismo procedimiento de todas ellas, las cuales no son excluyentes entre sí.

Asunto distinto es que las pretensiones indemnizatorias no guardan relación de causalidad con los actos acusados, lo cual conllevaría a la denegatoria de las mismas, mas no a un pronunciamiento inhibitorio.

4a.): INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA:

La fundamenta la proponente en el hecho de que la parte demandante debía aportar el documento idóneo para probar la existencia y representación de la Corporación Barrio La Candelaria.

Dicha excepción no esta llamada a prosperar, toda vez, de conformidad con el artículo 139 del C.C.A., tal exigencia debe ser cumplida por las personas jurídicas distintas de las entidades de derecho público. En consecuencia, siendo la Corporación Barrio La Candelaria un establecimiento público del orden distrital, la parte actora estaba relevada de esta prueba.

B): POR EL APODERADO DE LA CORPORACIÓN BARRIO LA CANDELARIA:

FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DE LA CORPORACIÓN BARRIO DE LA CANDELARIA.

Se hace consistir esta excepción en el hecho de que la expresada Corporación no expidió los actos acusados cuya nulidad se impetra, por lo cual no puede vincularse al proceso y verse obligada a restablecer en sus pretendidos derechos a los demandantes.

Al respecto, estima la Sala que no le asiste razón al excepcionante. En efecto, si bien es cierto que los actos administrativos acusados no fueron expedidos por dicha Corporación, no lo es menos que esta aparece en el texto de aquellos como beneficiaria de los mismos, pues en su favor se ordenó la restitución de los inmuebles cuya tenencia ostentaban las demandantes. Tal circunstancia pone en evidencia que se trata de un tercero con interés directo en las resultas del proceso, por lo cual fue bien vinculado al proceso, independientemente de que la citada Corporación, en principio, y en este caso particular, no pueda ser condenada al pago de los perjuicios ocasionados por haber expedidos los actos acusados.

V.2.- No encontrándose probada ninguna excepción propuesta, esta Corporación procede a estudiar el fondo del asunto, de la siguiente manera:

PRIMER CARGO: INCOMPETENCIA O ABUSO DE PODER.

En síntesis, dicho cargo lo fundamentan las demandantes en el hecho de por tener ellas suscrito un contrato de arrendamiento con el señor Arturo Gómez Grisales, quien a su vez vendió los inmuebles objeto de dicho contrato a la Corporación Barrio La Candelaria, debieron ser requeridas para la entrega del inmueble tal y como lo dispone el artículo 520 del C. de Co., en concordancia con el artículo 534 del C. de P.C.

Al respecto, observa la Sala, que el inmueble donde se encontraban funcionando los establecimientos de propiedad de las demandantes, fue comprado por la citada Corporación, establecimiento público del orden distrital, creados mediante el Acuerdo No. 10 de 1980.

La Resolución demandada, No. 05 de 5 de febrero de 1987, en sus considerandos 3o. y 5o. expresa que los contratos de arrendamiento referentes a los locales donde las demandantes tenían sus restaurantes, fueron cedidos a la Corporación Barrio La Candelaria el 29 de septiembre de 1987.

El inmueble que nos ocupa, comprado por la Corporación Barrio La Candelaria, es un bien fiscal, no uno de uso público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 674 del Código Civil, el cual prescribe:

> "Artículo 674.- Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la república.
>
> Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de las calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.
>
> **Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales" (negrillas fuera del texto).**

De la lectura de la norma anterior se desprende claramente que los bienes fiscales no son bienes de uso público. En consecuencia, habiendo tenido como fundamento las Resoluciones acusadas el artículo 132 del Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970) que se refiere a la restitución de bienes de uso público y el Decreto 640 de 197 "Por el cual se reglamenta el artículo 208 de la Ley 4a. de 1913, sobre restitución de bienes de uso público", no queda duda alguna para la Sala que la Alcaldía Menor de La Candelaria no era la entidad competente para conocer del proceso de restitución del bien fiscal a que se contrae la presente demanda.

En efecto, tal y como lo ha sostenido esta Corporación, las controversias relacionadas con los bienes fiscales, por la regla general, están sometidas a la Jurisdicción Ordinaria (sentencia de 12 de octubre de 1988, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente, Dr. Luis Antonio Alvarado Pantoja, expediente No. 958). Por lo tanto, la Corporación Barrio La Candelaria ha debido iniciar ante la Jurisdicción Civil Ordinaria un proceso de lanzamiento, hoy denominado de restitución de inmueble.

Por lo anterior, prospera el cargo, y, en consecuencia, se declará la nulidad de los actos administrativos acusados.

Procede entonces la Sala a analizar el consecuente restablecimiento del derecho.

Como bien lo afirman las demandantes, en virtud de que los inmuebles tantas veces mencionados fueron demolidos, se hace imposible el restablecimiento del derecho en el sentido de que se les devuelva la tenencia de ellos. Por tal razón, las accionantes impetran como pretensión la reparación del daño, esto es, que se condene el pago de los perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante.

Para el efecto solicitaron la práctica de un dictamen pericial que fue objeto de aclaración y objeción por parte de los apoderados del Distrito Especial de Bogotá y de la Corporación Barrio La Candelaria (folios 217 y 241 del cuaderno No. 1).

Respecto del mismo advierte la Sala que no encuentra la necesidad de analizarlo como quiera que resulta evidente, y ello se infiere inequívocamente de los hechos 17 y 18 de la demanda, que no existe relación de causalidad entre la expedición de las Resoluciones acusadas, que ordenaron la restitución de los inmuebles, y el daño causado que a través de este proceso que pretende que se indemnice. En efecto, según se lee en los referidos hechos, el 20 de enero de 1988, es decir, cuatro (4) meses antes de expedirse la última Resolución acusada, con la cual se agotó la vía gubernativa, la Alcaldía Menor de la Candelaria ordenó a uno de sus Inspectores Zonales proceder al sellamiento de los restaurantes "DELICIAS DEL TRÓPICO y "AQUÍ ES", con fundamento en la carencia de licencia de funcionamiento por lo cual "...los restaurantes quedaron definitivamente cerrados...y cesaron en sus actividades y "...mis poderdantes recibieron gravísimos perjuicios de orden moral y económico" (folio 4 *ibídem*).

De otra parte, según se desprende de los hechos 22 y 23 del libelo demandatorio y de las pruebas que obran en el proceso, con posterioridad al sellamiento unos "vándalos" destruyeron todos los bienes muebles de dotación de los restaurantes, motivo por el cual se practicó una diligencia extraproceso de inspección Judicial por parte del Juzgado 11 Civil Municipal de Bogotá el 11 de julio de 1988 (folio 71 *ibídem*), es decir, antes de la diligencia de restitución, que lo fue el 17 de agosto de 1988 (folios 61 a 68 *ibídem*).

Dicha destrucción es la que se estima en la demanda por concepto de daño emergente en la suma de $4.000.000.oo respecto del restaurante "DELICIAS DEL TRÓPICO" y de $5.000.000.oo en relación con el restaurante "AQUÍ ES" (folio 5 *ibídem*).

Esta circunstancia descarta la relación de causalidad entre los actos acusados y los daños ocasionados cuya indemnización a título de daño emergente se pretende en el caso *sub-exámine,* dado que si ellos fueron producidos por terceros, es a éstos a quienes deben reclamarse en una acción contenciosa diferente, previa la determinación de su responsabilidad.

Ahora, si dichos daños tuvieron como causa eficiente el sellamiento de los restaurantes, ellos solo podían reclamarse en la acción en se controvirtiera dicho acto, pues no se impugnó en el presente proceso.

Igual razonamiento cabe pregonar en torno de la pretensión de lucro cesante, pues tiene el mismo fundamento de la del daño emergente, y por ello habrá de denegarse.

Las consideraciones procedentes justifican la denegatoria de las pretensiones 2a. a 5a. 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:

REVÓCASE la sentencia apelada, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y, en su lugar, se dispone:

1o): **DECLÁRESE** la nulidad de las Resoluciones Nos. 06 de 5 de febrero de 1988 y 215 de 20 de mayo del mismo año, expedidas, su orden, por la Alcaldía Menor de la Candelaria y la Alcaldía Mayor del entonces Distrito Especial de Bogotá, por medio de las cuales se ordenó la restitución de los locales distinguidos con los Nos. 5-05 y 5-19 de la Avenida Jiménez o calle 13 de esta ciudad, donde funcionaron los restaurantes "DELICIAS DEL TRÓPICO" y "AQUÍ ES", de propiedad de las demandantes

2o): **DENIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

3°): 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 4 de mayo de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia de la referencia fue impugnada en recurso extraordinario de súplica radicado con el No. S-498; Consejera Ponente: Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

NOTA DE RELATORÍA: Reiteración Jurisprudencial del auto de 3 de mayo de 1990, Expediente. 5911; Consejero Ponente Dr. ANTONIO JOSÉ ISIRRARI RESTREPO; Actor: Noel Barragán y Otros, sobre la competencia de la jurisdicción contenciosa para conocer de procedimientos tendientes a la restitución de bienes públicos.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el bien fiscal puede consultarse la sentencia del 12 de octubre de 1988, Exo. 958, Consejero Ponente Dr. Antonio Alvarado.

LICENCIA DE IMPORTACIÓN/IMPORTACIÓN TEMPORAL-Prórroga/**EQUIPO PARA OBRA PÚBLICA**

La actora presentó dentro del vencimiento del término de dos meses otorgado por la Administración el concepto del Ministerio de Minas y la aprobación del INCOMEX a la modificación de las licencias de importación. Según se desprende del contenido del concepto del Ministerio de Minas y Energía del cuaderno principal, las obras para los cuales se iban a utilizar los equipos y maquinarias objeto de la solicitud de prórroga de importación temporal eran las de "realce de la presa y vertedero del embalse de CHISACA". De lo precedente se concluye que la solicitud de la actora sí cumplió con los requisitos exigidos por el Decreto 2377 de 1986 y la Instrucción 16 de 1987 de la Dirección General de Aduanas, que se invocan en la demanda como transgredidos, por lo cual habrá de accederse al decreto de nulidad de los actos acusados.

IMPORTACIÓN TEMPORAL DE MAQUINARIA/ABANDONO VOLUNTARIO/RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Es un hecho evidente que el 20 de noviembre de 1988 la actora solicitó el abandono voluntario de la maquinaria y equipos a que contrae este proceso, mediante auto de 5 de agosto de 1993 la Sala dispuso oficiar a la Directora de Impuestos y Aduanas Nacionales a fin de que certificara sobre el estado actual de la declaración de abandono. Pese a los múltiples requerimientos que en tal sentido se le formularon a esa entidad no se obtuvo respuesta alguna. De tal manera deberá accederse a dicha pretensión de restablecimiento del derecho condicionada al caso de no haberse concluído aún el trámite

de la solicitud de abandono voluntario en favor de la Nación de los equipos y maquinarias amparadas con las licencias de importación ya relacionadas.

CONDENA EN ABSTRACTO/DAÑO-Certeza

Para que sea procedente la condena en abstracto, como lo solicita la demandante, es presupuesto sine qua non la certeza sobre la existencia de un daño real y que éste no se halle cuantificado, lo cual difiere sustancialmente de la posibilidad o hipótesis de que el daño se pueda producir o no.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Dr. MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 2415. Recurso de apelación contra la sentencia de 4 de febrero de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actora: SOCIEDAD DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES S.A.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia de la referencia, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda impetrada en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., contra los artículos 1o. de la Resolución No. 004837 de 30 de noviembre de 1988, expedida por la Dirección General de Aduanas, y 2o. de la Resolución No. 01623 de 16 de abril de 1990, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

I.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

Para denegar las pretensiones de la demanda consideró el *a-quo,* en síntesis, lo siguiente:

1o): No prospera el cargo de violación de los artículos 267 del C.C.A. y 357 del C. de P.C., en que según el actor incurrió el artículo 1o. de la Resolución No. 01623 de 16 de abril de 1990, por desconocer el superior jerárquico, al resolver el recurso de apelación, el principio procesal de la *reformatio in pejus,* por cuanto según el artículo 267 del C.C.A. los vacíos que se presenten en la normatividad que regula las actuaciones procesales que se surten ante el juez administrativo, se llenarán con lo dispuesto en el C. de P.C., en lo que sea compatible con la naturaleza de éstas, lo cual quiere decir que la norma claramente se refiere a la jurisdicción mas no a la Administración Pública. En consecuencia, los procedimientos administrativos que se surtan ante la Administración se rigen por las normas previstas en la primera parte del C.C.A., normas éstas a las que no se les aplica, por regla general, las disposiciones del C. de P.C.

2o): Tampoco prospera el cargo de violación del artículo 60 del C.C.A., modificado por el artículo 7o. del Decreto 2304 de 1989, que hace consistir la actora en que la

Administración no tenía competencia para proferir la Resolución No. 01623, por haber transcurrido el término de dos (2) meses contado desde la fecha de interposición de los recursos, ya que la demandante interpuso los recursos de reposición y apelación el 26 de diciembre de 1988 contra la Resolución No. 4837 de 30 noviembre de 1988 y para dicha fecha estaba vigente el Decreto 01 de 1984, que en su artículo 60 preceptuaba que la Administración conservaba la competencia para resolver los recursos, incluso el de apelación.

3o): No asiste razón a la actora en cuanto a la violación de los artículos 23 del Decreto 688 de 1967, 220 del Decreto 2666 de 1984, 1o. a 3o. del Decreto 2377 de 1986, y 2o. acápite de la instrucción 06 de 14 de abril de 1987 de la Dirección General de Aduanas, porque aquella no cumplió con los requisitos señalados en el literal b) del artículo 3o. del Decreto 2377, que exigen que la petición de prórroga de importación temporal de mercancías se formule con una anticipación mínima de un mes y que además debe haberse obtenido concepto previo y favorable del Ministerio de Obras Públicas y Transporte (Parágrafo 2o. del Decreto 1733 de 1986, el cual según obra a folio 45 del cuaderno principal no se emitió.

II.-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Al sustentar el recurso la actora finca su inconformidad con la sentencia apelada aduciendo que conforme a lo expresado en la demanda y en los documentos aportados oportunamente, ella ingresó al territorio nacional unos equipos y maquinarias que se citan en la demanda, con carácter eminentemente temporal, y al momento de requerirse una prórroga para la estancia de tales equipos formuló y obtuvo la autorización que obra en autos proveniente del Ministerio de Minas y Energía, que se tradujo en la aprobación por parte del entonces INCOMEX de las licencias de importación temporal, por lo cual no era dable negar las prórrogas solicitadas.

Al alegar de conclusión en la segunda instancia, además de reiterar lo anterior, expresó que la Resolución No. 01623 de 19 de abril de 1990 violó el principio de la reformatio *in pejus* porque revocó la Resolución No. 3996 que incluía un punto favorable a la demandante.

III.-. LA DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El artículo 1o. de la Resolución No. 004837 de 30 de noviembre de 1988 negó la prórroga de la permanencia en el país de los equipos importados temporalmente por la demandante al amparo de las Resoluciones y Licencias de importación transitorias no reembolsables que allí se relacionaron (folios 48 50 del cuaderno principal).

El artículo 2o. de la Resolución No. 01623 de 19 de abril de 1990 revocó el artículo 1o. de la Resolución No. 3996 de septiembre de 1989 en cuanto a los equipos importados temporalmente mediante las Resoluciones y Licencias relacionadas en el numeral 1o. literales A) a H) y respecto de los equipos importados mediante Resoluciónes Nos. 90 de 1981 Licencia 046 de 1981, prorrogada por Resolución No. 1524 de 1981; y Resolución No. 214 de 1981, Licencia No.02788, porrrogada por Resolución No. 1680 de 1988, relacionados en los numerales 13 y 18 de la resolución No. 004837 de 30 de noviembre de 1988 y confirmó el artículo 1o. de esta última Resolución.

En síntesis, los equipos respecto de los cuales se negó la prórroga de importación temporal de mercancía son los amparados en las Licencias nos. 3140, 2925, 3418, 3283, 3139 y 3473 de 1980.

El primer aspecto que corresponde dilucidar a la Sala tiene que ver con el cumplimiento que aduce el recurrente, de los requisitos exigidos para la prórroga de la permanencia en el país de los equipos amparados por las licencias de importación antes relacionadas.

La Resolución No. 004837 de 30 de noviembre de 1988 se fundamentó en lo siguiente (folios 48 a 50 cuaderno principal).

1.- Que el interesado se dirigió a la Dirección General de Aduanas para solicitar la prórroga de la permanencia en el país de los equipos importados temporalmente al amparo de las licencias de importación transitorias no reembolsables que se relacionaron a continuación, por cuanto deseaba utilizar dichos equipos en la nueva obra del realce del rebosadero y Presa de Chisacá para la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, de acuerdo con el Decreto No. 0558 sobre Plan de Emergencia expedido por la Alcaldía de Bogotá (folios 66 y 67 cuaderno de anexos).

2.- Que por oficio No. 32188 de 19 de octubre de 1988 se le comunicó al Gerente General de la sociedad DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES S.A. que la Secretaría General del Ministerio de Obras Públicas y Transporte no emite concepto favorable para que la Dirección General de Aduanas autorice la permanencia en el país de los equipos en razón de que el INCOMEX no acepta el cambio de obra y sugiere nacionalizar dichos equipos.

3.- Que el interesado no dio cumplimiento a las formalidades señaladas en los artículos 3° del Decreto 1733 de 1986, 3° literal b) del Decreto 2733 de 1986 y en la instrucción No. 06 de 1987, ya que no obtuvo del Ministerio de Obras Públicas y Transporte el visto bueno respectivo para solicitar ante el INCOMEX la modificación de las licencias por cambio de obra.

Del acervo probatorio allegado al proceso se extrae lo siguiente:

1o): La solicitud que dio origen a las Resoluciones acusadas se presentó el 14 de octubre de 1988.

2o): Conforme obra a folio 1 del cuaderno de anexos la Jefe de División Legal de la Dirección General de Aduanas le hizo saber a la demandante que la solicitud no contenía la modificación de las licencias de importación transitorias no reembolsables que amparaban los equipos así como tampoco el concepto favorable del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, para lo cual le concedió un plazo de dos (2) meses so pena de entender desistida la solicitud y ordenar el archivo de la misma, con las consecuencias jurídicas correspondientes.

3o): No obstante lo anterior, antes del vencimiento del término de los dos(2) meses a que se refirió la comunicación citada, la Dirección General de Aduanas expidió el 30 de noviembre de 1988 la Resolución No. 004837, negando la prórroga de la permanencia en el país de los equipos objeto de la solicitud.

4o): Conforme obra a folio 90 del cuaderno principal, el 18 de noviembre de 1988, es decir, antes del vencimiento del plazo estipulado para que la actora completara la solicitud, y antes de expedirse la referida resolución 004837, el Jefe de la División Legal de Energía Eléctrica del Ministerio de Minas y Energía comunicó a la Dirección General de Aduana-División Legal- que se permitía "conceptuar favorablemente acerca de la necesidad de permanencia en el país de los equipos descritos en el anexo y cuyo destino serán las obras de realce de la presa vertedero del Embalse de CHISACA".

5o): Según obra a folios 60 y 73 ibídem se acreditó la constancia de aprobación por parte del INCOMEX a la modificación de las licencias de importación para ser utilizadas en la construcción del realce y vertedero del embalse de Chisacá.

6o): El artículo 2o. del Decreto No. 2377 de 1986 "por medio del cual se autorizan prórrogas para importaciones temporales", expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas en el numeral 20 del artículo 120 de la Constitución de 1886, señala como autoridades gubernamentales competentes para conceptuar favorablemente respecto de la prórroga de las licencias de importación temporal al Ministerio de Obras Públicas, el Ministerio de Minas y la Aeronáutica Civil".

7o): Según se lee en la instrucción No. 06 de 1987, emanada de la propia Dirección General de Aduanas, que sirvió también de fundamento para la expedición de las Resoluciones acusadas, ella se ocupa de señalar las condiciones y requisitos para el trámite concerniente a la determinación y prórroga del término de permanencia en el país de equipos importados al amparo del régimen de importación temporal de maquinarias y equipos necesarios para adelantar obras públicas u otras actividades.

El artículo 1o. de la misma preceptúa que el término de la licencia de importación se señalará con base en el concepto emitido por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA o el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, SEGÚN EL CASO (folios 135 y 136 ibídem).

El artículo 2o. *ibídem* prevé que el beneficiario de una importación temporal pueda solicitar a la Dirección General de Aduanas la prórroga del término de permanencia en

el país de la maquinaria y equipo importado temporalmente, con el lleno de requisitos, dentro de los cuales se encuentra en el numeral 3o. el "Concepto del Ministerio de Minas, el de Obras Públicas y Transporte o la Aeronáutica Civil, según el caso, a fin de establecer el término pertinente de prórroga, con base en la determinación de la fase del proyecto a la cual se encontraría vinculado el equipo objeto de la solicitud.." (folio 137 *ibidem*).

Como lo advirtió la Sala anteriormente la actora presentó dentro del vencimiento del término de dos meses otorgado por la Administración el concepto del Ministerio de Minas y la aprobación del INCOMEX a la modificación de las licencias de importación.

Resulta claro que si el Decreto 2377 de 1986 y la Instrucción 06 de 1987 admiten que dicho concepto lo puedan emitir las entidades referidas, SEGÚN EL CASO, necesariamente deben determinarse si era del caso o no que, por la naturaleza de la obra, el concepto pudiera ser emitido por el Ministerio de Minas y Energía.

Sobre el particular, cabe tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 3o. literal a) de la ley 1a. de 1984, vigente cuando se expidieron los actos acusados, le corresponde a dicho Ministerio "adoptar la política nacional sobre todas las actividades técnicas relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables y de las fuentes energéticas del país.

Según se desprende del contenido del concepto del Ministerio de Minas y Energía obrante a folio 90 del cuaderno principal, las obras para las cuales se iban a utilizar los equipos y maquinarias objeto de la solicitud de prórroga de importación temporal eran las de "realce de la presa y vertedero del embalse de CHISACA".

La Sala colige de lo anterior que si, como ya se dijo, corresponde al Ministerio de Minas y Energía adoptar políticas en relación con el debido aprovechamiento integral de las fuentes energéticas del país, siendo los embalses una de ellas, era del caso que pudiera emitir concepto en el asunto que nos ocupa.

De lo precedente se concluye que la solicitud de la actora sí cumplió con los requisitos exigidos por el Decreto 2377 de 1986 y la Instrucción 06 de 1987 de la Dirección General de Aduanas, que se invocan en la demanda como transgredidos, por lo cual habrá de accederse al decreto de nulidad de los actos acusados.

En relación con el restablecimiento del derecho la actora solicita lo siguiente:

> "A. Se prorrogue la permanencia a título de importación temporal en territorio colombiano de los equipos de que trata la primera pretensión, mientras cesa la importación temporal mediante el perfeccionamiento del trámite de abandono voluntario de los mismos a favor de la nación, ya iniciado de conformidad con el No. 3o. del artículo 221 del Decreto 2666 de 1984".

Al respecto observa la Sala que es un hecho evidente que el 20 de noviembre de 1988 la actora solicitó el abandono voluntario de la maquinaria y equipos a que se contrae este

proceso, conforme obra a folios 78 a 80 del cuaderno principal. Por ello mediante auto de 5 de agosto de 1993 la Sala dispuso oficiar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a fin de que certificara sobre el estado actual de la declaración de abandono.

Pese a los múltiples requerimientos que en tal sentido se le formularon a esa entidad no se obtuvo respuesta alguna.

De tal manera que deberá accederse a dicha pretensión de restablecimiento del derecho condicionada al caso de no haberse concluido aún el trámite de la solicitud de abandono voluntario a favor de la Nación de los equipos y maquinarias amparadas en las licencias de importación ya relacionadas.

Solicita también la actora a título de restablecimiento del derecho:

> "B. Se condene a la Nación (Ministerio de Hacienda y Crédito Público) a pagar como reparación del daño (indemnización de perjuicios) a DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES S.A.. la suma que se vea avocada a erogar para dar cumplimiento a los actos administrativos impugnados, que ordenaron terminar el régimen de importación temporal sin haber sido perfeccionado el trámite de abandono voluntario a favor de la Nación ya iniciado. En el evento de que no sea posible establecer en el proceso el monto de las cantidades que han de ser pagadas a mi poderdante, se haga la condena en forma genérica como lo prevé el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo".
>
> "C. (ARTÍCULO 85 DECRETO 2304 DE 1989).
>
> Se condene igualmente a la nación (Ministerio de Hacienda y Crédito Público) a pagar sobre éstas sumas el monto de desvalorización monetaria a que haya lugar, tomando como base, las sumas que sea necesario desembolsar para dar por terminado el régimen de importación temporal en forma diferente al abandono de los equipos a favor de la nación y de acuerdo con el índice de variación de precios al consumidor (nivel de ingresos medios) elaborado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, sobre el monto de cada desembolso y la fecha en que se produzca el pago".

Estima la Sala que las citadas pretensiones no tienen vocación de prosperidad. En efecto, del contenido de las mismas se infiere que la actora circunscribe el daño que busca se indemnice, a la posibilidad de que en un momento dado se vea avocada a hacer erogaciones para dar por terminado el régimen de importación temporal en forma diferente del abandono voluntario de la maquinaria y equipos.

En el evento *sub-lite* no existe prueba que demuestre que el trámite de abandono no concluyó y tampoco hay elemento de juicio alguno que permita deducir que la actora efectivamente tuvo que hacer erogaciones o desembolsos.

Para que sea procedente la condena en abstracto, como lo solicita la demandante, es presupuesto sine qua non la certeza sobre la existencia de un daño real y que éste no

se halle cuantificado, lo cual difiere sustancialmente de la posibilidad o hipótesis de que el daño se pueda producir o no.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioiso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

1o): **REVÓCASE** la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone: **DECRÉTASE** la nulidad del artículo 1o. de la Resolución No. 004837 de 30 de 30 de noviembre de 1986, en lo que respecta a las maquinarias y equipos amparados con las licencias de importación temporal Nos. 3140, 2925, 3418, 3283, 3139 y 3473 de 1980; y del artículo 2o. de la Resolución No. 01623 de 19 de abril de 1990, en cuanto involucra dicha maquinaria y equipos relacionados en las licencias de importación citadas inicialmente, expedidas, la primera por la Dirección General de Aduanas y la segunda por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2o): Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN– prorrogar la permanencia a título de importación temporal en el territorio colombiano de los equipos y maquinaria de que trata el numeral anterior, en caso de que no se haya perfeccionado el trámite de abandono voluntario que de los mismos hizo la actora en favor de la Nación.

3o): DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, 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 4 de mayo de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

SERVICIO DE RECLUTAMIENTO/COLEGIOS MILITARES/SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO/CUOTA DE COMPENSACIÓN MILITAR/SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Excepciones

Frente al argumento de los demandantes, en el sentido de que la ilegalidad del acto acusado y su consiguiente institucionalidad por violación del artículo 189-11 de la Carta Política se deriva de haber consagrado el pago de la cuota de compensación militar como requisito para la expedición de la tarjeta de reservista de primera clase a los alumnos de colegios militares que reciban la instrucción militar correspondiente, sin que el mismo se contemple como tal en el artículo 650 literal d) de la Ley 48 de 1993, la Sala considera que ninguna de dichas normas puedan resultar transgredidas, por cuanto la segunda de ellas simplemente dispone que son reservistas de primera clase "los alumnos de los colegios o institutos de enseñanza secundaria autorizados por el Ministerio de Defensa Nacional, que reciban la instrucción militar correspondiente", sin que en su texto se haga referencia alguna al tema de la cuota de compensación militar por parte de los mencionados alumnos, por lo cual de la norma no puede derivarse ni la obligación de su pago ni su exención. No resulta válido el argumento de los demandantes en el sentido de que el acto acusado hace más gravosa "la prestación del servicio militar", por cuanto el hecho de recibirse la construcción correspondiente por parte de los alumnos de los colegios en cuestión en momento alguno se consagra en el artículo 13 de la citada Ley 48 de 1993 como una de las modalidades. Para atender la obligación de todo colombiano de prestar el servicio militar obligatorio. De conformidad con lo previsto en el artículo 27 *ibídem,* las únicas personas que están exentas de tal

obligación en todo tiempo son "los limitados físicos y sensoriales permanentes" y "los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3048. Actor: JESÚS MARÍA RAMÍREZ 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 a través de apoderado por los ciudadanos Jesús María Ramírez, José María Quintana, Lorna C. Villar del Castillo, Roberto Ramos Torreglosa, Nilse Arteaga Ríos, Eligio Tuñón Anaya, Robinson Meza B., Alicia Gallego Henao, Inés Samudio Chica, Yiney Hermosillas N., Luis Enrique Patiño Orozco y Néstor Consuegra Ariza, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con el propósito de obtener la declaratoria de nulidad de la frase "...estos de todas formas pagarán la cuota de compensación militar", contenida en la parte final del parágrafo único del artículo 51 del Decreto 2048 sobre el servicio de reclutamiento y movilización", expedido por el Gobierno Nacional.

I.- ANTECEDENTES

a.- El acto acusado

A continuación se transcribe el texto íntegro del artículo 51 del Decreto 2048 de 1993, contentivo de la expresión acusada:

"Artículo 51. Reservistas de Primera Clase:

"Para efectos del literal b) del Artículo 50 de la Ley 48 de 1993, quienes hayan permanecido como alumnos en las escuelas de formación de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares se les expedirá tarjeta de reservista, así:

"Alumnos que hayan permanecido 12 meses en la respectiva Escuela, se les expedirá tarjeta de reservista como Cabo Segundo.

"Alumnos que hayan permanecido 24 meses en la respectiva Escuela, se les expedirá tarjeta de reservista como Cabo Primero.

"Alféreces que permanezcan en el grado más de 6 meses, se les expedirá tarjeta como Subteniente de la Reserva.

"PARÁGRAFO.- Para los efectos del literal d. del artículo 50 de la Ley 48 de 1993, se les expedirá la tarjeta de reservista de primera clase a los alumnos varones de colegios militares que hayan recibido las tres faces de instrucción; estos de todas formas pagarán la cuota de compensación familiar."

b.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

Los actores consideran que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que, expresadas en su demanda, se sintetizan a continuación bajo la forma de cargos (fls. 37 a 43).

Primer cargo: Violación del literal d) del artículo 50 de la Ley 48 de 1993 y, como consecuencia de ello, del artículo 189-11 de la Constitución Política, pues mediante el acto acusado el Presidente de la República excedió la potestad reglamentaria al consagrar un requisito adicional no contemplado en la ley que reglamenta, el "...cual hace más onerosa la prestación del servicio militar y la obtención de la Tarjeta de Reservista una vez cumplidos los requisitos establecidos por la misma ley cuando faculta la prestación del mismo".

Segundo cargo: Violación del artículo 25 de la Constitución Política, pues si a una persona que haya cumplido con la prestación del servicio militar obligatorio en las condiciones expresadas por el Decreto 546 de 1967 debe entregársele su Tarjeta de Reservista de Primera Clase sin restricción alguna, la obligación de pagar la cuota de compensación militar, impuesta mediante el acto acusado, impide el ejercicio del derecho al trabajo, ya que el artículo 37 de la Ley 48 de 1993 prohíbe a los empleadores vincular laboralmente a quienes no hayan definido su situación militar, es decir, a quienes no le presenten la respectiva Tarjeta de Reservista.

Tercer cargo: Violación del artículo 40-7 de la Carta Política, pues mientras que en él se consagra el derecho de los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, al acto acusado coarta este derecho a los alumnos de los colegios o institutos de enseñanza secundaria autorizados por el Ministerio de Defensa, al imponer una condición adicional para obtener la Tarjeta de Reservista, la cual, para muchos alumnos de tales establecimientos educativos, les resulta económicamente imposible de cumplir para los efectos previstos en el artículo 36 de la Ley 48 de 1993.

Cuarto cargo: Violación del artículo 67 de la Constitución Nacional, en razón de que todo aquél que haya prestado su servicio militar en las condiciones establecidas en la ley, ante la imposibilidad de cumplir con el pago de la cuota de compensación militar quedaría excluído de la posibilidad de acceder a la educación superior, de conformidad con el literal j) del artículo 36 de la Ley 48 de 1993, que exige como requisito esencial la presentación de su Tarjeta de Reservista o definición de su situación militar. Sin embargo, una vez definida su situación militar en las condiciones estipuladas en el Decreto 546 de 1967, no puede accederse a la ciencia y demás bienes y valores de la cultura como lo dispone la citada norma constitucional. Por consiguiente, siendo el Estado el obligado a promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades por medio de la educación profesional, no existe razón válida para que se impongan condiciones que restrinjan estas oportunidades o hagan más onerosas esas posibilidades.

Quinto cargo: Violación del artículo 83 de la Constitución Nacional, pues si esta norma señala que las actuaciones de las autoridades deben ceñirse a los postulados de la buena fe, mal puede el Estado desviar este principio, imponiendo condiciones más gravosas a las establecidas en la ley para obtener la Tarjeta de Reservista.

Sexto cargo: Violación del artículo 125 inciso tercero de la Carta Política, pues si uno de los requisitos exigidos por la ley para ingresar a los cargos de carrera es la presentación de la Terjeta de Reservista, a los alumnos de los mencionados colegios o institutos no les sería dado acceder a dichos cargos, si por cualquier circunstancia resultaron impedidos para pagar la cuota de compensación militar que exige el acto acusado como condición para la expedición del citado documento.

Séptimo cargo: Violación del artículo 150-12 de la Constitución Nacional, pues mientras que esta disposición radica en el Congreso la función de "establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley", el Gobierno Nacional se autoatribuyó tal facultad al establecer en el acto acusado una contribución o gravamen en favor del Estado, sin que en ninguna de las normas de la Ley 48 de 1993 se consagre la misma para la expedición de la Tarjeta de Reservista a los alumnos de los colegios e institutos de enseñanza secundaria autorizados por el Ministerio de Defensa para impartir instrucción militar.

c.- Las razones de la defensa

En el escrito de contestación de la demanda y en su alegato de conclusión, la parte demandada expresa, en defensa de la legalidad del acto acusado, los argumentos que se resumen a continuación (fls. 135 a 136 y 176 a 180):

Como quiera que la prestación del servicio militar obligatorio es un deber constitucional, todo colombiano debe definir su situación militar, en cuyo proceso se presentan dos situaciones, a saber, la prestación efectiva del mismo y la exención de ellos por causales de ley, con el pago de la cuota de compensación militar correspondiente por su no prestación física. El artículo 27 de la Ley 48 de 1993 señala cuales son las únicas personas que están exentas de prestar el servicio militar y de pagar la cuota de compensación por la no prestación del mismo.

Del texto de los artículos 10 y 62 de la citada Ley se observa que en ningún momento se equipará la instrucción militar solicitada voluntariamente por los establecimientos educativos que funcionen como colegios militares a la prestación del servicio militar obligatorio bajo banderas que hacen los conscriptos.

La diferencia entre los alumnos de último año de estudios secundarios de los colegios denominados "militares" y aquellos que lo cursan en otros centros educativos "...no es otra que la de asegurar en el caso de los primeros LA NO PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO BAJO BANDERAS, siendo incluídos automáticamente una vez se realice la inscripción dentro de la clasificación de que habla el artículo 21 de

la Ley 48 de 1993; entre tanto que los alumnos de los colegios comunes y corrientes una vez inscritos tienen que someterse al sorteo correspondiente, expuestos a la eventualidad de salir o no, favorecidos en la prestación del servicio militar obligatorio bajo banderas".

Por consiguiente, "tanto el bachiller egresado del colegio militar como el que no ingrese a filas por haber salido elegido en el sorteo, ambos clasificados, deben pagar contribución pecuniaria al Tesoro Nacional denominada "Cuota de Compensación Militar", así se infiere del contenido del artículo 22 de la Ley 48 de 1993".

Por último, sólo los colombianos que presten el servicio militar gozan de los derechos, pregorrativas y estímulos consagrados en la Ley 48 de 1993.

d.- 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 16 de septiembre de 1994 se admitió la demanda, se ordenó el trámite de rigor y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado (fls. 48 a 56).

Mediante proveído de 16 de diciembre del citado año se decretaron y/o denegaron las pruebas solicitadas por la parte actora (fl. 168).

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 recurso la parte demandada y el último de los mencionados (fls. 172 a 180).

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el escrito que lo contiene, la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, luego de referirse al contenido de diversas normas de la Ley 48 de 1993 (arts. 10, 30, 50, 51, 52, 62) y de transcribir el texto de su artículo 22, en el cual se regula la "cuota de compensación militar", considera que los únicos beneficios que ellas otorgan a los alumnos de los colegios o instituciones de enseñanza secundaria que, autorizados por el Ministerio de Defensa Nacional, reciban la instrucción militar correspondiente, consiste en ser clasificados como reservistas de primera clase y en no ingresar a filas, pues, "en lo demás, quedan ubicados en la situación legal prevista en el artículo transcrito, según el cual están obligados al pago de cuotas de compensación militar".

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo.- Luego del correspondiente estudio de sus fundamentos, para la Sala es claro que no puede prosperar, por varias razones:

Frente al argumento de los demandantes, en el sentido de que la ilegalidad del acto acusado y su consiguiente inconstitucionalidad por violación del artículo 189-11 de la

Carta Política se deriva de haber consagrado el pago de la cuota de compensación militar como requisito para la expedición de la tarjeta de reservista de primera clase a los alumnos de colegios militares que reciban la instrucción militar correspondiente, sin que el mismo se contemple como tal en el artículo 50 literal d) de la Ley 48 de 1993, la Sala considera que ninguna de dichas normas pueden resultar transgredidas, por cuanto la segunda de ellas simplemente dispone que son reservistas de primera clase "los alumnos de los colegios o institutos de enseñanza secundaria autorizados por el Ministerio de Defensa Nacional, que reciban la instrucción militar correspondiente", sin que en su texto se haga referencia alguna al tema de la cuota de compensación militar por parte de los mencionados alumnos, por lo cual de esa norma no puede derivarse ni la obligación de su pago ni su exención.

De otra parte, para la Sala no resulta válido el argumento de los demandantes en el sentido de que el acto acusado hace más gravosa "la prestación del servicio militar", por cuanto el hecho de recibirse la instrucción correspondiente por parte de los alumnos de los colegios en cuestión en momento alguno se consagra en el artículo 13 de la citada Ley 48 de 1993 como una de las modalidades para atender la obligación de todo colombiano de prestar el servicio militar obligatorio, es decir, la de "tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instrucciones públicas" (art. 3o. *ibídem*). En efecto, la indicada norma señala lo siguiente:

> "ARTÍCULO 13.- Modalidades prestación (sic) de servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de prestación del servicio militar obligatorio.
>
> "Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:
>
> "a. Como soldado regular, de 18 a 24 meses.
>
> "b. Como soldado bachiller, durante 12 meses.
>
> "c. Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses.
>
> "d. Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.
>
> "Parágrafo 1o. Los soldados, en especial, los bachilleres, además de su formación militar, y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberán ser instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica.
>
> "Parágrafo 2o. Los soldados campesinos prestarán su servicio militar obligatorio en la zona geográfica en donde residen. El Gobierno Nacional organizará tal servicio tomando en cuenta su preparación académica y oficio".

En concordancia con lo anterior y dado que el artículo 22 de la Ley 48 de 1993 determina que "el inscrito que no ingrese a filas y sea clasificado debe pagar una contribución pecuniaria al Tesoro Nacional denominada cuota de compensación militar", para la Sala es evidente que si el supuesto normativo para el pago de dicha cuota de compensación militar es la no prestación efectiva del servicio, los mencionados alumnos de institutos o colegios militares caen bajo el imperio de sus mandatos, más aún si se tiene en cuenta que de conformidad con lo previsto por el artículo 27 ibidem, las únicas personas que están exentas de tal obligación en todo tiempo son "los limitados físicos y sensoriales permanentes" y "los indígenas que residan en su territorio y conservan su integridad cultural, social y económica".

En consecuencia, al no haberse demostrado la violación del artículo 50 literal d) de la Ley 48 de 1993, tampoco es posible atribuir al acto acusado el desconocimiento del artículo 189-11 de la Carta Política.

Por las anotadas razones, el cargo no prospera.

En relación con los cargos segundo, cuarto y sexto, en los cuales se plantea el desconocimiento de los artículos 25, 67 y 125 inciso tercero de la Carta Política por parte del acto acusado, la Sala considera que adolecen de vocación de prosperidad, toda vez que se encuentran construidos sobre la idea de asimilar la instrucción recibida en los institutos o colegios militares a la prestación efectiva del servicio militar, lo cual no es cierto, como quedó establecido en el análisis del primer cargo.

En relación con los cargos tercero, quinto y séptimo, para la Sala no cabe duda que estos deben correr con la misma suerte de los anteriores, pues la violación de los artículos 40-7, 83 y 150-12 de la Carta Política que allí se discute parte de la base de que con la expedición del acto acusado el Presidente de la República se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria a él atribuída, lo cual fue objeto de estudio y definición en el primero de los cargos analizados, sin que se presente, por lo mismo, la creación o establecimiento de una contribución fiscal o parafiscal por parte del Gobierno, pues la cuota de compensación militar está prevista en la Ley 48 de 1993.

En las anotadas circunstancias, al no haber prosperado ninguna de las acusaciones formuladas por los actores se procederá 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 y de acuerdo con él administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DENIÉGANSE 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 cuatro de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Improcedencia/**CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN**-Funciones/**REGISTRO DE EMPRESAS CONCESIONARIAS DE ESPACIOS DE TELEVISIÓN**-Calificación

Estima la Sala que *prima facie* no se vislumbra la ostensible infracción del artículo 6 de la Ley 80 de 1993 por parte del inciso 1 del artículo 13 de la Resolución acusada, a que alude al actor. En efecto, si bien es cierto que esta disposición prevé que sólo podrán ser inscritos en el rergistro de empresas Concesionarias quienes obtengan una calificación mínima de (400) puntos, de los cuales ciento cincuenta (150) deben corresponder a la capacidad económica", tal regulación no sólo debe confrontarse con el artículo 6 citado como infringido sino que es menester analizar, entre otros aspectos, el contenido y alcance del artículo 14 literal j) de la Ley 14 de 1991, que se invoca como fundamento para la expedición de aquélla y le atribuye al Consejo Nacional de Televisión la función de "Reglamentar el registro de empresas concesionarias de espacios de televisión, tomando en cuenta, cuando menos, los siguientes aspectos: la capacidad financiera, la capacidad técnica, la capacidad operativa y el cumplimiento de normas y disposiciones contractuales anteriores". El artículo 4 literal g) de la Resolución cuestionada exige a las personas naturales o jurídicas inscritas en el Registro de Empresas Concesionarias de Espacios de Televisión que tengan contratos de concesión de espacios, la inscripción vigente durante el plazo del contrato y que la carta de presentación de la solicitud de inscripción o renovación esté suscrita por el representante legal y autenticada ante autoridad competente con reconocimiento de su contenido. El artículo 10 *ibídem* entre otros aspectos, dentro de la capacidad técnica asigan un valor de 50 puntos cuando las instalaciones

y equipos de producción sean propios y de 25 cuando sean contratados o se tengan por el sistema de leasing. En lo que toca con la regulación prevista en el artículo 4 literal g) en principio, no observa la Sala que la exigencia de la vigencia de la inscripción durante el plazo del contrato puede llegar a alterar el valor del mismo o que constituya una modificación unilateral al respecto de la cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, aspectos éstos a los cuales se contraen los artículos 16 y 27 de la Ley 80 de 1993. No descarta la Sala, desde luego, que en un terreno práctico puedan presentarse las inconveniencias que plantea el actor, que en un momento dado puedan transgredir las normas a que éste se refiere. Sin embargo, éste es un asunto de fondo, propio de dilucidar en la sentencia y por esta razón no está llamado a prosperar el cargo en estudio así como tampoco los cargos tercero y cuarto, pues no basta la simple confrontación de los artículos 29 y la Ley 10 de 1993 y 13 de la Constitución Política, sino que es menester realizar un estudio cordinado de las dos Resoluciones antes referidas en orden a determinar las directrices en ellas señaladas y su incidencia.

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

Consejero Ponente: DR. MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3299. Acción: Nulidad. Actor: ANDRÉS MUTIS VANEGAS.

El ciudadano ANDRÉS MUTIS VANEGAS, 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, previa suspensión provisional, de la Resolución No. 02 de 3 de noviembre de 1994 "por la cual se dictan normas sobre calificación, clasificación, inscripción, renovación y actualización en el Registro de Empresas Concesionarias de Espacios de Televisión", expedida por el Consejo Nacional de Televisión del Instituto Nacional de Radio y Televisión –Inravisión–.

Como la demanda reúne los requisitos legales habrá de admitirse en la parte resolutiva de esta providencia.

I. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En el mismo escrito de la demanda, en acápite especial, el actor solicita la medida precautelativa aduciendo al efecto, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1o): El artículo 6o. de la Ley 80 de 1993 es claro en cuanto a que pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces. Ello significa que es inhábil quien la ley califique como tal.

El inciso 1o. del artículo 13 de la Resolución acusada prevé que "sólo podrán ser inscritos en el Registro de Empresas Concesionarias quienes obtengan una calificación

mínima de cuatrocientos (400) puntos, de los cuales ciento cincuenta (150) deben corresponder a la capacidad económica".

Es decir, que quien no obtenga este puntaje se considerará inhábil. No le es dable al acto administrativo prescribir estas cortapisas a la vocación contractual de los particulares.

Lo que hace de entrada la Resolución acusada es descalificar a un particular legalmente considerado como capaz para contratar con el Estado, descalificación que no le corresponde evaluar en ese mamento sino en uno ulterior; cuando se convoque a una licitación o a un concurso o cuando se proceda directamente a una específica contratación.

2o): La Resolución acusada, que derogó la Resolución 01 de 1989, introdujo variaciones no solo significativas sino desestabilizadoras del equilibrio original de los contratos (artículo 27 de la Ley 80 de 1993), sin contar con el consenso de los contratistas afectados y sin que se hubiere demostrado en los términos del artículo 16 *ibídem* la procedencia legítima de una modificación unilateral de los acuerdos.

Dicha Resolución en el artículo 4o. literal g) alteró ilegalmente los términos de concesión de espacios tornando más onerosa su postura contractual. La probada alteración de las condiciones contractuales incide en la prórroga de los acuerdos.

En el artículo 10o. se advierte cómo para acceder al puntaje que los equipos arrendados antes proporcionaban, ahora es necesario hacerse a la propiedad de los mismos con la obvia carga económica que ello implica.

3o): El inciso 1o. del artículo 29 de la Ley 80 de 1993 prescribe que es objetiva la selección, en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento **más favorable** a la entidad y a los fines que ella busca.

En numerosas ocasiones es al buen juicio de la Administración al que se confía la labor de selección, juicio delimitado por unas reglas preestablecidas por los pliegos de condiciones en su caso y, de todas maneras por ciertas previsiones de orden legal.

Cuando como en este caso la escogencia contractual habrá de surtirse con apoyo en los datos de orientación que provee un registro de proponentes, la más elemental de las lógicas sugiere que los aspirantes sujetos de la evaluación estatal deben estar calificados por unas mismas reglas de estimación.

La Resolución acusada introduce un elemento perturbador para la propia Administración que ha de verse inmersa en procesos de selección donde legítimamente participarán proponentes cuyos registros no obedecerán a unos mismos criterios de evaluación y calificación.

Podría suceder que la Administración se vea enfrentada a decidir una adjudicación contractual entre dos proponentes que con muy similares propuestas contractuales

difieren en los puntajes anotados en los respectivos registros. La lógica indicaría que la selección debería recaer en el proponente con puntaje más alto. Pues bien, la Resolución acusada confunde el procedimiento selectivo ya que nada asegura que los participantes estén medidos por unas mismas escalas de evaluación.

Permitir la coexistencia de virtuales proponentes contractuales evaluados con arreglo a directrices diversas de medición es abiertamente violatorio del artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

El vicio atribuido no es el ilegítimo proceder de la Administración en una escogencia contractual determinada sino la adopción genérica de unas reglas bajo cuya observancia se materializará el riesgo pronosticado, esto es, el quebranto del deber legal de una selección objetiva.

4o): Lo anterior conduce a la violación del artículo 13 de la Constitución Política toda vez que la Resolución acusada establece un trato diferenciado que la Administración dará a los particulares. Los unos calificados con arreglo a determinadas valoraciones y los otros apreciados con sujeción a unas directrices bien distintas.

II. LA DECISIÓN

Para resolver **se considera:**

En relación con el primer cargo estima la Sala que *prima facie* no se vislumbra la ostensible infracción del artículo 6o. de la Ley 80 de 1993 por parte del inciso 1o. del artículo 13 de la Resolución acusada, a que alude el actor. En efecto, si bien es cierto que esta disposición prevé que "sólo podrán ser inscritos en el Registro de Empresas Concesionarias quienes obtengan una calificación mínima de cuatrocientos (400) puntos, de los cuales ciento cincuenta (150) deben corresponder a la capacidad económica", tal regulación no sólo debe confrontarse con el artículo 6o. citado como infringido sino que es menester analizar, entre otros aspectos, el contenido y alcance del artículo 14 literal j) de la Ley 14 de 1991, que se invoca como fundamento para la expedición de aquélla y le atribuye al Consejo Nacional de Televisión la función de "Reglamentar el registro de empresas concesionarias de espacios de televisión, tomando en cuenta, cuando menos, los siguientes aspectos: la capacidad financiera, la capacidad técnica, la capacidad operativa y el cumplimiento de normas y disposiciones contractuales anteriores".

Este análisis, como es obvio, no es viable de efectuar en esta etapa inicial del proceso sino en la sentencia que dirima la controversia y por ello habrá de desestimarse el cargo para los efectos de la medida precautelativa impetrada.

En lo que respecta al segundo cargo, cabe tener en cuenta lo siguiente:

El artículo 4o. literal g) de la Resolución cuestionada exige a las personas naturales o jurídicas inscritas en el Registro de Empresas Concesionarias de Espacios de Televisión que tengan contratos de concesión de espacios, la inscripción vigente durante el plazo del

contrato y que la carta de presentación de la solicitud de inscripción o renovación esté suscrita por el representante legal y autenticada ante autoridad competente con reconocimiento de su contenido.

El artículo 10o. *ibídem,* entre otros aspectos, dentro de la capacidad técnica asigna un valor de 50 puntos cuando las instalaciones y equipos de producción sean propios y de 25 cuando sean contratados o se tengan por el sistema de leasing.

En lo que toca con la regulación prevista en el artículo 4o. literal g), en principio, no observa la Sala que la exigencia de la vigencia de la inscripción durante el plazo del contrato pueda llegar a alterar el valor del mismo o que constituya una modificación unilateral respecto de la cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, aspectos éstos a los cuales se contraen los artículos 16 y 27 de la Ley 80 de 1993.

De otra parte, en lo atinente al artículo 10o., consultando el texto de la Resolución acusada con el de la Resolución No. 01 de 1989, que fue derogada por aquélla, encuentra la Sala que se introdujeron modificaciones en los puntajes de la calificación. Sin embargo, *prima facie* no se advierte la violación de los artículos 16 y 27 de la Ley 80 de 1993, dado que del contenido del parágrafo del artículo 5o. del acto acusado se deduce que los parámetros de la nueva calificación, en principio, no parecen afectar a quienes ya han obtenido calificación en el Registro de acuerdo con la última Resolución antes citada, sino a quienes habiendo presentado su solicitud de registro de acuerdo con dicha Resolución "no hayan sido calificados". Además, tal norma deja a la voluntad de los interesados la posibilidad de manifestar si renuevan su registro de acuerdo con la Resolución 01 de 1989 o si se acogen a la prevista en la nueva Resolución.

No descarta la Sala, desde luego, que en un terreno práctico puedan presentarse las inconveniencias que plantea el actor, que en un momento dado puedan transgredir las normas a que éste se refiere. Sin embargo, este es un asunto de fondo, propio de dilucidar en la sentencia y por esta razón no está llamado a prosperar el cargo en estudio así como tampoco los cargos tercero y cuarto, pues no basta la simple confrontación de los artículos 29 de la Ley 80 de 1993 y 13 de la Constitución Política, sino que es menester realizar un estudio coordinado de las dos Resoluciones antes referidas en orden a determinar las directrices en ellas señaladas y su incidencia, ya en el terreno práctico, frente a los proponentes que han obtenido registros con base en una u otra.

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

RESUELVE:

1o): **ADMÍTESE** la demanda promovida en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. por el ciudadano ANDRÉS MUTIS VANEGAS. En consecuencia, se dispone:

a) **NOTIFÍQUESE** personalmente esta providencia a la Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación.

b): **NOTIFÍQUESE** personalmente esta providencia, con entrega de copias de la demanda y sus anexos al Director del Instituto Nacional de Radio y Televisión –INRAVISION–, como quiera que la Comisión Nacional de Televisión creada por la Ley 182 de 1995 aún no se ha terminado de conformar.

c): **FÍJESE** el proceso en lista por el término de cinco (5) días para los efectos previstos en los artículos 207-5 y 208 del C.C.A.

d): **SOLICÍTESE** a la Secretaría General del Instituto Nacional de Radio y Televisión –INRAVISION– el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado. Término: 10 días.

e): **DEPOSITE** el actor en la Secreraría de la Sección la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo) para atender los gastos ordinarios del Proceso.

2o): **DENIÉGASE** la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 4 de mayo de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

BIEN DE USO PÚBLICO-Desafectación/**COMPETENCIA/CONCEJO MUNICIPAL/ALCALDE**-Iniciativa/**PLAZA DE MERCADO/CANJE**-Concepto

La facultad de desafectar un inmueble corresponde al Concejo Municipal, a iniciativa del Alcalde, de conformidad con lo establecido en el artículo 313 numeral 7o. de la Constitución Política, concordante con el artículo 6o. de la ley 9a. de 1989. La anterior normatividad pone de presente que en primer lugar sí es atribución de los Concejos Municipales, a iniciativa del Alcalde, variar el destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público, dentro del cual a su vez se comprenden las plazas. La Sala observa que el término canje, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, no solo significa cambiar una cosa por otra, como lo afirma el recurrente, sino que tal acepción también se entiende como sustituir. Además, del texto del artículo 6o. de la ley 9a. de 1989 no se desprende que tal cambio o sustitución deba ser inmediato o concomitante a la conversión del bien de uso público en bien fiscal. El artículo 3o. del Acuerdo demandado señala que con el producto de la venta de la Plaza que ocupa la atención de la Sala se adquirirán o construirán inmuebles destinados a ubicar a las personas que ocupan dicha Galería Central. Lo anterior significa que las nuevas edificaciones o inmuebles que se adquieran con el producto de la venta de la Plaza tendrán igual destinación a la de ésta, dándose así cumplimiento a lo prescrito en el artículo 6o. de la citada ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D. C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3158. Recurso de apelación contra la sentencia de 27 de septiembre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila. Actor: CARLOS JULIO VÁSQUEZ Y OTROS.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 27 de septiembre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, mediante la cual no accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- Los ciudadanos CARLOS JULIO VÁSQUEZ, JOSÉ CENID LOZANO, LUCRECIA BASTIDAS, JAVIER MONROY ZÚÑIGA, FLOR MORENO DE RAMOS, FERNEY ALVAREZ SANDOVAL, ANÍBAL DÍAZ BENÍTEZ, JESÚS HERNEY CHARRY, RAMIRO AVELLA PLAZAS, FLAVIO ALARCÓN, ARMANDO RODRÍGUEZ TOVAR, JAIRO RAMÍREZ ZAPATA, IGNACIO MOSQUERA Y CARMEN RAMÍREZ CHALA, a través de apoderado y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo del Huila, tendiente a obtener la nulidad del Acuerdo No. 030 del 10 de junio de 1993 "por medio del cual se desafecta el inmueble de uso público destinado a la plaza de mercado en el centro de la ciudad y se conceden unas autorizaciones".

En apoyo de su pretensión adujeron lo siguiente:

El acto acusado desconoce los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 6o., 23, 29, 58, 59, 63, 113, 114, 123, 151, 313, y 315 de la Constitución Política, porque del contenido de los mismos surge que el Estado Colombiano se encuentra organizado en forma de República unitaria, democrática, participativa y pluralista y se fundamenta en el respeto a la dignidad humana, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Además, el Estado Colombiano tiene como fin primordial proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, derechos y demás libertades, y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.

El artículo 29 de la Carta consagra la garantía del debido proceso para toda actuación judicial y administrativa, en virtud del cual todas las competencias son regladas, no pudiendo ninguna autoridad pública, bajo ningún pretexto, desbordar los límites de sus atribuciones, so pena de incurrir en responsabilidad por abuso de función pública.

Ningún artículo de la Constitución Política, o del Código de Régimen Municipal autoriza a los concejos para desafectar los bienes de uso público y convertirlos en bienes fiscales, restándole la consagración y dedicación del bien al cumplimiento de un fin público.

El bien de uso público es inalienable, carente de comerciabilidad e imprescriptible; sobre él tiene el Estado poder de policía; toda su legalidad es régimen administrativo y cuando se conceden permisos administrativos, como en el presente caso, ése uso es de naturaleza puramente administrativa, significativa de un derecho administrativo, nunca civil; los bienes de uso público están destinados al uso público.

La afectación es toda restricción impuesta por una entidad pública que limite o impida la obtención de licencia de urbanización, parcelación, construcción o funcionamiento por causa de una obra pública o por protección ambiental.

La conversión de la Plaza Central de Mercado de bien de uso público a bien fiscal de las empresas públicas de Neiva es una decisión arbitraria del Concejo de Neiva que pretende que con el producto de su venta o hipoteca se construyan las edificaciones de las plazas de mercado y centrales minoritarias, desatendiendo el fin para el cual fue adquirida dicha plaza, con ostensible violación del artículo 33 de la ley 9a. de 1989.

I.2.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de primera instancia de 27 de septiembre de 1994, la cual fue oportunamente apelada por el apoderado de los demandantes.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las súplicas de la demanda, el a quo, razonó, en esencia, de la siguiente manera:

La demanda aparte de analizar el artículo 29 de la Carta y de expresar que el Estado Colombiano está organizado en forma de República unitaria, democrática, participativa y pluralista y que se fundamenta en el respeto a la dignidad humana, la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general, no indica las razones por las cuales considera vulnerados los preceptos constitucionales citados como tal.

Al referirse los artículos 1o., 2o., 3o., 4o. y 6o. de la Constitución Política a los principios fundamentales, y al consagrar el artículo 23 el derecho de petición, no encuentra el fallador de primera instancia que dichas normas sean vulneradas por el acto acusado, dado que de una parte las afirmaciones de los demandantes son genéricas, y de otra, no se demostró su violación.

Respecto del artículo 29 que consagra el debido proceso, es necesario remitirse a las disposiciones que regulan los acuerdos municipales, para establecer si en la expedición del acto acusado se observó o no el debido proceso:

La ley 9a. de 1989, Ley de Reforma Urbana, regula la competencia de la Administración en cuanto al aprovechamiento del espacio público y su destinación al uso común.

En su artículo 5o. la mencionada ley define el espacio público, de cuyo contenido resulta incuestionable que la plaza central de mercado debe considerarse como perteneciente al espacio público.

Asimismo, conforme a dicha norma, el Alcalde de Neiva estaba habilitado para presentar el proyecto de Acuerdo tendiente a modificar la destinación de la Plaza de Mercado Central como bien de uso público incluído en el espacio público, como en efecto se hizo, siendo el Concejo Municipal el competente para efectuar dicha modificación.

Según el artículo 313 numerales 7o. y 10o. de la Carta, corresponde al Concejo reglamentar los usos del suelo y las demás funciones que le asigne la ley.

Respecto de la violación del artículo 58 de la Constitución Política que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, debe decirse que esta norma da validez al acto impugnado, toda vez que el Estado debe perseguir el bien común, dando prevalencia al interés general, consagrándose por eso en ella que el interés privado deberá ceder ante el interés público y social.

Además, el artículo 82 *ibídem* prescribe que es deber del Estado velar por la integridad del espacio público y por su destinación al uso común el cual prevalece sobre el interés particular.

El Acuerdo impugnado ordena ubicar los inquilinos de la Galería Central en las plazas de mercado y centrales minoristas que se adquieran con el producto de la venta de la plaza central, respetando así los derechos de los particulares.

Frente al artículo 58 de la Carta, se tiene que se refiere a los casos en que procede la expropiación, no observándose su violación por parte del acto acusado.

El artículo 63 *ibídem* alude a la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de uso público, pero dicho precepto no es violado por cuanto mediante el Acuerdo impugnado se modifica el carácter de bien de uso público que tenía la Plaza Central de Mercado, por el de bien fiscal de las Empresas Públicas de Neiva.

Frente a los artículos 113, 114, 123 y 151 de la Constitución Política, éstos aluden respectivamente a las Ramas del Poder Público, al Congreso de la República, a los servidores públicos y al ejercicio de la función legislativa del Congreso, los cuales son ajenos al caso en estudio.

El artículo 315 *ibídem* consagra las atribuciones del Alcalde y no es vulnerado, sino que, por el contrario sus numerales 1o. y 10o. le señalan a aquel el deber de cumplir y hacer cumplir las leyes, como en efecto lo hizo al aplicar el artículo 6o. de la Ley 9a. de 1989.

En lo relativo a la violación del artículo 33 de la Ley 9a. de 1989, se tiene que éste debe armonizarse con el artículo 6o. *ibídem* que faculta al Concejo Municipal para

modificar la destinación de los bienes de uso público y en cuanto a la enajenación de los inmuebles prevista en esa misma norma, debe ceñirse al procedimiento establecido en los Códigos Fiscales o a falta de ellos a lo dispuesto en la ley invocada, no demostrándose en el caso objeto de estudio vulneración ni al Código Fiscal del Municipio de Neiva (que ni siquiera se aportó), ni a la ley referenciada.

Por último, respecto del artículo 37 de la ley 9a. de 1989, que trata de la afectación de bienes inmuebles por causa de una obra pública, es evidente que no resulta violado por el Acuerdo demandado.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la parte actora sustenta su inconformidad con la sentencia apelada, en esencia, así:

1o.): El acto acusado violó el debido proceso, toda vez que para que el Municipio pueda desafectar el bien público o fiscal de la Plaza de Mercado Central de Neiva, se requiere que exista el acto administrativo de desafectación emitido por el alcalde Municipal, previa conformación del expediente administrativo, donde tengan oportunidad de intervenir quienes van a resultar afectados con tal decisión administrativa, cuestión que hasta la fecha no ha ocurrido.

Por imperioso mandato del artículo 6o. de la Ley 9a. de 1989, cuando se trata del cambio de destino de un bien de uso público incluído en el espacio público, se requiere que dicho bien sea canjeado por otro de características equivalentes. El Acuerdo demandado no expresa por cual bien se pretende canjear la Plaza Central de Mercado de Neiva, informando que se venderá en subasta pública y que con su producto se adquirirán y construirán inmuebles y edificaciones de la plaza de mercado y centrales minoristas. Canjear, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa cambiar una cosa por otra en iguales condiciones y circunstancias.

Además, para que proceda el cambio de destinación de un bien fiscal o de uso público de los incluidos en el espacio público, se requiere que exista previamente un contrato entre las entidades que canjean los bienes, lo cual tampoco ocurre en el presente caso en el expediente administrativo iniciado por el Alcalde de Neiva para cambiar el destino del lote y la construcción arquitectónica donde funciona la Plaza Central de Mercado de dicha ciudad.

2o): El Acuerdo impugnado violó la normatividad superior, al ser expedido con abuso y desviación de poder, pues no existe norma que faculte a los Concejos Municipales para delegar en funcionario administrativo alguno, diferente al Alcalde Municipal, las atribuciones que le confieren la Constitución y la ley, para que pueda este funcionario ejercer atribuciones que le son propias a los Concejos Municipales.

El artículo 211 de la Carta Política establece que las autoridades administrativas solo pueden delegar aquellas funciones que le son propias, en otras, autoridades, cuando la ley expresamente lo autoriza.

El Jefe de la Administración Municipal es la única autoridad pública en el municipio que puede contratar y obtener autorización para ello cuando así se lo exija la ley o el Código Fiscal Municipal. Ningún otro funcionario de la Administración Municipal puede recibir delegación para ello mientras no disponga otra cosa el legislador colombiano.

No puede argumentarse que los Concejos Municipales tienen plenas atribuciones para autorizar la desafectación de un bien de uso público o fiscal con base en lo establecido en el numeral 7o. del artículo 93 del Decreto Ley No. 1333 de 1986, pues dicha disposición se refiere al uso del suelo, disposición de ejidos y de terrenos comunales, con el fin de construir viviendas de interés social.

La Ley 9a. de 1989 faculta el cambio de destino de los bienes de uso público o fiscal incluidos en el espacio público por parte de los Concejos Municipales a iniciativa del burgomaestre local, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes. En el presente caso no se trata de canjear la Plaza Central de Neiva para construir vivienda de interés social, ni de canjearla por otro bien donde pueda prestarse el servicio público de distribución o venta de artículos de primera necesidad.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado no rindió concepto en esta etapa del proceso.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En primer término, la Sala precisa que del contenido de la demanda, particularmente de petitum, se deduce que el actor solamente solicita la nulidad de los artículos 1o. y 3o. del Acuerdo No. 030 de 10 de junio de 1993, que son del siguiente tenor:

> "ARTÍCULO PRIMERO. Desafectar el inmueble donde funciona la Plaza de Mercado Central, localizada en la Carrera Segunda y Tercera entre las Calles Séptima y Octava, como bien de uso público que ostenta en la actualidad, convirtiéndose en un bien fiscal de las Empresas Públicas de Neiva".
>
> ARTÍCULO TERCERO. Facultar al Gerente de las Empresas Públicas de Neiva, para que dentro del término de dos (2) años contados a partir de la Sanción y Publicación del presente Acuerdo, enajene en subasta pública el bien donde funciona la Galería Central, para que con el producto de la venta, se adquiera y construya (sic) los inmuebles y edificaciones de las plazas de mercado y centrales minoristas, donde deben ser ubicados los inquilinos de la Galería Central. Igualmente podrá hipotecar dicho bien con el mismo fin".

El recurrente estima que en la expedición del Acuerdo No. 030 de 10 de junio de 1993 fue desconocido el debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que a su juicio, el Alcalde Municipal debió expedir un acto administrativo de desafectación del inmueble, previa conformación del expediente administrativo, donde pudiesen intervenir las personas afectadas con dicha medida.

Al respecto, observa la Sala que no le asiste razón al actor, toda vez que la facultad de desafectar un inmueble corresponde al Concejo Municipal, a iniciativa del Alcalde, de conformidad con lo establecido con el artículo 313 numeral 7o. de la Constitución Política, concordante con el artículo 6o. de la ley 9a. de 1989, los cuales, en su orden, prescriben:

"Artículo 313. - Corresponde a los concejos:

1.....

7. Reglamentar los usos del suelo...".

"Artículo 6o. El destino de los bienes de uso público incluídos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los concejos, Juntas metropolitanas....., por iniciativa del alcalde.....siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes...".

A su vez, el artículo 5o. *ibídem,* prescribe:

Artículo 5o.- Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los conjuntos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

Así constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación,...plazas, zonas verdes y similares....".

La anterior normatividad pone de presente que en primer lugar sí es atribución de los Concejos Municipales, a iniciativa del Alcalde, variar el destino de los bienes de uso público incluídos en el espacio público, dentro del cual a su vez se comprenden las plazas.

En el caso *sub-lite,* a folios 8 y 9 del cuaderno principal obra la exposición de motivos, suscrita por el Alcalde Mayor de Neiva dirigida al Concejo Municipal, referente al Proyecto de Acuerdo, que después se convirtió en el Acuerdo acusado. Además en el mismo texto del Acuerdo consta que fue presentado por el precipitado funcionario, lo cual evidencia que se satisfizo la exigencia del artículo 6o. de la Ley 6a. de 1989 y la carencia de fundamento de la censura del actor a este respecto.

Sostiene además el apelante que en el Acuerdo acusado no se especificó, como lo ordena el artículo 6o. de la Ley 9a. de 1989, por el cual bien se pretende canjear la Plaza de Mercado.

Sobre el particular la Sala observa que el término canje, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, no solo significa cambiar una cosa por otra, como lo afirma el recurrente, sino que tal acepción también se entiende como sustituir. Además, del texto del artículo 6o. de la Ley 9a. de 1989 no se desprende que tal cambio o sustitución deba ser inmediato o concomitante a la conversión del bien de uso público en bien fiscal.

El artículo 3o. del Acuerdo demandado señala que con el producto de la venta de la Plaza que ocupa la atención de la Sala se adquirirán o construirán inmuebles destinados a ubicar a las personas que ocupaban dicha Galería Central. Lo anterior significa que las nuevas edificaciones o inmuebles que se adquieran con el producto de la venta de la Plaza tendrán igual destinación a la de ésta, dándose así cumplimiento a lo prescrito en el artículo 6o. de la citada ley.

En cuanto a que para el cambio de destinación de un bien es necesario que exista previamente un contrato entre las entidades que canjean los bienes, esta Corporación considera que por la misma razón expuesta anteriormente dicha afirmación no puede tenerse como argumento para deprecar la nulidad de las disposiciones impugnadas, amén de que el recurrente no cita la norma en que basa su censura.

De otra parte, el apelante considera que el Acuerdo No. 030 de 10 de junio de 1991, viola normas superiores al haber sido expedido con abuso y desviación de poder, haciendo referencia únicamente al artículo 211 de la Constitución Política.

Frente a este cargo la Sala no se pronunciará, toda vez que el recurso de apelación se encuentra limitado por el petitum y por la causa petendi, no tratándose de una nueva demanda, como lo pretende el recurrente, al añadir nuevos cargos a los inicialmente señalados en el libelo por él presentado, pues la finalidad de dicho recurso es que el superior examine la decisión del fallador de primera instancia con base en los mismos elementos fácticos y jurídicos por éste conocidos.

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

FALLA:

1o) **CONFÍRMASE** la sentencia apelada.

2o) 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 11 de mayo de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

USO DEL SUELO/ÁREA METROPOLITANA/JUNTA METROPOLITANA-Facultades/**CONSEJO MUNICIPAL**-Facultades

Es incuestionable la competencia de las Juntas Metropolitanas para reglamentar el uso del suelo en el territorio colocado bajo su jurisdicción, a la luz de lo prescrito en el artículo 354 literales a) a c) del Decreto Ley 1333 de 1986, en armonía con el artículo 319 de la Constitución Política.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3196. Recurso de apelación contra la sentencia de 27 de octubre de 1994, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia. Actor: GONZALO ÁLVAREZ HENAO.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del Área Metroplitana del Valle de Aburrá contra la sentencia de 27 de octubre de 1994, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia, por la cual se declaró la nulidad del acto acusado.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- El ciudadano GONZALO ÁLVAREZ HENAO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del Acuerdo no. 022 de 30 de julio de 1991 "Por el cual se adopta el plan de

usos del suelo para el sector del Aeropuerto "Enrique Olaya Herrera" y predios aledaños", expedido por la Junta Metropolitana del Valle de Aburrá.

I.2.- En apoyo de su solicitud formuló el siguiente cargo de violación:

El acto acusado viola el artículo 313 numeral 7o. de la Constitución Política, que expresa que corresponde a los Concejos Municipales reglamentar los usos del suelo.

Antes de la expedición de la Constitución Política el Decreto Ley 1333 de 1986 y la Ley 9a. de 1989 atribuían la reglamentación de los usos del suelo a las Juntas Metropolitanas y sus normas prevalecían sobre las expedidas por los Concejos Municipales. A partir de la nueva Carta, vigente cuando se expidió el acto acusado, tal asunto ya no es de competencia de aquéllas sino de éstos.

I.3.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 27 de octubre de 1994, que fue oportunamente apelada por el apoderado de la parte demandada.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para acceder a las pretensiones del actor el *a-quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

1o.): Conforme a los artículos 354 numeral 1o. literal c) del Decreto Ley No. 1333 de 1986; 1o. inciso 4o. y 2o. inciso 1o. de la Ley 9a. de 1989, la reglamentación de los usos del suelo correspondía a las Juntas Metropolitanas. Incluso el artículo 14 numeral 2o. de la Ley 128 de 1994 señaló como función de la Junta Metroplitana la de "Dictar normas sobre uso del suelo urbano y rural en el municipio...".

2o.): El artículo 197 de la anterior Constitución no definía como competencia de los Concejos la que tiene que ver con la reglamentación de los usos del suelo, como si lo hace en forma expresa la Constitución Política de 1991, al disponer esta nueva atribución para ser ejercida por las Corporaciones Edilicias. En consecuencia, ninguna otra autoridad puede arrogarse dicha competencia y por esta razón las Juntas Metropolitanas no pueden establecer reglamentaciones que versen sobre el uso del suelo.

3o.): No podía la Junta Metropolitana ocuparse de un asunto atribuido exclusivamente a los Concejos Municipales por el artículo 313 numeral 7o. de la nueva Carta Política en cuyo caso, por estar vigentes las disposiciones legales antes citadas, se presenta el fenómeno jurídico de la inconstitucionalidad sobreviniente, con fundamento en el artículo 4o. de la Constitución Política, debiendo prosperar las pretensiones de la demanda.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los motivos de inconformidad del recurrente con la sentencia apelada pueden sintetizarse así:

1o.): El artículo 313 de la Constitución Política no puede mirarse en forma independiente y aislada del artículo 319 *ibídem.*

Se requiere distinguir, entre el caso en que un municipio no hace parte de un área metropolitana, de aquel en que dos o más municipios tengan relaciones económicas, sociales y físicas que den al conjunto características de un área metropolitana.

La única forma para que un área metropolitana cumpla con el mandato constitucional del artículo 319, es mediante la atribución de planificación que le otorgaba el Decreto Ley 1333 de 1986 en su artículo 354, vigente cuando se expidió el acto acusado, y que no contradice el citado artículo 319.

2o.): El reglamento de los usos del suelo constituye el principal elemento de los planes de desarrollo y del control del desarrollo físico y social, a que se refiere el artículo 2o. de la Ley 9a. de 1989.

3o.): El Consejo de Estado en sentencia de 11 de marzo de 1993 (Expediente no. 2227, Consejero Ponente, doctor Miguel González Rodríguez), reiteró que la competencia para reglamentar el uso del suelo en el territorio colocado bajo la jurisdicción o autoridad de un área metropolitana, conforme al artículo 354 literales a) y c) del Decreto Ley 1333 de 1986, que guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 319 de la Carta Política, la siguen conservando las Juntas Metropolitanas, no obstante lo previsto en el artículo 313 numeral 7o. *ibídem,* porque no es posible concebir una entidad encargada de programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad, sin competencia o facultad de reglamentar el uso de la tierra de los diferentes municipios que integran el área.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Esta Corporación, en sentencia de 11 de marzo de 1993 (Expediente no. 2227, Actor: Jorge Rodrigo Gómez Gómez, Consejero Ponente, doctor Miguel González Rodríguez) precisó, y ahora se reitera, que es incuestionable la competencia de las Juntas Metropolitanas para reglamentar el uso del suelo en el territorio colocado bajo su jurisdicción, a la luz de lo prescrito en el artículo 354 literales a) a c) del Decreto Ley 1333 de 1986, en armonía con el artículo 319 de la Constitución Política.

Sobre el particular, dijo la Sala en la precitada sentencia:

> "...La reglamentación del uso del suelo en poblaciones de menos o más de 100.000 habitantes, según lo dispuesto tanto en el decreto ley 1333 de 1986 (C. de R.M.), como en la Ley 9a. de 1989 sobre Planes de Desarrollo Municipal, Compraventa y Expropiación de Bienes (ley de Reforma Urbana), que modificó algunos de los artículos de aquella sobre el particular, ha correspondido a los Concejos Municipales, y, por excepción a las Juntas Metropolitanas cuando dos o más municipios de un mismo Departamento, cuyas relaciones den al conjunto las características de un área metropolitana, la ley las organice como tales, bajo autoridades y régimen

especiales, como lo preceptuaba el artículo 198 de la Constitución anterior, o cuando dos o más municipios tengan relaciones económicas, sociales y físicas, que den al conjunto características de un área metropolitana, y se organicen como entidad administrativa encargada de programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad, etc, como lo prescribe el artículo 319 de la Constitución de 1991.

De manera, que no se puede sostener válidamente, como lo expresa el accionante-recurrente que mediante el artículo 313 de la actual Carta, en cuanto le señaló expresamente a los Concejos Municipales la competencia para reglamentar el uso del suelo, se le presumió, por consiguiente, esa competencia que provenía de la ley, a las Juntas Metropolitanas, pues es claro, como se ha dicho, que los dos organismos la han tenido aún cuando excluyéndose de de los Concejos Municipales, como lo expresa el *a-quo,* cuando las entidades territoriales respectivas se han organizado como entidad administrativa encargada de programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo la autoridad de un Área Metropolitana, pues es evidente que no pueden darse en esa materia, y en ninguna otra, competencias concurrentes.
..., como ya se dijo, esa facultad o competencia la tuvieron tanto Concejos Municipales como Juntas Metropolitanas en la vigencia del ordenamiento constitucional anterior, y la conservan las últimas no obstante lo dispuesto en el artículo 313-7 de la C.N., en razón de que no sería posible concebir a una entidad encargada de programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad –terminología que no se encontraba en el artículo 198 de la Constitución de 1886–, como reza el artículo 319 de la actual, sin la competencia o facultad de reglamentar el uso de la tierra de los diferentes municipios que integran el Área Metropolitana.

Obsérvese, por otra parte, que mientras el indicado artículo 198 de la Carta de 1886, expresaba que "Para la mejor administración o prestación de servicios públicos de dos o más Municipios de un mismo Departamento, cuyas relaciones den al conjunto las características de un área metropolitana, la ley podrá organizarlos como tales...", el artículo 319 de la actual Constitución no se refiere exclusivamente a la administración o prestación de servicios públicos, sino que antecede a esa actividad administrativa, la función del ente que se organice de "programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad...", lo cual, ineluctablemente, determina que se encuentre implícita la función de reglamentar el uso del suelo para el logro de esos objetivos."

Lo procedente conduce a la Sala a revocar la sentencia apelada, para disponer, en su lugar, la denegatoria de las súplicas de la demanda, y así se hará en la parte resolutiva de esta providencia.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone:

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

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 11 de mayo de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera la jurisprudencia de marzo 11 de 1993, Exp. 227, Actor: Jorge Rodríguez Gómez Gómez, Ponente Dr. Miguel González Rodríguez.

REPETICIÓN DEL PRESUPUESTO-Causales/**APROBACIÓN DEL CONCEJO/ OBJECIONES DEL ALCALDE**-Procedimiento

El artículo 51 de la ley 38 de 1989 resulta incompatible con el artículo 348 de la Constitución Política en cuanto prevé la repetición del presupuesto de la vigencia fiscal del año anterior en el evento de que el Congreso, en este caso el Concejo, no expida o apruebe el proyecto presentado por el Ejecutivo. En efecto, la disposición contenida en el artículo 348 de la Carta Política consagra dos situaciones diferentes; que el congreso no expida o apruebe el presupuesto; o que el Gobierno no presente oportunamente el proyecto de presupuesto. Para la primera situación prevé como solución que rija el proyecto del presupuesto presentado por el Gobierno dentro de los términos previstos en el artículo 347 *ibídem;* y para la segunda, ordena que rija el presupuesto aprobado para el año o vigencia fiscal anterior. Resulta claro para la Sala, por consiguiente, que para que el Alcalde estuviera habilitado para ordenar la repetición del presupuesto era menester que el concejo no lo hubiera aprobado. Esta circunstancia no se dio en el evento sub lite ya que el proyecto de acuerdo contentivo del presupuesto de Rentas y Costos del Municipio de San Luis para la vigencia fiscal de 1994, fue presentado oportunamente por el Alcalde y aprobado también oportunamente por el Concejo; el Alcalde le hizo objeciones que fueron rechazadas, por lo cual se remitió al Tribunal Administrativo del Tolima para que decidiera sobre las mismas. Del contenido de las normas del C. de R.M., relativas a las objeciones, su trámite y resolución, no se desprende la facultad del alcalde Municipal para adoptar decisión alguna antes de que el Tribunal Administrativo se pronuncie sobre aquéllas. Y es que si, como en este caso,

las objeciones que con posterioridad a los actos acusados fueron declaradas válidas no afectan la totalidad o en su conjunto el proyecto de presupuesto, menos aún podría darse la repetición del presupuesto de la vigencia anterior. Obsérvese como la ley 38 de 1989, aplicables a las entidades territoriales por mandato de su artículo 94, y vigente cuando se expidieron los actos acusados, consagra efectos diferentes cuando se declara inexequible la ley que aprueba el presupuesto General de la Nación en su conjunto o cuando solo se afectan algunos renglones o apropiaciones. Así en el artículo 83 prevé que si declara la inexequibilidad de la ley que aprueba el Presupuesto General de la Nación en SU CONJUNTO, "CONTINUARÁ RIGIENDO EL PRESUPUESTO DEL AÑO ANTERIOR, REPETIDO DE ACUERDO CON LAS NORMAS DEL PRESENTE ESTATUTO" el artículo 84 ibídem estatuye que cuando tal declaratoria afecta alguno o algunos de los renglones "el Gobierno suprimirá apropiaciones por una cuantía igual a la de los recursos afectados"; y que si dicha decisión afectare algunas apropiaciones "el Gobierno pondrá en ejecución el presupuesto en la parte declarada exequible o anulada y contracreditará las apropiaciones afectadas".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mayo mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3215. Recurso de apelación contra la sentencia de 13 de diciembre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima. Actor: PERSONERO MUNICIPAL DE SAN LUIS.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Personero Municipal de San Luis (Tolima) contra la sentencia de la referencia, por la cual el Tribunal Administrativo del Tolima denegó las pretensiones de la demanda incoada en ejercicio de la acción de nulidad contra los Decretos Nos. 009 de 24 enero y 018 de 3 de febrero de 1994, expedidos por el Alcalde del Municipio de San Luis.

I.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las pretensiones de la demanda consideró el *a-quo,* en síntesis, lo siguiente:

1o): Sostiene el demandante que el Decreto 09 de 24 de enero de 1994 es nulo porque con su expedición el señor Alcalde de San Luis violó los artículos 51 de la Ley 38 de 1989 y 348 de la Carta Política, ya que habiendo objetado éste el proyecto de Acuerdo, objeción que fue declarada infundada por el Concejo Municipal, por lo cual lo envío al Tribunal Administrativo para que dirimiera el conflicto, debía esperar el fallo respectivo y no, motu proprio, proceder a dictar el Decreto acusado.

Ciertamente el Alcalde formuló objeciones al proyecto de Acuerdo del Presupuesto de Rentas y Gastos para la vigencia fiscal de 1994 y éstas fueron declaradas infundadas por el Concejo por lo cual el Jefe del Ejecutivo lo remitió al Tribunal, quien en sentencia de 11 de marzo de 1994 declaró fundadas dichas objeciones.

Sabido es que el Alcalde puede objetar el Acuerdo sobre presupuesto por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia y si el Concejo declara infundadas las objeciones debe pasar el proyecto en el término de 10 días al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste decida la controversia y si, como en este caso, se declaran fundadas tales objeciones, regirá para la respectiva vigencia el presupuesto del año anterior, con las modificaciones que se le hayan introducido como créditos adicionales, etc., etc.

En el presente caso en verdad el señor Alcalde se apresuró al expedir el Decreto 09 de 24 de enero de 1994, pero como la sentencia le dio vía libre para repetir el presupuesto de 1993 con todas las modificaciones introducidas, esa irregularidad quedó subsanada.

Se extraña el demandante de que el Decreto acusado diga que adopta el Decreto 097 de 1992 y a renglón seguido se varíe o modifique de $515.820.371.oo, a que ascendía el presupuesto de 1993 y eleve el de 1994 a $828.524.840.95.

Para la Sala, partiendo de la base de que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, y teniendo en cuenta que el Decreto demandado se refiere al Decreto 097 de 1992 con todas sus modificaciones, hay que entender que si bien el presupuesto inicial de 1993 fue tasado en $518.820.371.oo, con todas sus modificaciones y adiciones hechas hasta el 31 de diciembre de 1993, ascendió a la suma de $828.524.840.95.

Como el demandante no acompañó la totalidad de las modificaciones hechas a dicho presupuesto, para corroborar su afirmación, continúa incólume la presunción de legalidad del Decreto 09 de 24 de enero de 1994.

2o): Está igualmente inconforme el demandante con el Decreto 018 de 3 de febrero de 1994 porque éste ordena que el Decreto 09 de 24 de enero de 1994 rige a partir del 1o. de enero de 1994. A tiempo que el tantas veces citado Decreto 09 dice regir a partir de su publicación, no siendo entonces una aclaración sino una modificación, y que como las leyes y decretos rigen hacia el futuro, el citado Decreto 018 está en contravía de la ley.

No asiste razón al demandante por cuanto si bien es cierto que las leyes y decretos no rigen en forma retroactiva, la expedición del Decreto acusado era inocua ya que de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 265 1333 de 1986 los presupuestos municipales se formarán para períodos anuales contados del 1o. de enero al 31 de diciembre. Y si el Decreto 09 contiene el presupuesto de rentas y gastos del Municipio de San Luis para 1994, se deduce que rige del 1o. al 31 de diciembre y, por ende, no era

necesario recalcar que el mencionado acto administrativo entraba a regir a partir del 1o. de enero de 1994.

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de inconformidad del recurrente pueden sintetizarse así:

1o): Hay que dejar en claro que las objeciones declaradas fundadas por el Tribunal se refieren a cinco (5) rubros del presupuesto y no a su totalidad y el fallo en ninguna de sus partes le da expresa facultad al Alcalde para repetir el presupuesto de 1993 con todas las modificaciones introducidas. Así las cosas, debe acudirse a lo preceptuado en los artículos 83 y 84 de la Ley 38 de 1989 para determinar el verdadero alcance del fallo de 11 de marzo de 1994, en el cual se declaran válidas las objeciones formuladas por el Alcalde.

De conformidad con el artículo 83 de la citada ley, solo en caso de inexequibilidad, nulidad o suspensión provisional de la totalidad del acto que aprueba el presupuesto rige el del año anterior, porque para el caso de que la inexequibilidad, nulidad o suspensión solo afecte alguno o algunos de los renglones del presupuesto el artículo 84 *ibídem* prevé un trámite propio y no existe fundamento jurídico alguno para afirmar que tales pronunciamientos autorizan a la Administración para repetir la totalidad del presupuesto del año anterior porque entonces donde queda la presunción de legalidad de la parte del acto que no fue demandada ni declarada inexequible, nula o suspendida?.

Lo correcto era remitir al Concejo el proyecto de Acuerdo acompañado del fallo correspondiente para que la corporación edilicia cumpliera con su obligación de aprobar el Acuerdo acogiendo las objeciones declaradas fundadas.

2o): Se pide la declaratoria de nulidad del Decreto 018 de 3 de febrero de 1994 y el Tribunal con extrema ligereza se abstiene de estudiar la pretensión con el argumento de la inocuidad.

Se está abriendo un amplio boquete para la violación del artículo 345 de la Carta Política.

Si el Decreto 09 se expidió el 24 de enero de 1994 y es precisamente el acto administrativo que contiene el presupuesto, percibir ingresos y efectuar gastos entre el 1o. de enero y el 24 del mismo mes, cuando aún no existía presupuesto, no viola el citado artículo 345?. La expedición de dicho Decreto subsana las violaciones consumadas a esa fecha?.

Si el artículo 265 del Decreto ley 1333 de 1986 permitiera que los presupuestos se expidieran en cualquier tiempo, los municipios podrían expedir los presupuestos cumplidos en junio, septiembre o diciembre, haciéndolos retroactivos al 1o. de enero.

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado estima que debe confirmarse la sentencia apelada por cuanto la circunstancia de haberse objetado el proyecto de Acuerdo contentivo del presupuesto y de encontrarse para examen del Tribunal le imponía a la Administración proveer lo conducente a fin de evitar una parálisis en la gestión municipal.

En lo que no parece tener razón el Tribunal es en la apreciación que deja entender que aún después del pronunciamiento del Tribunal Administrativo, que declaró fundadas las objeciones, pueda seguir vigente el Decreto de repetición del presupuesto anterior ya que lo procedente es la entrada en vigencia del nuevo presupuesto. Pero este punto no es objeto de debate en el juicio.

IV.- LA DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero advertir que el artículo 51 de la ley 38 de 1989 resulta incompatible con el artículo 348 de la Constitución Política en cuanto prevé la repetición del presupuesto de la vigencia fiscal del año anterior en el evento de que el Congreso, en este caso el Concejo, no expida o apruebe el proyecto presentado por el Ejecutivo.

En efecto, la disposición contenida en el artículo 348 de la Carta política consagra dos (2) situaciones diferentes: que el Congreso no expida o apruebe el presupuesto; o que el Gobierno no presente oportunamente el proyecto de presupuesto. Para la primera situación prevé como solución que rija el proyecto de presupuesto presentado por el Gobierno dentro de los términos previstos en el artículo 347 *ibídem;* y para la segunda, ordena que rija el presupuesto aprobado para el año o vigencia fiscal anterior.

De tal manera que en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 4o. de la Constitución Política la situación antes señalada del artículo 51 de la Ley 38 de 1989 debe inaplicarse.

Resulta claro para la Sala, por consiguiente, que para que el Alcalde estuviera habilitado para ordenar la repetición del presupuesto era menester que el Concejo no lo hubiera aprobado.

Esta circunstancia no se dio en el evento *sub-lite* ya que el proyecto de acuerdo contentivo del Presupuesto de Rentas y Gastos del Municipio de San Luis para la vigencia Fiscal de 1994, fue presentado oportunamente por el Alcalde y aprobado también oportunamente por el Concejo; el Alcalde le hizo objeciones que fueron rechazadas, por

lo cual se remitió al Tribunal Administrativo del Tolima para que decidiera sobre las mismas.

Advierte la Sala que so pretexto de no entorpecer la gestión municipal no puede quebrantarse la disposición constitucional que regula expresamente el caso en el cual es procedente la repetición del presupuesto, así como tampoco las normas que regulan el trámite del procedimiento que debe utilizar el Tribunal Administrativo para decidir con prontitud las objeciones formuladas a los proyectos de Acuerdo.

Del contenido de las normas del C. de R.M., relativas a las objeciones, su trámite y resolución, no se desprende la facultad del Alcalde Municipal para adoptar decisión alguna antes de que el Tribunal Administrativo se pronuncie sobre aquéllas. Y es que si, como en este caso, las objeciones que con posterioridad a los actos acusados fueron declaradas válidas no afectaban la totalidad o en su conjunto el proyecto de presupuesto, menos aún podía darse la repetición del presupuesto de la vigencia anterior.

Obsérvese como la Ley 38 de 1989, aplicable a las entidades territoriales por mandato de su artículo 94, y vigente cuando se expidieron los actos acusados, consagra efectos diferentes cuando se declara inexequible la ley que aprueba el Presupuesto General de la Nación en su conjunto o cuando solo se afectan algunos renglones o apropiaciones. Así en el artículo 83 prevé que si se declara la inexequibilidad de la ley que aprueba el Presupuesto General de la Nación EN SU CONJUNTO. "CONTINUARÁ RIGIENDO EL PRESUPUESTO DEL AÑO ANTERIOR. REPETIDO DE ACUERDO CON LAS NORMAS DEL PRESENTE ESTATUTO" (Las mayúsculas son de la Sala). El artículo 84 *ibídem* estatuye que cuando tal declaratoria afecta a alguno o algunos de los renglones "el Gobierno suprimirá apropiaciones por una cuantía igual a la de los recursos afectados": y que si dicha decisión afectare algunas apropiaciones "el Gobierno pondrá en ejecución el Presupuesto en la parte declarada exequible o anulada y contracreditará las apropiaciones afectadas".

Ante el claro quebranto del artículo 348 de la Constitución Política, invocado por el actor como infringido, debe la Sala revocar la sentencia apelada para en su lugar disponer la declaratoria de nulidad de los actos acusados.

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:

REVÓCASE la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone: **DECLÁRESE** la nulidad de los Decretos Nos. 009 de 24 de enero y 018 de 3 de febrero de 1994, expedidos por el Alcalde Municipal de San Luis (Tolima).

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DEL ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 11 de mayo de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

INSPECCIÓN ADUANERA/APREHENSIÓN DE MERCANCÍAS-Causales/**NUEVA CAUSAL/COMPETENCIA/GOBIERNO NACIONAL/UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE ADUANAS**

De la simple lectura de las anteriores disposiciones legales, para la Sala es incuestionable que si en ninguna de ellas se consagra como causal de aprehensión de las mercancías la de descargarse sin autorización del funcionario del grupo de registro de documentos, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas Nacionales, no podía crear una nueva conducta para proceder a dicha aprehensión, ya que la competencia exclusiva y excluyente para ello, como concerniente al régimen de aduanas, está radicada en el Gobierno Nacional, en desarrollo de las normas generales que expida el Congreso de la República, de conformidad con lo previsto por los artículos 150 numeral 19 literal c) y 189 numeral 25 de la Constitución Política. Es elemental que la conducta de no entregar los documentos de transporte a la Aduana, a que se refiere dicha norma como causal de aprehensión y decomiso de las mercancías, es sustancialmente distinta de la de descargarla sin medir la autorización del funcionario del grupo de registro de documentos, ya que de ésta última no es posible deducir válidamente que el transportador procedió a dicho descargue omitiendo su obligación de presentar los aludidos documentos de transporte. Sin perjuicio de lo expuesto, y en cuanto hace relación al argumento de la defensa según el cual los artículos 13 y 52 del Decreto 2117 de 1992 que se citan como violados facultan a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para dictar instrucciones tendientes a facilitar el cumplimiento de las exigencias legales y reglamentarias, la Sala considera que al ejercicio de tales facultades en

ningún momento puede darse el alcance que implícitamente se le pretende atribuir, es decir, el de crear nuevas conductas para la aprehensión de mercancías, como al efecto se procedió en el acto acusado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3027. Actor: ÓSCAR MAURICIO BUITRAGO RICO.

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 Oscar Mauricio Buitrago Rico en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A. con la finalidad de obtener declaratoria de nulidad del inciso cuarto del numeral 3.2.1., Capítulo I, de la Orden Administrativa 0001 de 31 de diciembre de 1992, "por la cual se fijan los procedimientos para el desarrollo de la inspección aduanera en los lugares de arribo y antes del levante de la mercancía", proferida por la Unidad de Aduanas Nacionales, Subdirección de Fiscalización (hoy Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN-).

I.- ANTECEDENTES

a.- El acto acusado

Este forma parte del numeral 3.2.1. del Capítulo I de la mencionada Orden Administrativa, en el cual se consagran los eventos en que se requiere inspección de las mercancías que ingresen al territorio nacional por parte de los funcionarios de la Dirección de Aduanas Nacionales, y su texto es el siguiente:

> "Cuando se encuentre que la mercancía fue descargada sin la autorización del funcionario del grupo de registro de documentos, se procederá a su inmediata aprehensión conforme a lo dispuesto en el artículo 72 del Decreto 1909 de 1992, evento en el cual las mercancías deberán ser trasladadas a la bodega de inspección donde se levantará la correspondiente acta en presencia del representante del transportador".

b.- Los hechos de la demanda

Ellos se contraen básicamente a indicar el contenido del acto acusado y a hacer referencia a las disposiciones legales que regulan los trámites correspondientes a la llegada de mercancías al país y su descargue de los medios de transporte, al igual que aquellas que establecen la estructura y determinan las funciones de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y las que reglamentan diversos aspectos sobre registro de los documentos de viaje, entrega y envío de las mercancías, declaración de importación, etc.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que, expresadas en su demanda, se sintetizan a continuación (fls. 126 a 139):

Primer cargo.- Violación del artículo 72 del Decreto 1909 pues mientras esta norma establece como causales de aprehensión y decomiso de mercancías por no presentación de las mismas a la autoridad aduanera las siguientes: "cuando no se entregaron los documentos de transporte a la Aduana, cuando la introducción se realizó por lugar no habilitado del territorio nacional, o cuando la mercancía no se relacionó en el manifiesto de carga o fue descargada sin la previa entrega del manifiesto de carga a la Aduana", el inciso acusado le agrega una más: "Cuando se encuentre que la mercancía fue descargada sin autorización del funcionario del grupo de registro de documentos..." con lo cual, al remitirse la Orden administrativa 001/92 al contenido del artículo 72 del Decreto 1909/92, está ordenado un decomiso de mercancías que el legislador no contempló, violando así la citada norma.

De otra parte, añade el actor, se debe tener en cuenta que aquello que pretende la indicada norma es que la mercancía ingrese al país amparada en documentos y que estos se entreguen a la autoridad aduanera antes de su descargue a fin de que se ejerza el debido control por parte de la Aduana al cotejar los documentos con las mercancías arribadas; si se incumple con dicha obligación, la Aduana debe proceder a la prehensión de los bienes. Agrega que, por el contrario, la aplicación del acto acusado a la aprehensión de las mercancías a pesar de que previamente a su descargue se hayan entregado los documentos a la Aduana, pero no se haya esperado la orden de descargue del funcionario del grupo de registro, lo cual no fue la intención del legislador.

Segundo cargo.- Violación del artículo 8o. de la Resolución 0371 de 1992. "por la cual se reglamenta parcialmente el Decreto 1909 del 27 de noviembre de 1992", expedida por el Director de Aduanas Nacionales, pues dicha norma, integrada en el capítulo sobre "Recepción y registro de los documentos de viaje", habla de la autorización del descargue de las mercancías como un paso más dentro del trámite de documentos y no le imprime ninguna formalidad ni la trata como causal de aprehensión.

De otra parte, "existiendo los documentos de transporte y siendo ellos entregados a la Aduana dentro del tiempo estipulado en el artículo 72 del Decreto 1909 (antes del descargue) la autorización del descargue debe proferirse; de no existir documentos o no entregarse en tiempo, la autorización no se producirá pero la aprehensión se efectúa en virtud de la no entrega de los documentos y no en la falta de autorización".

Tercer cargo.- Violación del artículo 63 del Decreto 1909 de 1992, que consagra el principio de eficacia, el cual ordena que en desarrollo de las operaciones aduaneras "debe siempre prevalecer el servicio ágil y oportuno al usuario aduanero, para facilitar y dinamizar el comercio exterior..." y la Orden Administrativa 001 al crear una nueva causal

de aprehensión y decomiso de mercancías entorpece y obstaculiza la agilidad requerida en el comercio exterior, razón por la cual viola este principio.

Cuarto cargo.- Violación del artículo 64 *ibídem* que consagra el principio de justicia y ordena a los funcionarios aduaneros con atribuciones de fiscalización y control, observar siempre "un revelante espíritu de justicia, y tener en cuenta que el Estado no aspira a que el usuario aduanero se le exija más que aquello que la misma ley pretende, y que en el ejercicio de la labor de investigación y control que tiene como objetivo detectar la introducción de mercancías sin el cumplimiento de las normas aduaneras, con prevalencia sobre la realización de trámites meramente formales", pues el inciso demandado va más allá de lo que el Estado pretende, y traiciona el contenido de su voluntad manifestada en el decreto 1909, artículo 72, al implantar una nueva causal de aprehensión, creando además unas formalidades inexistentes en las normas de superior jerarquía.

Quinto cargo.- Violación del artículo 2o. de la Constitución Nacional que establece como uno de los fines de las autoridades de la República, la protección de los bienes de las personas, pues el acto acusado, al permitir "expropiar" los bienes de un particular por el incumplimiento a una formalidad por él creada, contradiciendo la voluntad del legislador, está rompiendo el orden justo establecido por éste e irrespeta la protección a los bienes de los administrados.

Sexto cargo.- Violación del artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo que establece que el objeto de las actuaciones administrativas, como principio general a tener en cuenta por los funcionarios, es entre otros aspectos "el cumplimiento de los objetivos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados", principios estos que, son desconocidos por la norma acusada por cuanto si el legislador no dijo que la falta de autorización del funcionario del grupo de registro de documentos para el descargue de las mercancías es causal de aprehensión y decomiso, el Director de Aduanas Nacionales no la puede crear por vía de interpretación y reglamentación, pues incumple con la eficacia y celeridad que ordena la Constitución Nacional al así como son los cometidos estatales.

Séptimo cargo.- Desviación de las atribuciones propias del funcionario que expidió el acto acusado, pues si como fundamento legal para hacerlo invocó el artículo 52 del Decreto 2117 de 1992, esta norma otroga facultades al Subdirector de Fiscalización de la Dirección de Impuestos de Aduanas Nacionales para ejercer tareas de fiscalización, pero nunca para legislar o reglamentar normas de carácter superior.

De otra parte, "dentro del mismo Decreto 2117/92, en el literal f) del artículo 13, el legislador invistió de atribuciones al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales para interpretar las normas aduaneras en su carácter técnico, pero nunca para reformar decretos o cambiar el espíritu del legislador". Por ello, el acto acusado "...al crear una nueva causal de aprehensión y decomiso de mercancías va más allá de lo dicho por el legislador, violando las atribuciones dadas por el mismo legislador para interpretar, que es muy diferente a sustituir el papel del legislador"

d.- Las razones de la defensa

En el escrito de contestación de la demanda y en el alegato de conclusión la parte demandada expresa los argumentos que se sintetizan a continuación (fls. 176 A 181 y 198 a 203):

En relación con el primer cargo.- El acto acusado no quebranta el artículo 72 del Decreto 1909 de 1992, pues él se refiere a las dos causales que sobre omisión de documentos consagra dicha norma para tener la mercancía como no presentada. "Efectivamente, si no se entregan los documentos de transporte a la Aduana o la mercancía se descarga sin la entrega previa del manifiesto de carga de la Aduana, el funcionario responsable del registro de documentos no podrá autorizar su descargue y además, impondrá una sanción cuando sin cumplir con estos requisitos la mercancía se descarga".

De otra parte, debe tenerse en cuenta que la causal de aprehensión establecida en el acto acusado es una simple modalidad del primer evento de aprehensión y decomiso previsto en el artículo 72 inciso segundo del Decreto 1909 de 1992, es decir, "cuando no se entregaron los documentos de transporte de la Aduana", pues el artículo 4o. inciso tercero del Decreto 1105 de 1992 señala que si la empresa transportadora de la mercancía no presenta el manifiesto de carga o se hallare mercancía no relacionada en él, se aprehenderá de inmediato para proceder a declarar su decomiso.

En relación con el segundo cargo.- De la lectura del artículo 8o. de la Resolución No. 0371 de 1992 se aprecia "...quien es el funcionario responsable en la recepción y verificación de los documentos que amparan la mercancía importada, para luego autorizar el descargue de las mercancías debe hacerse entrega de la documentación completa y diligenciada en debida forma que las ampara, de lo contrario se impone la sanción de aprehensión como claramente lo estipula el artículo 72 del Decreto 1909 de 1992".

En relación con el tercer cargo.- No se observa cómo puede interferir en el dinamismo del comercio exterior la implantación de controles elementales para el ingreso de mercancías al país. Además, "no contar con la verificación de los documentos propios de la importación como la recalca la disposición acusada, sería dar vía libre al contrabando de mercancías...".

En relación con el cuarto cargo.- Mediante el acto acusado se ejerce a cabalidad el principio de justicia previsto en el artículo 64 del Decreto 1909 de 1992, pues "...está obedeciendo el Decreto 1909 de 1992 con fuerza de ley y su resolución reglamentaria No. 0371 del mismo año...".

En relación con el quinto cargo.- Tampoco se incurre en violación del artículo 2o. de la Carta Política, pues, en primer término, el acto demandado no crea causal alguna de pérdida de mercancía sino simplemente desarrolla normas superiores para instruir a los funcionarios encargados de aplicarlas y, en segundo lugar, "...no es contrario al derecho de propiedad de aprehender mercancía proveniente del exterior que no viene al

país amparada en los documentos que exige la ley; es simplemente evitar que se incurra en una conducta impropia, calificada como infracción administrativa aduanera de contrabando, la cual de ocurrir, obviamente va a estar sancionada como lo prescribe la ley".

En relación con el sexto cargo.- El acto acusado no quebranta el artículo 2o. del C.C.A., pues reconoce los derechos de los administrados "...amparados por leyes, decretos y resoluciones".

En relación con el séptimo cargo.- Los artículos 13 y 52 del Decreto 2117 de 1992 que se citan como violados facultan al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales para dictar instrucciones y normas tendientes a facilitar el cumplimiento de exigencias legales y reglamentarias, tal como efectivamente se ha procedido mediante el acto acusado.

e.- La actuación surtida

A la demanda se le dio el trámite previsto en el Código Contencioso Administrativo para el proceso ordinario. dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 6 de septiembre de 1994 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado (fls. 152 a 160).

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 demandada y el último de los mencionados (fls. 191 a 203).

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el escrito que lo contiene, la señora Procuradora Novena Delegada ante esta Corporación, luego de referirse al contenido de los artículos 72 del Decreto 1909 de 1992 y 1 literal a) del Decreto 1750 de 1991, concluye que en el acto acusado se estableció una nueva causal de aprehensión de mercancías, creando un nuevo concepto sobre esa materia no contemplando en dichas normas, pues en ellas no se señala que haya lugar a la aprehensión cuando se encuentre que la mercancía fue descargada sin autorización del funcionario del grupo de registro de documentos.

Agrega que de acuerdo con la Resolución No. 0371 de 1992, el funcionario del grupo de documentos, dentro del trámite de recepción y registro de documentos de viaje, está facultado para autorizar el descargue de la mercancía una vez verificados los requisitos de que habla el primer inciso de su artículo 8o., pero que dicha resolución no establece que si no autoriza el descargue se proceda a la aprehensión de la misma.

Manifiesta no compartir la apreciación de la demandada en el sentido de que la causal de aprehensión establecida en el acto acusado sea simple modalidad del segundo evento consagrado en el artículo 72 inciso segundo del Decreto 1909 de 1992, por cuanto en los supuestos fácticos que dan lugar a ella no se encuentra el que la mercancía sea descargada

sin la autorización del funcionario del grupo de registro de documentos y, además, porque el hecho de la no presentación del manifiesto de carga por parte de la empresa transportadora está subsumido en la mencionada disposición legal, cuya expedición se produjo con posterioridad al Decreto 1105 de 1992.

Con fundamento en lo anterior, solicita declarar la nulidad del acto acusado.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo, en el actual se plantea la violación del artículo 72 del Decreto 1909 de 1992 por parte del acto acusado, debido a que, en criterio del demandante, establece una nueva causal de aprehensión de las mercancías importadas no contemplada en dicha norma, consistente en descargar la misma sin la autorización del funcionario del grupo de registro de documentos, la Sala observa y considera lo siguiente:

Señala la mencionada disposición legal:

> "ARTÍCULO 72. MERCANCÍA no declarada o no presentada. Se entenderá que la mercancía no fue declarada, cuando no se encuentra amparada por una declaración de importación, cuando en la declaración se haya omitido la descripción de la mercancía o ésta no corresponda con la descripción declarada, o cuando la cantidad encontrada sea superior a la señalada en la declaración.
>
> "Se entenderá que la mercancía no fue presentada, cuando no se entregaron los documentos de transporte a la Aduana, cuando la introducción se realizó por lugar no habilitado del territorio nacional, o cuando la mercancía no se relacionó en el manifiesto de carga o fue descargada sin la previa entrega del manifiesto de carga a la Aduana.
>
> "En estos eventos, así como en los demás que se encuentran previstos en el literal a) del artículo 1o. del decreto 1750 de 1991, procederá la multa de que trata el inciso primero del artículo 3o. del citado decreto, equivalente al 50% del valor de la mercancía, sin perjuicio de su aprehensión y decomiso. Lo anterior, siempre que la mercancía no haya sido legalizada mediante rescate".

De conformidad con la norma transcrita, también hay lugar a la aprehensión y decomiso de la mercancía en los eventos previstos en el artículo 1o. literal c) del Decreto 1750 de 1991, cuales son:

> "1. Importar o exportar mercancías de prohibida importación o exportación.
>
> "2. Importar o exportar o intentar exportar mercancías sin presentarlas o declararlas ante la autoridad aduanera, o por lugares no habilitados.
>
> "3. Sustraer del control de la Aduana mercancía que no haya sido despachada para consumo o respecto de la cual no se haya autorizado Régimen Aduanero alguno.

"4. Transportar, almacenar, tener, poseer, adquirir, vender, permutar, ocultar, usar, dar o recibir el depósito, destruir o transformar mercancía introducida al país de contrabando, sin participar en los hechos descritos anteriormente. Ser propietario, administrador o tenedor de trilladoras o tostadoras de café que funcionen sin autorización de la Dirección General de Aduanas.

5. Tener, poseer o almacenar café en lugares no autorizados, o transportarlo por rutas distintas de las autorizadas, o en medio de transporte no inscrito en la Dirección General de Aduanas, sin la guía de tránsito o certificado de revisión.

"6. Intervenir, sin permiso de autoridad competente, en el traspaso o matrícula irregular de automotor importado temporalmente o de contrabando.

"7. Sin permiso de autoridad competente, poner en libre circulación mercancías de circulación restringida tales como las importadas temporalmente para la reexportación en el mismo estado o para perfeccionamiento activo".

De la simple lectura de las anteriores disposiciones legales, para la Sala es incuestionable que si en ninguna de ellas se consagra como causal de aprehensión de las mercancías la de descargarse sin autorización del funcionario del grupo de registro de documentos, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas Nacionales, no podía crear una nueva conducta para proceder a dicha aprehensión, ya que la competencia exclusiva y excluyente para ello, como concerniente al régimen de aduanas, está radicada en el Gobierno Nacional, en desarrollo de las normas generales que expida el Congreso de la República, de conformidad con lo previsto por los artículos 150 numeral 19 literal c) y 189 numeral 25 de la Constitución Política.

De otra parte, la Sala considera que no asiste razón a la demandada en el sentido de que la causal de aprehensión de que se da cuenta en el acto acusado sea una simple modalidad del primer evento previsto en el artículo 72 inciso segundo del Decreto 1909 de 1992, pues es elemental que la conducta de no entregar los documentos de transporte a la Aduana, a que se refiere dicha norma como causal de aprehensión y decomiso de las mercancías, es sustancialmente distinta de la de descargarla sin mediar la autorización del funcionario del grupo de registro de documentos, ya que de esta última no es posible deducir válidamente que el transportador procedió a dicho descargue omitiendo su obligación de presentar los aludidos documentos de transporte.

En consecuencia, encontrándose acreditada la violación del artículo 72 del Decreto 1909 de 1992 en que incurrió la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas Nacionales, Subdirección de Fiscalización, al expedir el acto acusado, la Sala considera que sin necesidad de analizar los restantes cargos formulados en la demanda, puesto que todos ellos giran alrededor de la idea de que la autoridad que expidió el acto acusado creó una nueva causal de aprehensión de mercancías, lo cual es cierto, como quedó establecido en la acusación ya estudiada, la nulidad que se solicita habrá de prosperar, y así se decidirá en la parte dispositiva de este fallo.

Sin perjuicio de lo expuesto, y en cuanto hace relación al argumento de la defensa según el cual los artículos 13 y 52 del Decreto 2117 de 1992 que se citan como violados facultan a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para dictar instrucciones tendientes a facilitar el cumplimiento de exigencias legales y reglamentarias, la Sala considera que al ejercicio de tales facultades en ningún momento puede darse el alcance que implícitamente se les pretende atribuir, es decir, el de crear nuevas conductas para la aprehensión de mercancías, como al efecto se procedió mediante el acto acusado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DECLÁRASE la nulidad del inciso cuarto del numeral 3.2.1. del Capítulo I de la Orden Administrativa 0001 de diciembre 31 de 1992, "por la cual se fijan los procedimientos para el desarrollo de la inspección aduanera en los lugares de arribo y antes del levante de la mercancía", proferida por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas Nacionales, Subdirección de Fiscalización.

Segundo.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercero.- En firme esta sentencia, comuníquese al señor Director de Impuestos y Aduanas Nacionales y archívese el expediente, 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 once de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

DIVISIÓN OPERATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-Funciones/**ADMINISTRADOR DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**-Funciones/**APREHENSIÓN DE MERCANCÍA/COMPETENCIA/ABANDONO DE MERCANCÍA/COMPETENCIA/CONFISCACIÓN DE BIENES**-Diferencias

Si bien es cierto que el artículo 92 del Decreto 2117 de 1992 atribuye a la división operativa de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales la función de "expedir autorizaciones... (...) para adelantar operaciones en materia aduanera que se encuentren bajo control y vigilancia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales", dentro de la cual bien pudiera enmarcarse la relacionada con la solicitud de tránsito aduanero de las mercancías importadas por el actor, no lo es menos y con mayor razón que el artículo 88 literal 1) del mismo Decreto también faculta al Administrador de Impuestos y Aduanas Nacionales para "avocar el conocimiento y competencia de las funciones o asuntos a cargo de las divisiones cuando existan circunstancias que así lo ameriten", a lo cual procedió el Administrador de impuestos y Aduana Especial de Buenaventura. En lo referente al cargo según el cual el Administrador de Impuestos y Aduana Especial de Buenaventura usurpó la competencia de la División de Fiscalización para ordenar la aprehensión de la mercancía, la Sala considera que si bien es cierto que por auto No. 00202 de marzo 30 de 1993 dicho funcionario negó la solicitud de su tránsito aduanero y dispuso que ella"...queda aprehendida", no lo es menos que de conformidad con lo previsto en el artículo 8o. del Decreto 2352 de 1989, el verdadero y único acto de aprehensión se encuentra contenido en el "ACTA DE APREHENSIÓN No. 017/93", suscrita por los

funcionarios de la mencionada división que fueron comisionados para inspeccionar dicha mercancía. Dada la circunstancia que luego de transcurrido el término de dos (2) meses contados desde la llegada de las mercancías al territorio nacional, lo cual se produjo el 4 de marzo de 1993, como aparece en la Declaración de Tránsito Aduanero, sin que el actor hubiese obtenido autorización para su levante de los depósitos en que se encontraba, éstos debían ser necesariamente declarados en abandono en favor de la Nación en los términos del artículo 81 del Decreto 1909 de 1992, en concordancia con el artículo 18 *ibídem,* como en efecto procedió la Administración mediante el primero de los actos acusados cuya declaratoria de nulidad se impetra. En lo relacionado con el cargo de incompetencia de la División de Comercialización para declarar el abandono de las mercancías cabe señalar como se señala en la sentencia recurrida "...que el Director General de Aduanas por la Resolución número 0598 de fecha 5 de marzo de 1993, de distribución de funciones, autorizó a la divisiones de comercialización del país para proferir actos administrativos de abandono de mercancías".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3126. Actor: Jorge Enrique Londoño Torres.

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 Valle del Cauca, Sección Primera, el 31 de agosto de 1994.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano Jorge Enrique Londoño Torres, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el tribunal Administrativo del Valle del Cauca la declararatoria de nulidad de las Resoluciones números 0425 de 18 de mayo de 1993 y 0529 de mayo 31 del mismo año, expedidas por la Jefe de la División de Comercialización de la Aduana Nacional de Buenaventura, mediante los cuales, en su orden, se declara "... en abandono a favor de la Nación mercancía descrita en los considerandos anteriores..." y se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el primero de los citados actos. Igualmente demandó la declaratoria de nulidad de la resolución No. 0077 de 8 de julio de 1993, proferida por el Administrador de Impuestos y Aduana Especial de Buenaventura, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la citada Resolución No. 0425 de 18 de mayo de 1993. Por último, pretende la nulidad del auto No. 00202 de marzo 30 de 1993, expedido por el Administrador de la Aduana Regional de Buenaventura, por el cual

no aprobó el tránsito solicitado por el señor Jorge Enrique Londoño Torres radicado bajo el número 00317 de 24 de marzo de 1993 y ordenó la aprehensión de las mercancías embaladas en los contenedores LYKU 203847-1 y LYKU 208597-7 de 40 pies.

A título de restablecimiento del derecho, el demandante solicitó declarar que la Nación – Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá reconocer y pagarle la suma de US$105.000, que equivalen a $89.250.000 al momento de presentación de la demanda de acuerdo con el tipo de cambio vigente en esa época, que corresponde al valor de los repuestos declarados en abandono tasado por los técnicos aduaneros expertos en valoración de mercancías en Aduana, e igualmente que con los actos acusados se le irrigó lesión patrimonial que empezará a cuantificarse a partir del 30 de marzo de 1993 tomando como base la suma de US$105.000 o su equivalente en pesos al tipo de cambio vigente al momento de la presentación de la demanda, hasta el momento de la liquidación de la condena, sumas que serán ajustadas con base en el índice de precios al consumidor.

b.- Los hechos de la demanda

Son los que a continuación se sintetizan (fls 74 a 90 Cdno. Ppal.):

1. El 23 de diciembre de 1992 la junta de importaciones del Instituto de Comercio Exterior INCOMEX expidió a Jorge Enrique Londoño, en su calidad de importador, las licencias números 008991 y 008992, contenidas en los documentos Nos. C192100 078540 y C 192100 0708541, con una validez de seis (6) meses, es decir, hasta el 30 de junio de 1993, para la introducción al país de mercancías usadas consistentes en:

"1. Motores diesel usados marca CUMMINS referencia NTC (H.P) y NTC 444 (H.P.) 6 cilindros en línea, tipo BIG CAN, combustible ACPM, turbocargados, fabricación 1984, 86; marca Caterpilar, 8 cilindros en V referencia NTC 425 (H.P.) fórmula 4, fabricación 1986, combustible ACPM, turbocargada, todos de 2.100, 2.800 R.P.M., 12.000/14.000 CM3, BC, torque de 182 Kgr a 1.300 R.P.M., precio de nuevos US$1.200.

"2. Cajas de cambio mecánicas usadas marca FULLER T 98, FEF 913, Y 12515 NTC, FABRICACIÓN 1984-86 precio nuevas US$165= todos en cantidad de cuatro (4) por unidades para un total de US$1.840.oo para la licencia 009891.

"Carrocerías de vehículos automóviles de las partidas 87.05, incluso las cabinas.

"1. Cabina completa usada FREIGHT LINER con camarote de 62 pulgadas de ancho, bastidor, capot, radiador y demás accesorios, modelo 1987, precio nueva US$1.800.

"2. Cabina completa usada INTERNATIONAL OVER CAB, Camarote incorporado bastidor, capot, radiador y demás accesorios para su montaje modelo 1984 - 86 precio nuevo US$1.350.

"3. Cabina completa usada marca FREIGHT LINER con camarote de 42 pulgadas de ancho, capot, radiador, y demás accesorios para su montaje, Modelo 1987 precio nueva US$1.800.

"Todos en cantidad de cuatro (4) por unidades para un total de US$2.000 (Dólares) para la licencia No. 008992".

2. Mediante el documento de transporte No. 05100384 de Charleston, referencia No. 183 de 4 de marzo de 1993, le fueron consignadas al señor Londoño las mercancías anteriormente descritas, las cuales estaban embaladas en los contenedores LYKU 203847-1 y LYKU 208597-1 de 40 pies cada uno.

3. Una vez llegaron las mercancías al Puerto de Buenaventura, el accionante inició el trámite del régimen de tránsito aduanero, cuya radicación fue el número 003617 de 24 de marzo de 1993. Antes del respectivo registro se decretó un proceso de fiscalización consistente en la inspección de los contenedores por parte de dos funcionarios aduaneros designados mediante auto comisorio No. 000646 de 25 de mayo de 1993, quienes llegaron a la siguiente conclusión (acta de inspección No. 632 de 26 de marzo de 1993):

"Practicada la inspección física y el inventario se concluye que pertenece a tres (3) tractocamiones de la partida de 87.01.20.00.00 teniendo en cuenta las reglas generales para la interpretación de la nomenclatura: regla 2 y 2a. y de acuerdo a la circular 00002 expedida por la sub-dirección de fiscalización quedan restringidas la Importación de Tractomulas usadas; fecha de expedición febrero 1 de 1993, y para dichas importaciones no otorgan licencias desde enero 15 de 1991, valor estimado por vehículo es de US$35.000.oo cada uno."

4. Mediante auto No. 000202 de 30 de marzo de 1993, el Jefe Regional de la Aduana de Buenaventura no aprobó el tránsito solicitado y ordenó la aprehensión de la mercancía embalada en los contenedores LYKU 203847-1 y LYKU 208597-7, toda vez que, de acuerdo con la circular 0002 de 1o. de febrero de 1993, quedan suspendidas las licencias para amparar esta clase de mercancías, además de considerar que el Consejo Directivo de Comercio Exterior restringe la importación de tractomulas de la posición arancelaria 87.01.20.00.00 quedando el INCOMEX impedido para otorgar licencias de importación de estos vehículos a partir de 15 de enero de 1991. Como consecuencia de lo anterior, se elaboró el documento único de aprehensión No. 340501-003 para que la almacenadora ALMADECO recibiera y relacionara las mercancías el día 5 de abril de 1993.

5. El 18 de mayo de 1993 se expidió la primera de las resoluciones atacadas, que declaró el abandono de las mercancías a favor de la Nación. A los dos (2) días siguientes el actor interpuso el recurso de reposición y subsidiario de apelación basado en que las licencias previas que le otorgaron fueron expedidas por la Junta Nacional de Importaciones antes de la expedición de la circular 002 de 1o. de febrero de 1993, que lo importado era menos que lo autorizado y que no procedía la aprehensión de las mercancías.

6. Mediante la segunda de las resoluciones acusadas se negó el recurso de reposición, con base en los mismos argumentos de la primera de ellas, y concedió el recurso de apelación.

7. Durante el trámite de segunda instancia se realizó una inspección por parte de otros dos (2) funcionarios aduaneros para determinar si la mercancía declarada en abandono se trataba de repuestos usados o tractomulas desarmadas, objeto muy diferente para el cual fue solicitada la prueba, cual era el de constatar el verdadero estado de las mercancías.

8. Con base en lo concluido en la inspección "... se trata de tres (3) tractocamiones usados, totalmente desarmados con huellas de deterioro en la mayoría de sus partes..."; y sin haber obtenido respuesta del INCOMEX sobre la veracidad del contenido de las licencias y su autenticidad, el Administrador de la Aduana de Buenaventura resuelve, a través de la tercera de las resoluciones acusadas, no revocar la Resolución 0425 dictada por la Jefe de la División de Comercialización.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación.

"Con la expedición de los actos Administrativos impugnados por vía de nulidad con restablecimiento del derecho se ha violado LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA en sus artículos 1, 2, 3, 4, 6, 23, 25, 29, 34, 58, 59, 83, 84, 85, 87, 90, 92, 122, 209, el Código de Aduanas en sus artículos 6, 61, 62, 64, 69, 72, 75, 83, 98, 109, 169, 198, y 317; los decretos 2274 y 2352 de 1989, el decreto 1750 de 1991; el decreto 1909 de 1992; el Decreto 2117 de 1992; resolución 010 del 29 de marzo de 1993 del Consejo Superior de Comercio Exterior; conceptos 020 de febrero 23 de 1993 y 063 de abril 19 de 1993 de la División de Doctrina de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; Código Contencioso Administrativo en sus artículos 36 y 77"

Primer cargo.- Falta de competencia, pues el Administrador de la Aduana de Buenaventura al dictar el auto No. 00202 de 30 de marzo de 1993 usurpó la competencia propia de la División Operativa de la Aduana de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92 del Decreto 2117 de 1992, así como también la competencia del Jefe de la División de Fiscalización al momento de firmar el acta de aprehensión, puesto que esta facultad está en cabeza del mencionado funcionario tal y como lo señala el Literal A del artículo 106 del ya citado decreto, que es de aplicación en la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales según el concepto No. 000063 de la División de Doctrina de dicha entidad.

De lo anterior, se desprende el desconocimiento del concepto de competencia por parte de los funcionarios de la aduana, el cual se encuentra establecido en nuestra legislación en el artículo 122 de la Constitución Nacional en concordancia con el artículo 6 ibídem.

Segundo cargo.- Hubo omisión del acto de decomiso, ya que la declaración de abandono de las mercancías aprehendidas proferida por la División de comercialización

es totalmente improcedente. En efecto, luego de la aprehensión de mercancía lo que procede es el decomiso administrativo, definido en el artículo 314 del Código de Aduanas, modificado por el artículo 51 del Decreto 755 de 1990, el cual debió ser expedido únicamente por la Jefe de la División de Fiscalización durante el 1o. de enero al 31 de mayo de 1993 conforme a lo dispuesto en el artículo 114 del Decreto 2117 de 1992. De esto resulta una clara infracción al Código de Aduanas en la parte correspondiente a las faltas administrativas, reformadas por el Decreto 1909 de 27 de noviembre de 1992, además, del desconocimiento de los Decretos 2274 y 2352 de 1989, 1750 de 1991 y 1909 de 1992 en su artículo 72 en lo referente al trámite procedente a adoptar.

Tercer cargo.- Se desconoció el derecho de audiencias y defensa, puesto que en la expedición de la Resolución No. 0425 de 18 de mayo de 1993, se presentaron irregularidades tales como el haber sido dictado por un funcionario incompetente y el no estar revestido de las formalidades exigido por el Código de Aduanas, cuestiones estas que atentan contra las garantías preestablecidas a favor del administrado.

Además, según lo dispuesto en el Código de Aduanas la situación del señor Londoño en ningún caso encuadra dentro de las posibilidades previstas para declarar el abandono legal, lo cual hace dudar de la legalidad de la resolución que así lo determinó, aún más cuando esta jamás expresó las razones que así lo indicaran.

Por otra parte, hubo desconocimiento del debido proceso, pues como lo sostienen el artículo 1o. del Decreto 1750 de 1991 y el Decreto 2352 de 1989, el acta de aprehensión se debe notificar personalmente y tener determinados requisitos, aspectos estos que fueron incumplidos, ya que ni se le notificó nada al señor Jorge Londoño ni se incluyó en el acta la identificación del titular de la mercancía aprehendida, la descripción de la misma y las pruebas que podían solicitarse, entre otras.

Cuarto cargo.- Con la expedición de los actos acusados por la Administración de Aduana de Buenaventura se violaron normas constitucionales como las que establecen el estado social de derecho, sus fines, en fin todas aquellas que protegen la vida, honra y bienes de los ciudadanos. Igualmente, se infringieron en sus partes pertinentes los Decretos Nos. 2666 de 1984, 2274 y 2352 de 1989, 1750 de 1991 y 1909 y 2117 de 1992, porque si no fuera así otro hubiere sido el resultado, y no la negativa del régimen de tránsito solicitado y su consecuente abandono.

También es de suma importancia destacar que derechos constitucionales, como el trabajo, fueron desconocidos notoriamente; y qué decir de la incompatibilidad protuberante entre el artículo 34 de la Carta Política y la figura del abandono instituída en el derecho aduanero, la cual no es otra cosa que la pena de confiscación o pérdida del derecho de dominio con unos aparentes visos de legalidad.

En el alegato de conclusión la parte actora sostiene que frente a la garantía de imparcialidad prevista en el artículo 30 del C.C.A., el Administrador de la Aduana de Buenaventura debió haberse declarado impedido para conocer del recurso subsidiario de

apelación interpuesto contra la resolución mediante la cual se declaró el abandono de la mercancía, toda vez que al haber proferido con anterioridad el Auto No. 00202 de marzo 30 de 1993 con el que se negó el tránsito aduanero y se ordenó la aprehensión de la mercancía, dicho funcionario no podía resolver la segunda instancia por expresa prohibición de la indicada norma y por encontrarse incurso en la causal de recusación prevista en el artículo 150-2 del C. de P.C., es decir, haber conocido del proceso en instancia anterior (fls 176 a 178 Cdno. Ppal,).

d.- Las razones de la defensa

En el escrito de contestación de demanda, la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 140 a 144 Cdno. Ppal.):

Los actos acusados se fundamentan en la violación o incumplimiento por parte del actor de las normas que se indican a continuación:

El Decreto No. 3104 de 31 de diciembre de 1990, que en su artículo 1o. literal A del punto III consagra las reglas generales para la interpretación de la nomenclatura. En efecto, los inspectores en aplicación de la regla número dos (2) concluyeron que lo que se estaba importando no era en realidad repuestos como lo habían autorizado los registros de importación aprobados por el INCOMEX, sino tres (3) tractocamiones usados, lo cual es clara demostración de mala fe en las actuaciones ante la administración, pues su fin no era otro que el de evadir los controles aduaneros. Por eso, se negó el tránsito solicitado y los vehículos fueron ubicados en la posición arancelaria 87. 01. 20. 00. 00.

La circular 0002 de 1o. de febrero de 1993, proferidos por la Subdirección de Fiscalización, en la que se impide al INCOMEX otorgar licencias de importación de tractomulas de la posición arancelaria 87 01 20 00 00, restringida por el Consejo Directivo de Comercio Exterior a partir del 15 de enero de 1991. A pesar de esta prohibición, el actor, mediante las licencias que le fueron aprobadas en diciembre 23 de 1992, pretendió introducir tres (3) tractocamiones y no la gama de repuestos detallados, cuestión esta que se ve confirmada cuando el señor Londoño Torres demanda a título de restablecimiento del derecho la suma de US$105.000 que equivalen al valor tasado por los técnicos aduaneros, y no al valor dado en los registros autorizados por el INCOMEX cuyo monto es de US$3.264, que corresponden al valor de la mercancía declarada como respuestos.

La Administración de la Aduana de Buenaventura practicó la inspección a los contenedores con sujeción a las normas sobre inspección aduanera, especialmente los artículos 64, 65 y 66 del Decreto 1909 de 1992, y como consecuencia de ello detectó que la mercancía que se pretendía introducir era realmente tres (3) tractocamiones usados y no repuestos usados, "... en violación flagrante a las normas aduaneras...". Por tanto, no había otra alternativa que dictar los actos acusados por el actor, quien en ningún momento hizo uso de los mecanismos que se le confieren para proteger sus derechos, establecidos en los artículos 79 y 82 del mencionado decreto que regulan la garantía en reemplazo de la aprehensión y la figura del rescate.

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 actuaciones:

Por auto de 18 de noviembre de 1993 se admitió la demanda y se expuso el trámite de rigor (fls. 116 a 117 Cdno. Ppal.).

Mediante providencia del 15 de febrero de 1994 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 146 y 147 *ibídem*).

Dentro del término para alegar de conclusión, hicieron uso de este derecho ambas partes y el Agente del Ministerio Público (fls. 149 a 182 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. 188 a 193):

1. No se aprecia como vicio de incompetencia que el Jefe de la Aduana de Buenaventura haya decido negar el tránsito de la mercancía, pues a pesar de que el trámite en la Aduana de partida se realiza ante la División Operativa (Resolución No. 333 de 1991), no es impedimento para que dicho funcionario pueda tomar ese tipo de decisiones como responsable que es de todos los asuntos que se tramitan en su área de influencia, mas aun cuando se presenta una situación irregular.

Tampoco hay incompetencia del Jefe de la Aduana de Buenaventura al ordenar la aprehensión de la mercancía ya que la aprehensión real de la mercancía fue realizada por la División de Fiscalización, el ente autorizado para ello, tal como consta en el acta de aprehensión No. 017 de 1993.

2. Conforme a lo preceptuado en los artículo 31 y 18 del Decreto 1909 de 1992 sobre la declaración oficiosa de abandono de mercancía a favor de la Nación luego de que no se haya obtenido la autorización para el levante durante los dos (2) meses siguientes a su llegada al territorio nacional, es notorio que la Resolución No. 0425 de 18 de mayo de 1993 declaró el abandono de la mercancía teniendo en cuenta que el término de los dos meses ya se habían cumplido y que no se había obtenido el levante toda vez que la importación real que se pretendía introducir había sido restringida.

Además, no es de recibo objetar la competencia de la División de Comercialización para dictar este tipo de actos administrativos, por cuanto el Director General de Aduana, mediante la Resolución No. 0598 de 5 de marzo de 1993, autorizó a estas divisiones en todo el país el proferir o declarar el abandono de mercancías.

3. No cabe alegar el desconocimiento del derecho de audiencias y de defensa, pues constatando los antecedentes administrativos se aprecia que el actor tuvo la oportunidad de ejercitar los medios de defensa, agotando así la vía gubernativa.

4. Conforme a la normatividad vigente sobre la materia, es claro afirmar que los actos administrativos demandados fueron debidamente sustentados y motivados, sin que el actor haya podido desvirtuar su legalidad.

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En contra de la sentencia de primera instancia, el apelante formula los cargos que se sintetizan a continuación (fls. 195 a 212 Cdno. Ppal.).

1. Incompetencia del Administrador de Impuestos y Aduana Especial de Buenaventura para denegar la solicitud de tránsito aduanero de las mercancías importadas, a lo cual procedió mediante el auto No. 00202 de marzo 30 de 1993, puesto que ella está atribuida a la División Operativa de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, de conformidad con lo previsto del artículo 92 del Decreto 2117 de 1992.

2. Incompetencia del mencionado funcionario para decretar la aprehensión de las mercancías importadas pues ella reposa en la División de Fiscalización de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, de acuerdo con lo señalado en el artículo 106 literal A) del Decreto 2117 de 1992.

3. Incompetencia de la División de Comercialización de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales para declarar en abandono en favor de la Nación las mercancías importadas, por cuanto luego de que se produce su aprehensión, lo procedente es el decomiso administrativo de la misma.

4. El Tribunal guardó silencio sobre lo puntualizado en el alegato de conclusión, en el sentido de que frente a la garantía de imparcialidad prevista en el artículo 30 del C.C.A., el Administrador de la Aduana de Buenaventura estaba impedido para resolver el recurso subsidiario de apelación interpuesto contra el acto de declaratoria de abandono de la mercancía, pues con anterioridad había proferido el Auto No. 202 de marzo 30 de 1993 mediante el cual se negó el tránsito aduanero y se dispuso la aprehensión de aquella.

5. El Tribunal no analizó ni definió la acusación planteada en la demanda, en el sentido de que el abandono legal "...no es otra cosa que una forma soterrada de...(...)... confiscación..." de bienes titularizados en particulares, prohibida expresamente por el artículo 34 de la Carta Política.

IV.- LA IMPUGNACIÓN DEL RECURSO

En su alegato de conclusión la parte demandada manifiesta, en síntesis lo siguiente (fls. 17 a 23 Cdno. No. 2):

Con base en lo probado dentro del proceso resulta claro que las mercancías que se pretendían introducir al país eran tres (3) tractocamiones que no correspondían a las descritas en las subpartidas informadas al INCOMEX y que por lo tanto no se podían entender amparadas por las licencias previas expedidas en relación con piezas de automotor usadas. Esta irregularidad no podía ser subsanada como lo hizo creer el actor, lo cual generó la imposibilidad de declarar la mercancía, sin que ello hubiere provenido de un acto proferido por la administración. Por eso y de conformidad con el Decreto 1909 de 1992, artículos 18 y 81, fue procedente la resolución de abandono ya que el mismo importador era el único responsable de que la mercancía no hubiere sido autorizada para el levante.

En relación con la presunta incompetencia en la expedición del auto No. 202 de 1993 y la Resolución No. 0425 del mismo año, es pertinente señalar que el primero de los actos citados fue dictado con base en la facultad que se le otorga al Administrador de Impuestos y Adunas Nacionales en el literal 1) del artículo 88 del Decreto 2117 de 1992, que es la de evocar el conocimiento y competencia de las funciones o asuntos a cargo de las divisiones cuando existan circunstancias que lo ameriten, sin que esto constituya impedimento para que el Administrador conozca del recurso de apelación contra el acto que declaró en abandono la mercancía, pues se trata de dos (2) decisiones administrativas bien distintas e independientes. En cuanto a la Resolución No. 0425 tampoco se presenta incompetencia por parte de la División de Comercialización ya que el jefe de dicha dependencia puede proferir este tipo de actos por disposición de la Resolución No. 0598 de 15 de marzo de 1993.

Por último, se equivoca el actor al asegurar que el auto No. 202 de 1993 fue el que ordenó la aprehensión de la mercancía, pues fue mediante el acta de aprehensión No. 017 de 1993 que los funcionarios de la División de Fiscalización realizaron el verdadero acto de aprehensión. Igualmente, yerra al pretender la nulidad del mencionado auto, toda vez que es un acto de trámite, que no contiene ninguna decisión definitiva, que por lo mismo no le fue notificado y por tanto no obliga ni al administrado ni a la administración, pudiendo ésta apartarse de él para declarar un abandono.

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Delegado ante esta Corporación se abstuvo de emitir concepto de fondo.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego del estudio de los cargos formulados por el recurrente, la Sala considera que ninguno de ellos está llamado a prosperar por las razones que, en su orden, se expresan a continuación:

1o.- Porque si bien es cierto que el artículo 92 del Decreto 2117 de 1992 atribuye a la División Operativa de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales la función de "expedir autorizaciones...(...) para adelantar actividades en materia aduanera

que se encuentren bajo control y vigilancia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales", dentro de la cual bien pudiera enmarcarse la relacionada con la solicitud de tránsito aduanero de las mercancías importadas por el actor, no lo es menos y con mayor razón que el artículo 88 literal 1) del mismo Decreto también faculta al Administrativo de Impuestos y Aduanas Nacionales para "avocar el conocimiento y competencia de las funciones o asuntos a cargo de las divisiones cuando existan circunstancias que así lo ameriten", a lo cual procedió el Administrador de Impuestos y Aduana Especial de Buenaventura, habida cuenta de que las mercancías no corresponden a aquellas para las cuales el INCOMEX había concedido licencia previa de importación, sino que "...conformaban globalmente tres (3) tractocamiones" usados de restringida importación.

2°.- Porque en lo referente al cargo según el cual el Administrador de Impuestos y Aduana Especial de Buenaventura usurpó la competencia de la División de Fiscalización para ordenar la aprehensión de la mercancía, la Sala considera que si bien es cierto que por Auto No. 00202 de marzo 30 de 1993 dicho funcionario negó la solicitud de su tránsito aduanero y dispuso que ella "...Queda aprehendida", no lo es menos que de conformidad con lo previsto en el artículo 8o. del Decreto 2352 de 1989, el verdadero y único acto De aprehensión se encuentra contenido en el "ACTO DE APREHENSIÓN No. 017/93", que obra a folios 46 a 46 vto. del Cuaderno Principal, suscrita por los funcionarios de la mencionada División que fueron comisionados para inspeccionar dicha mercancía, quienes "...con base en lo dispuesto en el Decreto 1909 de 1990, la Resolución 0371 de 1992 y la Orden Administrativa No. 001 de 1993..." adoptaron tal decisión por no encontrarse declarada ni amparada por una Declaración de Aduanas.

3o.- Porque dada la circunstancia que luego de transcurrido el término de dos (2) meses contados desde la llegada de las mercancías al territorio nacional, lo cual se produjo el 4 de marzo de 1993, como aparece en la Declaración de Tránsito Aduanero (fl. 42 Cdno. Ppal.), sin que el actor hubiese obtenido autorización para su levante de los depósitos en que se encontraba, éstos debían ser necesariamente en abandono a favor de la Nación en los términos del artículo 81 del Decreto 1909 de 1992, en concordancia con el artículo 18 *ibídem*, como en efecto procedió la Administración mediante el primero de los actos acusados, la Resolución No. 0425 de 18 de mayo de 1993, confirmada por los demás actos cuya declaratoria de nulidad se impetra.

En lo relacionado con el cargo de incompetencia de la División de Comercialización para declarar el abandono de las mercancías cabe señalar como se señala en la sentencia recurrida, "... que el Director General de Aduana por la Resolución número 0598 de fecha 5 de marzo de 1993 de distribución de funciones, autorizó a las divisiones de comercialización del país para proferir actos administrativos de abandono de mercancías".

4o.- Porque en lo que respecta al cargo según el cual el tribunal *a-quo* se abstuvo de analizar lo relativo a la causal de impedimento en que se encontraba en curso el

Administrador de Impuestos y Aduana Especial de Buenaventura para resolver el recurso subsidiario de apelación interpuesto contra el acto de declaratoria de abandono de la mercancía, la Sala considera, que la referida Corporación obró correctamente al abstenerse de analizarlo, por cuanto es un hecho cierto e irrebatible que el mismo no se formuló en la demanda sino en el alegato de conclusión y no es este último el momento procesal para plantear acusaciones en contra del acto acusado. Obrar de manera contraria implicaría no solo el desconocimiento del deber del juez de hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, sino la violación de los derechos constitucionales del debido proceso y de defensa.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala hace notar al apelante que respecto del cargo formulado en su alegato de conclusión de la primera instancia, esta Sección, al resolver asuntos como el allí planteado, ha concluído lo siguiente:

> "... dada la regulación legal de los impedimentos y las recusaciones, la Sala considera que se trata fundamentalmente de una situación individual del funcionario o autoridad afectados por una de las causales legales, que implica, en primer lugar, un deber de darla a conocer por parte de la misma autoridad. Si ello no es así, el interesado tiene la posibilidad legal de iniciar el trámite tendiente a impedir que esa autoridad tome la decisión o participe en ella, para lo cual, inclusive se suspenderá el procedimiento (artículo 154 del C. de P.C. y artículo 30 del C. C. A., último inciso). Si ninguna de las dos situaciones se produce y la decisión es tomada, no puede pretenderse que por ese solo hecho la decisión sea ilegal. Tan ello es así que el mismo Código de Procedimiento Civil, en el inciso final de su artículo 152, expresa que "la actuación del funcionario, anterior a la recusación propuesta o a su declaración de estar impedido, es válida y en el artículo 154 repite que "el proceso se suspenderá desde que el funcionario se declare impedido o se reciba en la Secretaría el escrito de la recusación hasta cuando hayan sido resueltos, sin que por ello se afecte la validez de los actos surgidos con anterioridad" (Subrayados de la Sala) (Sentencia de 14 de febrero de 1991. Consejero Ponente: DR. Libardo Rodríguez Rodríguez. Actor: Carlos Augusto Noriega. Expediente No. 389 Extractos Jurisprudencia, enero a marzo de 1991, Tomo XI).

5.- Porque la figura jurídica del abandono de mercancías en favor de la Nación, consagrada en el artículo 81 del Decreto 1909 de 1992, difiere sustancial y radicalmente de la confiscación de bienes, pues mientras la primera de ellas constituye una sanción pecuniaria de naturaleza administrativa frente a casos de inercia, inactividad, descuido o negligencia de quienes importen bienes al país cuando quiera que se venzan los términos legales sin haber obtenido autorización para el levante de las mercancías, vale decir, es la consecuencia atribuída por la ley al abandono del derecho de propiedad por parte de sus titulares, la confiscación guarda relación con la extinción del dominio, aplicable como pena por la comisión de un ilícito.

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 del Valle del Cauca para denegar las pretensiones de la demanda, por lo cual ha de procederse a su confirmación, no sin antes llamar la atención sobre el hecho que durante el trámite del proceso la parte actora guardó absoluto silencio sobre uno de los fundamentos esenciales de los actos acusados, vale decir el de pretender introducir al país tres vehículos usados, totalmente desarmados, de restringida importación para lo cual no había solicitado ni el INCOMEX expedido licencia de importación.

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.- CONFÍRMASE la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 31 de agosto de 1994.

Segundo.- De conformidad con lo previsto por los artículos 171 del Código Contencioso Administrativo y 392-3 del Código de Procedimiento Civil, 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, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once (11) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera la jurisprudencia de febrero 14 de 1991; Exp. 389, Actor: Carlos Augusto Noriega, Ponente Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, sobre el tema de impedimentos y recusaciones.

SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN SUPERIOR/INSTITUTO DE EDUCACIÓN SUPERIOR/ CONSEJO SUPERIOR-Integración/**PLAZO/ABUSO DE PODER/CONSEJO SUPERIOR**-Facultades

El hecho que el Ministerio de Educación Nacional hubiese fijado el 28 de diciembre de 1993 como plazo que las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior adecuarán su organización y funcionamiento a las disposiciones de la ley 30 de 1992 (Resolución 03494 de julio 14 de 1993), en ningún momento constituía una "invitación" a desconocer sus normas estatutarias así como tampoco aquellas que, consignadas en la misma ley, debían ser acatadas, para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en la citada Resolución dentro del plazo allí establecido.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contecioso Administrativo.- Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia.: Expediente No. 2885. Actor: Fabio Eleázar Lozano Suárez.

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 Fabio Eleázar Lozano Suárez en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad de los Acuerdos números 090 de 8 de octubre de 1993, "por el cual se prorroga el período de los Representantes Profesorales y Estudiantiles ante los Consejos de la UPTC", y 120 de diciembre 20 del

mismo año, "por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia", expedidos por el Consejo Superior Universitario del mencionado centro docente.

ANTECEDENTES

a.- Los actos acusados.

Son los siguientes:

1o.- Acuerdo 090 de 8 de octubre de 1993.

Previas referencias sobre el contenido de los artículos 138 y 141 de la Ley 30 de 1992, de la Resolución 03494 de 14 de junio de 1993, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, y acerca de lo que disponen los Estatutos de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia sobre la representación de profesores, estudiantes, decanos y egresados en los Consejos y Comités de la misma, y de que "...dichas representaciones están sujetas a períodos debiendo el rector proceder a convocar a la elección a la culminación (sic) de los mismos", el Consejo Superior de dicha Universidad, haciendo notar que a pesar de ello "... las circunstancias especiales que afronta actualmente la Universidad... (...) ...con motivo del proceso de implementación de la Ley 30 de 1992, que implica entre otras acciones la expedición de un nuevo Estatuto General y en consecuencia la expedición de nuevos estatutos especiales y nueva reglamentación, hace improcedente adelantar procesos de elección", acordó lo siguiente:

> "ARTÍCULO PRIMERO.- PRORROGAR el período de los representantes Profesorales y Estudiantiles que actualmente hacen parte de los Consejos de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, cuyo período haya terminado o esté próximo a concluir hasta que sean reemplazados de conformidad a las normas del nuevo Estatuto General.
>
> "ARTÍCULO SEGUNDO.- El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación" (fls. 27 a 28).

2o.- Acuerdo 120 de diciembre 20 de 1993

Mediante dicho acto se expidió el Estatuto General de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, contenido en un total de 83 artículos (fls. 1 a 26).

b.- Las normas Presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que con la expedición de los actos acusados se violaron los artículos 6, 29 y 69 de la Constitución Política; 62, 63, 64, 65, 138 y 141 de la Ley 30 de 1992; 9o., 10o., 13, 15 literal b), 22 y 31 de los Estatutos Generales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, contenidos en los Acuerdos números 013 de 1981 y 058 de 1986, aprobados mediante los Decretos números 1387 de 1981 y 2201 de 1986,

respectivamente, por las razones que expresadas en su demanda, se sintetizan a continuación (fls. 110 a 119).

Primer cargo.- El Acuerdo 090 de 1993 incurre en violación de los artículos 29 de la Constitución Política, que consagra el debido proceso en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; 138 y 141 de la Ley 30 de 1992; 10, 22 y 31 de los Estatutos Generales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (en adelante UPTC), pues si de conformidad con el citado artículo 138 los Estatutos Generales continuaban vigentes hasta tanto se dictasen unos nuevos, de ello resulta que al establecer dichas normas estatutarias que los representantes profesorales y estudiantiles de todos los Consejos de la UPTC debían ser elegidos, el acto acusado no podía válidamente prorrogar su período.

De otra parte, se presenta de igual manera la violación del articulo 141 en concordancia con el artículo 64 de la Ley 30 de 1992, pues lo que ordena el primero de ellos es que los Consejos superiores de las universidades estatales u oficiales fijarán transitoriamente los requisitos y procedimientos para la elección de los miembros de los Consejos superiores a que hace relación el literal d) del artículo 64 y no que prorrogarán su período.

Segundo cargo.- El Acuerdo 090 de 1993 incurre en falsa motivación y transgrede los artículos 6o. y 69 de la Carta Política, pues al invocarse como motivo para no convocar a elecciones "... las circunstancias especiales que afronta actualmente la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, con motivo del proceso de implementación de la Ley 30 de 1992, que implica estre otras acciones la expedición de un nuevo Estatuto General y en consecuencia la expedición de unos nuevos Estatutos especiales y nueva reglamentación, hace improcedente adelantar procesos de elección", además de ilegal, es una afirmación vaga y etérea decir que hay circunstancias especiales sin mencionar cuáles son ellas.

Es evidente el desvío de poder de la administración si se tiene en cuenta que luego de concluir su trabajo la comisión interestamental creada mediante Acuerdo 093 de 1993 para elaborar un proyecto de Estatutos Generales, en el cual se plasmaba el futuro de la UPTC, el Consejo superior "... decide el 8 de octubre de 1993 expedir el Acuerdo 090, cuyos rasgos dictatoriales suprimieron la participación democrática, con el argumento de que las circunstancias especiales generales en el proceso de expedición del Estatuto General de la Universidad hacían improcedente para sus intereses, adelantar procesos de elección".

Por lo anterior, "... el desarrollo del artículo 69 de la Constitución Nacional es flagrantemente desconocido, porque a los directivos de la Universidad que tenían períodos vencidos se les autoprorrogaron; la autonomía universitaria fue manipulada por los centros de poder existentes; los estatutos violados y la ley inobservada.

Tercer cargo.- El Acuerdo 120 de 1993 se expidió por un Consejo Superior que carecía de competencia para hacerlo, por cuanto de los nueve miembros que lo integraban con derecho a voz y voto según el artículo 64 de la Ley 30 de 1992, solo se contó con la aprobación de cuatro de ellos (el delegado del Ministerio de Educación Nacional, el designado por el Presidente de la República, el representante de los directivos académicos y el representante de los exrectores), ya que los otros asistentes no podían integrar dicho cuerpo colegiado sin contravenir la Constitución, la ley y los Estatutos, pues el período de los representantes de los profesores y de los estudiantes había sido prorrogado ilegalmente por el Acuerdo 090, el delegado del Gobernador asistió sin formar parte del Consejo superior y a él no concurrieron los representantes de los egresados ni del sector productivo, como se demuestra con el Acta No. 13 de diciembre 20 de 1993, anexa en copia auténtica.

Cuarto cargo.- El Acuerdo 120 de 1993 se expidió en forma irregular, pues fue aprobado sin el quorum estatutario. Ello constituye una irregularidad que lo vicia de nulidad, por las mismas razones consignadas en el cargo anterior.

c.- Las razones de la defensa.

En el escrito de contestación de la demanda la parte demandada expresa los argumentos que se sintetizan a continuación (fls. 269 a 280):

En relación con el pimer cargo.- No se incurrió en infracción de las disposiciones indicadas por el actor, por cuanto al constituir el artículo 141 de la Ley 30 de 1992 una norma de carácter transitorio, el Consejo superior de la UPTC "... procedió a prorrogar el término de los nombramientos a fin de dar mayor agilidad a los procedimientos establecidos para la elaboración del Acuerdo 120 de 1993 (Estatuto General de la UPTC); en aras de dar cumplimiento a lo ordenado por el Ministerio de Educación a través de la Resolución No. 3494 de 14 de junio de 1993, en la cual se fijó como plazo máximo para dictar el Estatuto General de la Universidad, el 28 de diciembre de 1993". Además, el citado artículo 141 facultaba a los Consejos Superiores para fijar transitoriamente los requisitos y procedimientos para la elección de los miembros que se relacionan en el líteral d) del artículo 64 *ibídem,* y fue por ello que "... determinó fijar como procedimiento el prorrogar el nombramiento de los miembros profesoral y estudiantil quienes habían sido designados mediante elección" (sic).

De otra parte, el Consejo superior no vulneró el artículo 138 de la indicada ley, pues para expedir los actos acusados tuvo en cuenta los Estatutos Generales vigentes para la época, los cuales establecían tanto la forma como debía estar integrado como sus funciones, "...situación que lo llevó a actuar como lo hizo".

En relación con el segundo cargo.- Tampoco se desconocieron los artículos 6o. y 69 de la Carta Política por parte del Acuerdo 090 de 1993, ni éste incurre en falsa motivación, pues en la misma "... se señaló la razón de improcedencia del proceso de elección, debido a la premura en que se encontraba la Institución, al no tener el tiempo

suficiente para poder realizar las elecciones, labor dispendiosa y compleja que hubiera impedido al Consejo Superior cumplir, en el plazo fijado por el Ministerio de Educación, el requisito de aprobación y expedición del Acuerdo 020 de 1993 Estatuto General" (sic).

En relación con los cargos tercero y cuarto.- El Acuerdo 120 de 1993 no vulnera el artículo 64 de la Ley 30 de 1992, por cuanto se aprobó por la mayoría de los nueve miembros que, conforme a los artículos 10 y 13 de los Estatutos Generales vigentes en aquél entonces, integraban el Consejo Superior.

Asimismo, "... los representantes profesoral y estudiantil tenían un nombramiento legal, que les permitía participar con voz y voto dentro de la sesión del 20 de diciembre de 1993".

d.- La actuación surtida

A la demanda se le dio el trámite previsto en el Código Contencioso Administrativo para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 12 de julio de 1994 se admitió la demanda, se decretó la suspensión provisional del Acuerdo 090 de 1993 y se denegó tal medida respecto del Acuerdo 120 del mismo año (fls. 163 a 174).

Mediante providencia de 20 de enero de 1995 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron y/o denegaron las solicitadas por las partes (fls. 292 a 294).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión, ninguna de ellas hizo uso de tal derecho. Dentro del mismo, la Agente del Ministerio Público ante esta Corporación emitió el concepto que obra a folios 300 a 304 .

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el escrito que lo contiene, la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, luego de hacer referencia a los artículos 141 de la Ley 30 de 1992, 10 y 13 de los Estatutos Generales de la UPTC vigentes al momento de expedición de los actos acusados, considera y concluye que procede la anulación del Acuerdo 090 de 1993 y debe denegarse igual pretensión respecto del Acuerdo 120 del mismo año, con fundamento en las razones consignadas en el auto admisorio de la demanda, las cuales transcribe en lo pertinente.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con los cargos primero y segundo, formulados en contra del Acuerdo 090 de 1993, y como marco de referencia para las subsiguientes consideraciones, a continuación se transcribe el tenor de las disposiciones legales y estatutarias cuyo quebrantamiento se le atribuye:

– Ley 30 de 1992, "por la cual se organiza el Servicio Público de Educación Superior:

"ARTÍCULO 138.- Mientras se dictan los nuevos estatutos generales de las instituciones de Educación Superior, continuarán vigentes sus actuales normas estatutarias.

"Dentro de los quince días siguientes a la expedición de los estatutos de cada institución, el Consejo Superior Universitario o el organismo que haga sus veces, deberá enviar al Ministerio de Educación Nacional, por conducto del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES), copia auténtica de los mismos para efectos de su inspección y vigilancia".

"ARTÍCULO 141.- En las instituciones estatales u oficiales de Educación superior, los Consejos superiores actualmente existentes, fijarán transitoriamente los requisitos y procedimientos para la elección de los miembros de los Consejos Superiores a que hace relación el literal d) del artículo 64 de la presente ley".

– Estatutos Generales de la UPTC:

"ARTÍCULO 10. El Consejo superior es el máximo Órgano de Dirección de la Universidad y estará integrado por:

"El Ministro de Educación Nacional o su representante.

"Un miembro designado por el Presidente de la República.

"El Gobernador de Boyacá, o su representante.

"Un Decano, designado por el Consejo Académico.

"Un profesor de la Institución, elegido mediante votación secreta por el cuerpo profesoral.

"Un estudiante de la Institución, elegido mediante votación secreta por los estudiantes con matrícula vigente.

"Un egresado graduado de la Institución, de prominente trayectoria profesional, designado por los egresados miembros de los Consejos de Facultad de la Entidad.

"El Rector de la Universidad, con voz pero sin voto".

"ARTÍCULO 22. Modificado por el Artículo 10 del Acuerdo 058 de 1986. El Artículo 22 del Acuerdo 013 de 1981 quedará así: El Consejo Académico es la Autoridad Académica de la Institución y Organo Asesor del Rector. Estará integrado por:

"El Rector, quien lo presidirá.

"El Vice-rector Académico, quien lo presidirá en ausencia del Rector.

"El Vice-rector Administrativo.

"Los Decanos de Facultad.

"Un profesor y un estudiante, elegidos respectivamente por los representantes de los profesores y estudiantes en los Consejos de Facultad. El período del profesor será de dos (2) años y el del estudiante de un (1) año.

"PARÁGRAFO 1. Los Directores de las Escuelas de Postgrado podrán ser invitados a las reuniones del Consejo Académico, con derecho a voz pero sin voto.

"PARÁGRAFO 2. El Rector convocará a las reuniones ordinarias y extraordinarias del Consejo. El Consejo designará su propio secretario"

"ARTÍCULO 31. Modificado por el Artículo 17 del Acuerdo 058 de 1986:

"El Artículo 31 del Acuerdo 013 de 1981 quedará así:

"Cada Consejo de Facultad estará integrado por:

"El Decano, quien lo presidirá.

"Hasta tres (3) directores de Escuela o Departamento designados por el Consejo Académico.

"Un egresado graduado de la respectiva Facultad, designado por el Rector, para un período de dos (2) años, quien deberá ser docente de cátedra o persona sin vínculo laboral con la Institución.

"Un profesor de la Facultad, elegido mediante votacion secreta por el cuerpo profesoral de la misma, para un período de dos (2) años.

"Un estudiante de la Facultad, elegido mediante votación secreta por los estudiantes de la misma, para un período de un (1) año.

"PARÁGRAFO 1. Actuará como Secretario del Consejo, el Secretario de la Facultad.

"PARÁGRAFO 2. El Consejo de Facultad podrá invitar a los directores de Escuela de Departamento, no miembros del Consejo, cuando trate problemas concernientes a su respectiva Unidad".

Las siguientes fueron las consideraciones que, consignadas en el auto admisorio de la demanda, fundamentaron la decisión de decretar la suspensión provisional del Acuerdo 090 de 1993:

"Luego del estudio de las acusaciones formuladas en contra del Acuerdo 090 de 1993, la Sala encuentra que dicho acto resulta clara y ostensiblemente violatorio de los artículos 10o., 22 y 31 de los Estatutos de la UPTC, vigentes al momento de su expedición en virtud de lo dispuesto por el artículo 138 de la Ley 30 de 1992, toda vez que al consagrarse en ellos que los representantes de los profesores y de los estudiantes en los Consejos Superior, Académico y de facultades deberían ser designados mediante el sistema de elección para determinados períodos, el Consejo Superior de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia no podía, sin quebrantarlos, proceder a la prórroga del período para el que fueron elegidos y menos aún prorrogar el período de quienes ya lo habían terminado, pues, adicionalmente, observa la Sala, dentro de sus funciones, consignadas en el artículo 15 de los referidos Estatutos, no se encuentra ninguna con fundamento en la cual pudiese adoptar tal decisión.

"Adicionalmente, la Sala considera que el Acuerdo 090 de 1993 también quebranta el artículo 141 de la Ley 30 de 1992, al que se refiere el segundo cargo formulado en sustento de la medida precautelativa impetrada, toda vez que si dicha norma de carácter transitorio disponía que En las instituciones estatales oficiales de Educación Superior, los Consejos superiores actualmene existentes, fijarán transitoriamente los requisitos y procedimientos para la elección de los miembros de los Consejos superiores a que hace relación el literal d del artículo 64 de la presente ley, con lo cual se buscaba que tales organismos colegiados tuvieran plena y pronta operancia, el Consejo superior de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia debió haberle dado estricto cumplimiento y no proceder, como procedió, a desconocer sus mandatos, prorrogando el período de los representantes profesorales y estudiantiles en los diferentes Consejos de la Universidad, entre los que se cuenta el Consejo superior, tal como lo expresó recientemente esta misma sección frente a un asunto similar al *sub-júdice* (auto de 27 de abril de 1994, Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez, Actor: Asociación Sindical de Profesores Universitarios ASPU y otros, Exp. No. 2876)".

Ahora bien, en cuanto a los argumentos de la parte demandada, la Sala considera que ellos no logran desvirtuar las conclusiones que se transcribieron en el párrafo precedente, sino, por el contrario, fortalecerlas, por cuanto el hecho que el Ministerio de Educación Nacional hubiese fijado el 28 de diciembre de 1993 como plazo para que las instituciones estatales u oficiales de Educación superior adecuaran su organización y funcionamiento a las disposiciones de la Ley 30 de 1992 (Resolución 03494 de julio 14 de 1993), en ningún momento constituía una "invitación" a desconocer sus normas estatutarias así como tampoco aquellas que, consignadas en la misma ley, debían ser acatadas, para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en la citada Resolución dentro del plazo allí establecido.

De otra parte, la Sala hace notar a la demandada que de haber tenido en cuenta sus disposiciones estatutarias, no hubiese procedido a expedir el Acuerdo 090 de 1993, con franca violación de las mismas.

De consiguiente, además de lo expuesto, la Sala reitera en esta sentencia los planteamientos expresados en el auto admisorio de la demanda como fundamento para adoptar la decisión de anular el mencionado Acuerdo, tal como se declarará en la parte dispositiva de este fallo.

En relación con los cargos tercero y cuarto, en los cuales se plantea la violación del artículo 64 de la Ley 30 de 1992 por parte del Acuerdo 120 de 1993, en razón de haberse expedido sin contar con la aprobación de la mayoría de los miembros que, conforme a dicha norma, integraban el Consejo Superior Universitario de la Universidad, la Sala considera lo siguiente:

En el auto admisorio de la demanda y como fundamento para denegar la solicitud de suspender provisionalmente el referido Acuerdo, esta sección manifestó:

> "Para la Sala es indubitable que el cargo formulado carece de toda vocación de prosperidad, por la sencilla y potísima razón de que si en virtud de lo dispuesto por el artículo 138 inciso primero de la Ley 30 de 1992, las normas estatutarias de las instituciones de Educación Superior continuaban vigentes hasta tanto se dictasen los nuevos estatutos generales, las disposiciones que eventualmente pudieran resultar quebrantadas por el acto acusado serían aquellas que, sobre integración del Consejo Superior Universitario de la UPTC y mayoría de votos requerida para adoptar sus decisiones, se encontraban contenidas en los Estatutos vigentes hasta su expedición, más en ningún momento la que invoca el solicitante de la medida, pues, precisamente, el Acuerdo 120 de 1993 adoptó el nuevo Estatuto General de la Universidad a que se refiere la citada norma legal y hasta ese momento estuvieron vigentes los estatutos anteriores.
>
> "En concordancia con lo expuesto, la Sala considera que contrariamente a lo alegado por el actor, la ilegalidad del Acuerdo 090 de 1993 no genera automáticamente la ilegalidad del Acuerdo 120 del mismo año, como se explica a continuación:
>
> "Los artículos 10o. y 13 de los Estatutos de la UPTC vigentes hasta la expedición del referido Acuerdo 120 de 1993, aprobados mediante Decreto 1387 de 2 de junio de 1981, disponían lo siguiente (fls. 53 y 54 Cdno. Ppal.):
>
> "ARTÍCULO 10. El Consejo Superior es el máximo Órgano de Dirección de la Universidad y estará integrado por:
>
> El Ministro de Educación Nacional o su representante.
>
> Un miembro designado por el Presidente de la República.
>
> El Gobernador de Boyacá, o su representante.
>
> Un Decano, designado por el Consejo Académico.

Un profesor de la Institución, elegido mediante votación secreta por el cuerpo profesoral.

Un estudiante de la Institución, elegido mediante votación secreta por los estudiantes con matrícula vigente.

Un egresado graduado de la Institución, de prominente trayectoria profesional, designado por los egresados miembros de los Consejos de Facultad de la Entidad.

El Rector de la Universidad, con voz pero sin voto".

ARTÍCULO 13. Constituye quórum para decidir más de la mitad de los miembros que hayan acreditado ante el secretario del Consejo su condición de tales.

El Consejo será presidido por el Ministro de Educación Nacional o su representante. En su ausencia presidirá el miembro designado por el Presidente de la República.

El Consejo Superior solamente podrá sesionar válidamente bajo la presidencia de la persona que de conformidad con el inciso anterior deba presidirlo.

"De otra parte, conforme al Acta No. 13 de la reunión del Consejo Superior de la UPTC celebrada el 20 de diciembre de 1993, en el cual se aprobó, entre otros asuntos, el Acuerdo 120 de la misma fecha, a ellas concurrieron las siguientes personas:

"EDUARDO BARAJAS SANDOVAL - PRESIDENTE

"JORGE PALACIOS PRECIADO - DELEGADO DEL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

"CARLOS HERNANDO FORERO ROBAYO - RECTOR

"ARMANDO SUESCÚN MONROY - REPRESENTANTE DE LOS EX-RECTORES

"JORGE ENRIQUE LÓPEZ MOLANO - DELEGADO DEL SEÑOR GOBERNADOR

"RAFAEL NÚÑEZ SUÁREZ - REPRESENTANTE DE LOS PROFESORES

"ÁLVARO DÍAZ CHÁVEZ - DELEGADO DEL CONSEJO ACADÉMICO

"DANIEL MEDINA PINZÓN - REPRESENTANTE DE LOS ESTUDIANTES

"ÉDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR - SECRETARIO GENERAL.

"Ahora bien, de las transcripciones precedentes, la Sala observa y concluye lo siguiente:

"a) A la reunión celebrada el 20 de diciembre de 1993 asistieron 6 de los 7 miembros que, con derecho a voz y voto, integraban el Consejo Superior de la Universidad, es decir, su Presidente y los Delegados y/o Representantes del Presidente de la República, del Gobernador, de los Profesores, del Consejo Académico y de los estudiantes, toda vez que el "Representante de los Ex-rectores" no formaba parte del mismo.

"b) El quórun para que el Consejo Superior pudiese adoptar decisiones lo constituía "más de la mitad" de sus integrantes, es decir 4 de ellos, pues si bien el Rector formaba parte de él, carecía de derecho a voto.

"c) Si en virtud del cuestionamiento de la participación del Representante de los Profesores y del Representante de los estudiantes en el Consejo Superior de la Universidad, derivado de la ilegalidad del Acuerdo 090 de 1993, se excluyen sus nombres de la lista de asistentes a la mencionada reunión del 20 de diciembre del citado año, resulta inobjetable que, aún en dichas circunstancias, el Acuerdo 120 fue aprobado en dicha reunión por 4 de sus 7 integrantes con derecho a voto, es decir, por su Presidente y por los Delegados del Presidente de la República, del Gobernador y del Consejo Académico, cuyo número constituía el quorum requerido para que el Consejo Superior adoptase sus decisiones".

Dada la circunstancia que el actor no hizo uso del derecho que le asistía de alegar de conclusión, cuyos planteamientos hubieran permitido reexaminar las consideraciones con base en las cuales se denegó la suspensión provisional del Acuerdo 120 de 1993, atrás transcritas, la Sala las reitera en esta oportunidad como fundamento, para denegar la solicitud de declaratoria de nulidad de dicho acto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Miniserio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DECLÁRASE la nulidad del Acuerdo 090 de 8 de octubre de 1993, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Segundo.- DENIÉGASE la pretensión de la demanda relativa a la declaratoria de nulidad del Acuerdo 120 de 20 de diciembre de 1993, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Tercero.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cuarto.- En firme esta sentencia, comuníquese al Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia y archívese el expediente, 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 dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera lo expuesto en el auto admisorio de la demanda de abril 27/94, C.P. Miguel González Rodríguez, Actor: Asociación Sindical de Profesores Universitarios ASPU y otros; Exp. 2876 anula el acuerdo 090/93, expedido por el C.S.U. de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES/DIRECTOR GENERAL- Período/ **CONSEJOS DIRECTIVOS DE LAS CORPORACIONES/ALCALDES-** Período

Asiste razón al actor en cuanto a la manifiesta infracción del artículo 28 de la ley 99 de 1993, por parte del inciso segundo del artículo 22 del decreto 1768 de 1994, en las frases demandadas, ya que mientras la primera norma, que es de categoría legal, establece que el período de tres años del Director General de las Corporaciones Autónomas Regionales se contará a partir del 1o. de enero de 1995, las disposiciones acusadas, que son de naturaleza reglamentaria, prevén que la elección de los citados funcionarios se efectuará en el mes de febrero, contrariando así expresamente y de manera manifiesta el régimen legal sobre la materia. Por el contrario, la Sala considera que no asiste razón al solicitante en cuanto a la presunta contrariedad manifiesta del parágrafo transitorio del artículo 18 del Decreto 1768 con el citado artículo 28 de la Ley 99 de 1993, pues es evidente que la disposición acusada se refiere expresamente a la extensión del período de los alcaldes elegidos a los Consejos Directivos de las Corporaciones en 1994 hasta la primera Asamblea Corporativa ordinaria de 1996, mientras que la norma legal presuntamente infringida hace relación exclusiva al período del director general, sin que existan elementos de juicio que sustenten la afirmación del actor en el sentido de que aquella disposición se expidió con el único objeto de hacer posible el nuevo mecanismo de elección que incluye la modificación de período de ejercicio del cargo de los directores generales previsto en el artículo 28 de la Ley.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contecioso Administrativo.-Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia.: Expediente No. 3103. Actor: Reinaldo Chavarro Buriticá.

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 Reinaldo Chavarro Buriticá en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad del parágrafo transitorio del artículo 18, en su integridad, y del inciso segundo del artículo 22, en forma parcial, del Decreto 1768 de agosto 3 de 1994, "por el cual se desarrolla parcialmente el literal h) del artículo 116 en lo relacionado con el establecimiento, organización o reforma de las Corporaciones Autónomas Regionales y de las Corporaciones de régimen especial, creadas o transformadas por la Ley 99 de 1993", expedido por el Gobierno Nacional.

I.- ANTECEDENTES

a.- Los hechos de la demanda

En el correspondiente acápite del libelo demandatorio el actor transcribe el tenor de los artículos 28 y 116 literal h) de la Ley 99 de 1993 y el de los actos acusados. Manifiesta que lo normado por el segundo de ellos tuvo por finalidad "... obtener coherencia y concordancia con la modificación de la fecha de ejercicio legal del cargo de directores generales de las Corporaciones Autónomas Regionales...".

b.- Las normas Presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que, expresadas en la demanda, se sintetizan a continuación (fls. 19 a 22):

Primer cargo.- Violación del numeral 10 del artículo 189 de la Carta Política pues mientras en él se señalan como deberes del Presidente de la República los de promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento, la parte del inciso segundo del artículo 22 del Decreto 1768 de 1994 cuya nulidad se impetra excede el alcance de la norma reglamentada.

En efecto, al disponer implícitamente una fecha distinta de iniciación del período del ejercicio del cargo de los directores generales de las corporaciones autónomas regionales, como consecuencia de trasladar su elección para la primera semana de febrero de 1995, viola el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, que expresamente determina como tal el día 1o. de enero de 1995, "... y consecuencialmente también es contraria a la parte pertinente del parágrafo transitorio en cuanto en él se prescribió que los actuales directores generales estarían en funciones hasta el 31 de diciembre de 1994".

Segundo cargo.- El mencionado acto también es violatorio del numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, toda vez que el Presidente de la República se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria al modificar lo prescrito en la ley, al disponer la elección en fecha posterior a la señalada en la misma para la iniciación del período del ejercicio del cargo, de tres años contados a partir del lo. de enero de 1995. "Dice además la norma cuya nulidad se impetra, que los actuales directores generales continuarán en ejercicio del cargo hasta la fecha de la elección, lo cual no parece evidente en todos los casos porque ningún empleado público puede ejercer sus funciones sin antes haberse posesionado del respectivo cargo y esas dos situaciones (elección y posesión) pueden no coincidir en el tiempo, y además porque modifica lo dispuesto en la ley en cuanto facultó al Gobierno para ratificarlos o nombrarlos solo hasta 1994".

De otra parte, la modificación de la fecha de elección de los directores generales implica que quienes conformarán los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales "... serán distintos de los actuales, concretamente en el caso de los alcaldes y gobernadores y esa circunstancia propiciaría fenómenos no deseables como el que las potencialidades burocráticas y de recursos de poder que significa la dirección de las corporaciones se impliquen (sic) en los cálculos electorales de quienes, de ser elegidos alcaldes o gobernadores en los comicios del próximo 30 de octubre, integrarán a partir de enero de 1995 el Consejo Directivo de las Corporaciones. No ocurriría igual si quienes participan en la elección de los directores generales son los alcaldes y gobernadores que terminan período el 31 de diciembre de 1994".

Tercer cargo.- Violación del artículo 12 de la Ley 153 de 1887 "en cuanto dispone el alcance de los actos del ejecutivo (Gobierno), su naturaleza de normas jurídicas obligatorias, siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes. En el caso de las normas objeto de demanda, tal como lo hemos señalado antes, son contrarias a la ley en la medida en que disponen modificarla".

c.- Las razones de la defensa

La parte demandada no compareció durante el curso del proceso, a pesar de haber sido notificada del auto admisorio de la demanda (fl. 38).

d.- 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 actuaciones:

Por auto de 10 de noviembre de 1994 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de los siguientes apartes del inciso segundo del artículo 22 del Decreto 1768 de 1994: "La elección se efectuará en la sesión ordinaria del año, que deberá realizarse en la primera semana del mes de febrero. El Director anterior continuará su período hasta la fecha de esta elección", y se denegó la solicitud formulada en el mismo sentido respecto del parágrafo transitorio del artículo 18 *ibídem.*

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto de fondo, solo procedió a ello el último de los mencionados (fls. 61 a 64).

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el escrito que lo contiene, la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación manifiesta que "de la simple confrontación del inciso segundo del artículo 22 del Decreto, cuya nulidad se impetra, con la letra del artículo 28 de la Ley a reglamentar, arriba trancrito, se advierte la no conformidad del reglamento con el mandato legal". Agrega que "en cambio, no se advierte contradicción entre el artículo 28 de la Ley reglamentada y el Parágrafo transitorio del Decreto reglamentario, ya que este se ocupa de un asunto diferente del que trata..." el mandato legal.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como quiera que de la lectura de los cargos primero y segundo de la demanda resulta que ambos se refieren a la inconstitucionalidad de los actos acusados, bajo el argumento de que ellos modifican y transgreden el artículo 28 de la Ley 99 de 1993 y, por la misma razón, el Ejecutivo se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria a él atribuída, la Sala los analizará en su conjunto pues la violación de las normas constitucionales que en ellos se indican, vale decir, los numerales 10 y 11 del artículo 189 de la Carta Política, sólo podrá predicarse en la medida en que se concluya sobre el desconocimiento de la indicada disposición legal.

Para tal efecto, se considera:

Mediante el Decreto 1768 de 1994, del cual hacen parte las disposiciones acusadas, "se desarrolla parcialmente el literal h) del artículo 116 en lo relacionado con el establecimiento, organización o reforma de las Corporaciones Autónomas Regionales y de las Corporaciones de régimen especial, creadas o transformadas por la Ley 99 de 1993".

El literal h) del artículo 116 de la ley citada, que constituye, en consecuencia, el fundamento de las disposiciones acusadas, expresa:

> "Artículo 116.- Autorizaciones. El Presidente de la República, en ejercicio de sus funciones constitucionales y para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley, procederá a:
>
> "....
>
> "h) Dictar las medidas necesarias para el establecimiento, organización o reforma y puesta en funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales y de las Corporaciones de régimen especial, creadas o transformadas por la presente Ley y de conformidad con lo en ella dispuesto; y proveer lo necesario para la

transferencia de bienes e instalaciones de las entidades que se transforman o liquidan; para lo cual contará con diez y ocho (18) meses contados a partir de la vigencia de esta Ley".

El artículo 28 de la Ley 99 de 1993, norma que aduce el actor como infringida por los actos cuya declaratoria de nulidad se impetra, es del siguiente tenor:

"Artículo 28. Del Director General. El Director General será el representante legal de la Corporación y su primera autoridad ejecutiva.

Será designado por el Consejo Directivo para un período de tres (3) años, contados a partir del 1o. de enero de 1995, siendo reelegible.

"Parágrafo transitorio. El Presidente de la República nombrará o ratificará a los Directores Generales de las Corporaciones Autónomas Regionales para el año de 1994".

A su vez, los mencionados actos disponen lo siguiente:

– Inciso segundo del artículo 22 del Decreto Reglamentario 1768 de 1994:

"La elección y nombramiento del Director General de las Corporaciones por el Consejo Directivo se efectuará para un período de tres (3) años. La elección se efectuará en la sesión ordinaria del año que deberá realizarse en la primera semana del mes de febrero. El Director anterior continuará su período hasta la fecha de esta elección" (Se subraya la parte cuya nulidad se solicita).

– Parágrafo transitorio del artículo 18 del Decreto Reglamentario 1768 de 1994:

"Los alcaldes elegidos a los Consejos Directivos en 1994 extenderán su período hasta la primera Asamblea Corporativa ordinaria de 1996".

Ahora bien, en el auto admisorio de la demanda y como fundamento para decretar la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 22 del Decreto 1768 de 1994 y para denegar igual solicitud respecto del parágrafo transitorio del artículo 18 *ibídem*, esta Sección concluyó lo siguiente, luego de realizar el análisis comparativo o confrontación directa entre dichos actos y el artículo 28 de la Ley 99 de 1993:

"1.- Asiste razón al actor en cuanto a la manifiesta infracción del artículo 28 de la Ley 99 de 1993, por parte del inciso segundo del artículo 22 del Decreto 1768 de 1994, en las frases demandadas, ya que mientras la primera norma, que es de categoría legal, establece que el período de tres años del Director General de las Corporaciones Autónomas Regionales se contará a partir del 1 de enero de 1995, las disposiciones acusadas, que son de naturaleza reglamentaria, prevén que la elección de los citados funcionarios se efectuará en el mes de febrero, contrariando así expresamente y de manera manifiesta el régimen legal sobre la materia.

"En consecuencia, la Sala procederá a decretar la suspensión provisional de la parte acusada del inciso segundo del artículo 22 del Decreto 1768 de 1994.

"2.- Por el contrario, la Sala considera que no asiste razón al solicitante en cuanto a la presunta contrariedad manifiesta del parágrafo transitorio del artículo 18 del Decreto 1768 con el citado artículo 28 de la Ley 99 de 1993, pues es evidente que la disposición acusada se refiere expresamente a la extensión del período de los alcaldes elegidos a los Consejos Directivos de las Corporaciones en 1994 hasta la primera Asamblea Corporativa ordinaria de 1996, mientras que la norma legal presuntamente infringida hace relación exclusiva al período del director general, sin que existan elementos de juicio que sustenten la afirmación del actor en el sentido de que aquella disposición se expidió con el único objeto de hacer posible el nuevo mecanismo de elección que incluye la modificación del período de ejercicio del cargo de los directores generales previsto en el artículo 28 de la Ley.

"Por lo tanto este cargo no prospera".

Como se observa de la transcripción anterior, desde el inicio del proceso la Sala tuvo una clara visión del problema de fondo sometido a su estudio, y fue en virtud de ello que sin hesitación alguna, como era lo debido, procedió a adoptar las mencionadas decisiones, sin que sus fundamentos hayan sido siquiera cuestionados por la parte demandada, en razón de su no comparecencia al debate judicial a pesar de habérsele notificado en debida forma el auto admisorio de la demanda, así como tampoco por el actor, dado que no hizo uso del derecho que le asistía de alegar de conclusión, cuyos planteamientos hubieran permitido a la Sala reexaminar las consideraciones con base en las cuales denegó la solicitud de suspender provisionalmente el parágrafo transitorio del artículo 18 del Decreto 1768 de 1994.

De consiguiente, la Sala reitera en esta oportunidad los planteamientos expresados en el auto admisorio de la demanda, para concluir sobre la violación de las disposiciones constitucionales y legal que se indican en los cargos bajo estudio por parte del inciso segundo del artículo 22 del Decreto 1768 de 1994, parcialmente acusado, más no así en cuanto se refiere al parágrafo transitorio del artículo 18.

En relación con el segundo cargo, en el cual se plantea la violación del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, la Sala considera que adolece de vocación de prosperidad, pues sus mandatos hacen referencia a la obligatoriedad de los preceptos allí indicados y a su aplicabilidad mientras no sean contrarios a la Constitución y las leyes pero no a una causal de ilegalidad que pueda ser objeto de las acciones de nulidad, como la ejercida por el actor, cuya finalidad es la de obtener, mediante su anulación, el restablecimiento del orden jurídico vulnerado por dichos actos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA;

Primero.- DECLÁRASE la nulidad de los siguientes apartes del inciso segundo del artículo 22 del Decreto1768 de 1994:

"La elección se efectuará en la sesión ordinaria del año, que deberá realizarse en la primera semana del mes de febrero. El Director anterior continuará su período hasta la fecha de esta elección".

Segundo.- DENIÉGASE la pretensión de la demanda relativa a la declaratoria de nulidad del parágrafo transitorio del artículo 18 del Decreto 1768 de 1994.

Tercero.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cuarto.- En firme esta sentencia, comuníquese a la señora Ministra del Medio Ambiente y 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 dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera el auto admisorio de la demanda que decretó la suspensión provisional de la parte acusada del inc. 2 del art. 22 Decreto 1768/94.

CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL-Presupuesto/**PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL/EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEPARTAMENTAL**-Exclusión/**SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA DEPARTAMENTAL**-Exclusión/**PRESUPUESTO DE ENTIDAD DESCENTRALIZADA LOCAL**

Con apoyo en el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, que el 2% que debe destinarse para los gastos totales anuales de las Contralorías es del Presupuesto del Departamento sin incluir los de las entidades descentralizadas y que cuando la ley habla de presupuesto del respectivo Departamento, se está refiriendo al expedido anualmente por la Asamblea Departamental con base en el proyecto presentado por el Gobernador diferente del presupuesto de las entidades descentralizadas, cuya aprobación corresponde a sus Juntas Directivas. A la luz de lo dispuesto en la Ley 38 de 1989, se tiene que los presupuestos de las empresas industriales y comerciales, excepción hecha de lo relativo a sus utilidades y los de las sociedades de economía mixta, no son parte del Presupuesto General, y por lo tanto, no les son aplicables a las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, salvo en lo que concierne a las utilidades de las empresas industriales y comerciales.

LEY ORGÁNICA DE PRESUPUESTO/EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO DEL ORDEN NACIONAL-Utilidades/**PRESUPUESTO NACIONAL**-Recursos de Capital/**CONPES**-Atribuciones

La Ley 38 de 1989, en el artículo 26 expresa que las utilidades de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son de propiedad de la Nación y que el CONPES, en cada vigencia fiscal determinará el Plan Operativo Anual de Inversión la cuantía de las utilidades que entrarán a ser parte de los recursos de Capital del Presupuesto Nacional.

LEY ORGÁNICA DE PRESUPUESTO-Principios/**PRESUPUESTO LOCAL/PRESUPUESTO DE ENTIDAD DESCENTRALIZADA**

Los principios y disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto son aplicables a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo.

LEY ORGÁNICA DE PRESUPUESTO/ESTABLECIMIENTO PÚBLICO-Recursos/**PRESUPUESTO/PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD**

Los presupuestos de los establecimientos públicos son parte del Presupuesto General de la Nación y a ellos les son aplicables las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto General. En aplicación del principio de la Universalidad, los estimativos de ingresos de los establecimientos públicos incluirán todos los recursos de capital, que éstos esperen recibir o reciban durante el año fiscal, sin deducción alguna, los cuales se identificarán y clasificarán por separado en el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital (arts. 11 y 22 de la Ley 38 de 1989).

UTILIDADES DE EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL NACIONAL

Las utilidades de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son de propiedad de la Nación; su cuantía hace parte de los recursos de Capital del Presupuesto Nacional (arts. 26, Ley 38 de 1989).

PRESUPUESTO/EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL NACIONAL/SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA/LEY ORGÁNICA DEL PRESUPUESTO-Inaplicación

A la luz de lo dispuesto en la Ley 38 de 1989, se tiene que los presupuestos de las empresas industriales y comerciales, excepción hecha de lo relativo a sus utilidades y los de las sociedades de economía mixta, no son parte del Presupuesto General y por lo tanto, no les son aplicables las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, salvo en lo que concierne a las utilidades de las empresas industriales y comerciales.

NORMA ACUSADA/NORMA VIOLADA-Vigencia/**LEY POSTERIOR/ILEGALIDAD SOBREVINIENTE**-Improcedencia/**INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE**

La nulidad del artículo 52 de la Ordenanza No. 004 del 14 de agosto de 1991, debe ventilarse a la luz de lo dispuesto en la Ley 38 de 1989, vigente cuando se dictó el acto ordenanzal acusado, y no respecto a las disposiciones de las leyes 21 de 1992 y 88 de 1993 que por haberse dictado posteriormente no podían ser violadas por él, amén de que para el caso de sobrevenir alguna

violación de tales leyes procede la observación de que si bien es cierto la jurisprudencia ha reconocido la existencia de la nulidad sobreviniente, lo ha hecho respecto de las normas constitucionales, pero no en relación con las disposiciones legales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA.

Referencia: Expediente No. 3150. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. Actor: HUGO SALAZAR PELÁEZ.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Departamento de Valle del Cauca contra la sentencia de 6 de septiembre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de ese Departamento, mediante la cual consideró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y declaró la nulidad de la expresión "y los de las entidades descentralizadas", contenida en el artículo 52 de la Ordenanza No. 004 de 14 de agosto de 1991.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

En acción pública el ciudadano Hugo Salázar Pélaez solicitó la nulidad del artículo 52 de la Ordenanza No. 004 de 14 de agosto de 1991, emanada de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, "Por la cual se fija la estructura de la Contraloría Departamental y se atemperan sus funciones a la nueva Constitución Política".

Señaló el actor en esa oportunidad como normas violadas el artículo 308 de la Constitución Política; el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958; el artículo 158 del C.C.A., y los artículos 86 y 245 del Decreto No. 1222 de 1986.

Lo anterior, por cuanto el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha decretado la nulidad de todas aquellas ordenanzas y/o decretos ordenanzales que han pretendido violar lo dispuesto en el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, reproducido en el Decreto 1222 de 1986. Ha expresado al respecto el Consejo de Estado:

> "Las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales, no podrá exceder, en ningún caso, y para cada departamento, el dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos.
>
> "Cuando la ley habla de Presupuesto del respectivo Departamento, se está refiriendo al expedido anualmente por la Asamblea Departamental con base en el proyecto presentado por el Gobernador, diferente del presupuesto de las entidades descentralizadas cuya aprobación corresponde a sus Juntas Directivas. Por esto se predica de dichas entidades que poseen autonomía presupuestal y administrativa.

"Entonces, mal puede entenderse que el presupuesto de las entidades descentralizadas forme parte del presupuesto del departamento...". (Sentencia de 11 de junio de 1991, Sección Primera, expediente No. 1493, Cosejero Ponente, Dr. Miguel González R.).

De otra parte, según el demandante, existe flagrante violación del artículo 158 del C.C.A., subrogado por el artículo 34 del Decreto 2304 de 1989 y reproducido en el artículo 82 del Decreto 1222 de 1986, toda vez que el artículo 52 acusado reproduce en esencia lo que en su momento dispuso la Ordenanza No. 001 de 1981, declarada nula mediante sentencia del 31 de agosto de 1989 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

La razón fundamental de la ordenanza anulada era incluir también los presupuestos de las empresas industriales y comerciales del Departamento, de los establecimientos públicos e institutos descentralizados, como base sobre la cual se liquidaría el 2% destinado a la Contraloría Departamental.

El artículo 52 de la Ordenanza No. 004 de 1991 al pretender que el presupuesto del departamento lo conforme el de la administración central con sus adiciones presupuestales por cualquier concepto, salvo las excepciones de ley y los de las entidades descentralizadas, reproduce la violación de la Ley 6a. de 1958 y del artículo 245 del Decreto 1222 de 1986, censuradas en la Ordenanza anulada.

La defensa por su parte argumenta que no es cierto que se violen dichas disposiciones, puesto que la Ley 38 de 1989 en su artículo 11, en concordancia con el artículo 10o. de la Ley 21 de 1992 y Ley 88 de 1993, correspondientes estas últimas a los presupuestos de 1993 y 1994 respectivamente, desvirtúan la aseveración del impugnante quien desconoce la autorización implícita de esas normas, que le dan plena vigencia jurídica al artículo demandado.

Además, con posterioridad a las normas y a los fallos jurisprudenciales citados en la demanda, se promulgaron las leyes arriba mencionadas, debiendo hacerse la salvedad de que el presupuesto de las entidades descentralizadas sí hace parte del presupuesto general del Departamento, pues al aprobarse el presupuesto de éste por la Asamblea, se aprueba como un todo y no individualmente por la entidad.

Es cierto, dice la demandada, que el artículo 308 de la Constitución Política le asigna a la ley la función de limitar las aprobaciones departamentales a la Asamblea y Contraloría departamentales, empero son la Ley de Presupuesto de 1992 y 1993 y la Ley 38 de 1989, Estatuto Orgánico del Presupuesto, las que constituyen el soporte jurídico del artículo impugnado, el cual tiene plena vigencia jurídica.

2. LA PROVIDENCIA APELADA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las consideraciones expuestas por ese mismo Tribunal en sentencia del 31 de agosto de 1989:

"Sostuvo el demandante, entonces, que al disponer la Asamblea Departamental que las entidades descentralizadas debían transferir el 2% de sus presupuestos a la Contraloría Departamental se violó directamente el 6o. de la Ley 6a. de 1958, norma que corresponde actualmente al artículo 245 del Decreto 1222 de 1986 actual Código de Régimen Departamental porque explícitamente están ordenando estas normas que sólo se destinen a las Contralorías el 2% del presupuesto en cada departamento y no el de sus entes descentralizados.

"Estima el Tribunal que les asiste plena razón al actor si se tiene en cuenta que la disposición de la Asamblea es un acto administrativo contrario a las previsiones legales y violatorio además del régimen de descentralización adminstrativa que inspira el ordenamiento constitucional..."

De igual manera el a-quo tuvo en cuenta entre cosas decisiones, la contenida en el Auto No. 1015 de 18 de julio de 1991, Expediente No. 1728, Consejero Ponente, Dr. Yesid Rojas Serrano:

"Por lo anterior, la Sala encuentra conforme a derecho la decisión del Tribunal del Cesar de suspender provisionalmente el acto demandado, pues las dos normas que se confrontan en el caso analizado (el inciso 2o. del artículo 97 de la ordenanza 024de noviembre 29 de 1989 proferida por la Asamblea del Cesar y erl artículo 245 del Código del Régimen Departamental), aparece realmente disconformes, pretendiendo ir la subordinada más allá de la letra y el espíritu de la que le es superior y limitante hasta el punto de contradecirla y desacatarla".

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca al estudiar la medida de suspensión provisional encontró que de la confrontación del artículo acusado con el artículo 245 del Código de Régimen Departamental surge una abierta antinomia y contradicción en cuanto incluye la norma acusada como parte del presupuesto departamental, el de las entidades descentralizadas.

Por último, el fallador de primera instancia tiene en cuenta lo sostenido por el procurador delegado ante el Tribunal:

"Recopilado lo anterior, el Departamento es un ente descentralizado territorial autónomo, separado de los entes descentralizados por servicios lo que imposibilita por tanto la unificación de presupuestos, toda vez que la separación de ellos es lo que mantiene y desarrolla la esencia misma de la descentralización.

"Por tanto, la disposición legal, proveniente de un precepto constitucional no puede ser variada por una ordenanza como la No. 004, la cual en su artículo 52 mantiene la cifra del 2%, pero varía sin base jurídica que lo permita, el presupuesto respectivo departamental, al adicionarlo con los de otros entes descentralizadas".

3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Son en síntesis los siguientes:

La ley 6a. de 1958 en su artículo 6o. ha sido ampliada y aclarada por la Ley 38 de 1989, debiendo interpretarse dicho artículo 6o. en el sentido de que los presupuestos de los departamentos no son tan restringidos como antaño, sino que el concepto es más amplio e involucra el principio de universalidad que debe ser puesto en práctica desde la expedición del Estatuto Orgánico del Presupuesto, lo que hace que el aludido artículo haya sufrido una derogatoria tácita parcial.

A lo anterior se auna que todas las normas sobre presupuesto expedidas con posterioridad al Estatuto Orgánico del Presupuesto, expresamente incluyen a los establecimientos públicos como responsables del pago de las cuotas se auditaje.

La Ley Orgánica del Presupuesto tiene un carácter superior a otras normas, razón por la cual las leyes del presupuesto general que de ella se derivan, conservan la misma relevancia jurídica que no puede ser desconocida por ningún motivo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El acto acusado en esta oportunidad es el artículo 52 de la Ordenanza No. 004 de 1991, expedida por la Asamblea Departamental del Valle, "Por la cual se fija la estructura de la Contraloría Departamental y se atemperan sus funciones a la Nueva Constitución Política".

Dice así el mencionado artículo 52:

> "Según lo dispuesto en el Artículo 272 de la Constitución Nacional, la Contraloría Departamental tendrá autonomía presupuestal. La transferencia legal no será inferior al 2% y se apropiará de acuerdo con el principio de universalidad, en el sentido de que el presupuesto total del Departamento se conforma por el de la Administración Central, con sus adiciones presupuestales por cualquier concepto salvo las escepciones de Ley, y los de las Entidades Descentralizadas".

En esencia, el fundamento del recurso lo hace consistir el apelante en el hecho de que la Ley 38 de 1989, Orgánica del Presupuesto, consagró al principio de la universalidad del presupuesto, derogando tácita y parcialmennte el artículo 6o. de la Ley 58 de 1958; reproducido en el artículo 245 del Decreto No. 1222 de 1986.

Dice el recurrente que a partir de la expedición de la Ley 38 de 1989, debe entenderse que los presupuestos de los departamentos, no son tan restringidos como se hacía antaño, sino que el concepto es más amplio, involucrando el principio de universalidad.

Agrega el apelante que todas las normas sobre presupuestos expedidas con posterioridad al Estatuto Orgánico del Presupuesto, expresamente incluyen a los establecimientos públicos como responsables del pago de las cuotas de auditaje. Para el efecto cita el Decreto 2819 de 1991 y la Ley 21 de 1992.

La Sala, con algunos interrogantes formulados últimamente, ha venido sosteniendo, con apoyo en el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, que el 2% que debe destinarse para

los gastos totales anuales de las Contralorías es el del Presupuesto del Departamento sin incluir los de las entidades descentralizadas y que cuando la ley habla de presupuesto del respectivo Departamento, se está refiriendo al expedido anualmente por la Asamblea Departamental con base en el proyecto presentado por el Gobernador diferente del presupuesto de las entidades descentralizadas, cuya aprobación corresponde a sus Juntas Directivas.

Sin embargo, con posterioridad a la Ley 6a. de 1958, se han expedido normas constitucionales y legales en materia de régimen presupuestal, que llevan a la Sala a formular las siguientes observaciones:

Por diposición del artículo 352 de la Constitución Nacional, "la ley Orgánica del Presaupuesto regulará lo correspondencia a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de lo entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su condición con el Plan Nacional de Desarrollo...".

El artículo 353 de la misma Carta Política de 1991, ordena que "Los principios y las disposiciones establecidas en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración aprobación y ejecución de su presupuesto".

Por su parte, la Ley 38 de 1989, contiene entre otras, las siguientes disposiciones:

"ARTÍCULO 1o. La presente Ley constituye el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación a que se refiere el inciso 1o. del artículo 210 de la Constitución Política. En consecuencia, todas las disposiciones en materia presupuestal deben ceñirse a las prescripciones contenidas en este Estatuto que regula el sistema presupuestal".

"ARTÍCULO 2o. Cobertura del Estatuto, Comprende el sistema presupuestal que abarcará dos niveles: El Presupuesto General de la Nación que incluye las tres Ramas del Poder Público, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y los Establecimientos Públicos Nacionales, a quienes se aplicarán todas las normas del presente Estatuto. Un segundo nivel que incluye la fijación de metas financieras a todo el sector público y la distribución de las utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución Política y la ley le otorgan.

"ARTÍCULO 11. Universalidad. Los estimativos de ingresos incluirán el total de los provenientes de impuestos, rentas, recursos y rendimientos por servicios o actividades de la Nación o de las entidades y organismos contemplados en el artículo 2o. del presente estatuto, y todos los recursos de capital que aquellas y éstos esperen recibir o reciban, durante el año fiscal sin deducción alguna".

"ARTÍCULO 22. Ingresos de los Establecimientos Públicos. En el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital se identificarán y clasificarán por separado las rentas y recursos de los Establecimientos Públicos...".

Ahora, la Ley 38 de 1989, en el artículo 26 expresa que las utilidades de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son de propiedad de la Nación y que el CONPES, en cada vigencia fiscal determinará en el Plan Operativo Anual de Inversión la cuantía de las utilidades que entrarán a ser parte de los recursos de Capital de Presupuesto Nacional.

De las normas constitucionales y legales mancionadas, se deducen las siguientes conclusiones:

1a. Los principios y disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto son aplicables a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo (arts. 352 de la C.N., 1o. de la Ley 38 de 1989).

Los presupuestos de los establecimientos públicos son parte del Presupuesto General de la Nación y a ellos les son aplicables las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto General.

3o. En aplicación del principio de la Universalidad, los estimativos de ingresos de los establecimientos públicos incluirán todos los recursos de capital que éstos esperen recibir o reciban durante el año fiscal, sin deducción alguna, los cuales se identificarán y clasificarán por separado en el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital (arts. 11 y 22 de la Ley 38 de 1989).

4o. Las utilidades de las Empresas Industriales y Comerciales, están incluidas en el segundo nivel del Estatuto Presupuestal (arts. 2 Ley 38 de 1989).

5o. Las utilidades de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son de propiedad de la Nación; su cuantía hace parte de los recursos de Capital del Presupuesto Nacional (art. 26, Ley 38 de 1989).

6o. Los presupuestos de las empresas industriales y comerciales y los de las sociedades de economía mixta, no son parte del Presupuesto General de la Nación, pues no esán incluídos en su cobertura.

7o. En relación con las empresas industriales y comerciales son sus utilidades las que hacen parte del Presupuesto General.

Como gran conclusión, a la luz de los dispuesto en la Ley 38 de 1989, se tiene que los presupuestos de las empresas industriales y comerciales, excepción hecha de lo relativo a sus utilidades y los de las sociedades de economía mixta, no son parte del Presupuesto General y por lo tanto, no les son aplicables las disposiciones de la Ley

Orgánica del Presupuesto, salvo en lo que concierne a las utilidades de las empresas industriales y comerciales.

Todo lo anterior para observar finalmente, que la legislación en materia presupuestal dictada con posterioridad a la Ley 6a. de 1958, no ha derogado, ni expresa, ni tácitamente su artículo 6o. del que se desprende que del Presupuesto del Departamento no hacen parte el de las entidades descentralizadas, denominadas empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

El recurrente en la demanda y en el recurso se apoya también en las Leyes 21 de 1992 y 88 de 1993, por las cuales se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y la Ley de Apropiaciones para la vigencia fiscal de 1993 y 1994, respectivamente, complementarias de la Ley Orgánica de Presupuesto, para insistir en su tesis según la cual en virtud de los precitados estatutos, dictados con posterioridad a la Ley 6a. de 1958, del presupuesto de los departamentos hacen parte el de las entidades descentralizadas.

Al respecto estima la Sala que el tema planteado y concretamente el de la nulidad del artículo 52 de la Ordenanza No. 004 del 14 de agosto de 1991, deben ventilarse a la luz de lo dispuesto en la Ley 38 de 1989, vigente cuando se dictó el acto ordenanzal acusado, y no respecto a disposiciones que por haberse dictado posteriormente no podían ser violadas por él, amén de que para el caso de sobrevenir alguna violación de tales leyes procede la observación de que si bien es cierto la jurisprudencia ha reconocido la existencia de la nulidad sobreviniente, lo ha hecho respecto de las normas constitucionales, pero no en relación con las diposiciones legales.

Así las cosas, el acto acusado es nulo parcialmente si se entiendera aplicable a todas las entidades descentralizadas, pero no lo es en la medida en que de acuerdo con las normas analizadas el Presupuesto del Departamento incluye el de algunos de las entidades descentralizadas como los establecimientos públicos y las utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Con los alcances aquí determinados, 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:

MODIFÍCASE PARCIALMENTE la sentencia de 6 de septiembre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el sentido de que la nulidad de la expresión "y los de las entidades descentralizadas" se refiere a las sociedades de economía mixta y a las empresas industriales y comerciales del Departamento, salvo en lo atinente a las utilidades de éstas últimas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 11 de mayo de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: En el mismo sentido pueden consultarse la providencia del 11 de junio de 1991; expediente No. 1493, Consejero Ponente: MIGUEL GONZÁLEZ, Actor: RAMIRO DE JESÚS ANGULO y del 18 de julio de 1991; Expediente No. 1728; Consejero Ponente: YESID ROJAS SERRANO; Actor: CARLOS RODOLFO ORTER.

CONCEJO MUNICIPAL-Funciones/**VÍAS PÚBLICAS**-Parques/**TASA/BIENES DE USO PÚBLICO/BIENES FISCALES**-Naturaleza

Los bienes de uso público son aquellos cuyo dominio pertenece a la República y su uso a todos los habitantes. como el de las calles, plazas, puentes y caminos; pertenecen únicamente a la Nación y sobre ellos se ejerce por el Estado doninio eminente, de conformidad con las disposiciones del Código Civil y con "las demás que sobre la materia contengan las leyes". (art. 678 C.C.). Los bienes fiscales son aquellos cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes y con respecto a los cuales el Estado se comporta como titular del derecho de dominio a manera de un propietario particular. Tal es el caso de los baldíos, las minas y los yacimientos,de las fincas, derechos y acciones que posee y de las rentas que percibe. Si bien las vías son bienes públicos del territorio, cuyo uso pertenece a todos los habitantes y además están destinados a satisfacer necesidades colectivas, la Constitución Nacional y la ley han encargado a los Municipios, concretamente a los Concejales de tales entidades territoriales, su administración y reglamentación. Las facilidades a las que se ha hecho mención, le permiten a la administración municipal regular la utilización de los bienes de uso público, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 678 del Código Civil según el cual, "el uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles,plazas, puentes y caminos públicos, en ríos, y lagos, y generalmente en todos los bienes de la Unión de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes". Las vías públicas como bienes de uso público que son, están llamadas a satisfacer, como ya se dijo,

necesidades colectivas, a ser usadas por todos los habitantes. Por estas características, su uso requiere de administración y reglamentación para garantizarlo en la proporción y en la conviviencia que implica su destinación, y para evitar el caos y el desorden que en de terminado caso podrían originarse con el uso abusivo y excluyente por parte de todos y cada uno de los habitantes de la ciudad so pretexto de un exagerado y absurdo derecho de pertenencia. En este sentido, la tasa impuesta por el Consejo mediante el Acuerdo acusado, viene a ser mediante medida reglamentaria tomada con base en las funciones del cabildo ya mencionadas, procedente para regular el servicio público del tránsito y evitar así el uso desordenado y exclusivo de los habitantes quienes amparados en un falso derecho de usar las vías, y estipulados por la falta de contraprestación alguna, pudieran estacionar sus vehículos en cualquier lugar y por el tiempo que a bien tuvieran.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contecioso Administrativo.-Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia.: Expediente No. 3170. AUTORIDADES MUNICIPALES. Actora: JESSICA MEEK BENIGNI.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpusato por el señor Procurador 14 en lo Judicial ante el Tribunal Administrativo del Atlántico contra la sentencia de 16 de septiembre de 1994, mediante la cual la mencionada Corporación negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La actora de la referencia en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó la nulidad del artículo primero del Acuerdo No. 010 del 25 de julio de 1988, emanado del Concejo Municipal de Barranquilla, "Por el cual se modifica el Acuerdo 045 Bis de diciembre 21 de 1970 y se dictan otras disposiciones".

El acto acusado es del siguiente tenor:

> "ARTÍCULO PRIMERO: El artículo tercero del Acuerdo Bis 1 de 1970, quedará así: A los vehículos automotores estacionados en las vías públicas que mediante Decreto señale el Alcalde, se les cobrará la suma de cincuenta pesos (50,oo) por hora o fracción, por concepto de derecho de ocupación transitoria de las mismas".

La demandante consideró que la norma petranscrita viola los artículos 674 y 678 del C.C., en razón a que las calles y las carreras son bienes que pertenecen a la Nación, y además de uso público, por lo que solamente el Estado puede diaponer de su administración y reglamentación en cuanto a su uso y goce.

Agrega la actora que el Concejo Municipal al expedir la norma acusada está ejerciendo una función que corresponde exclusivamente al Congreso Nacional a través de una ley; o bien mediante un acto del Presidente de la República, previa autorización del Congreso.

LA SENTENCIA APELADA

El *a-quo* en la providencia recurrida parte de la base de que la suma de dinero que en virtud de la disposición acusada se cobra por concepto de derecho de ocupación de las vias públicas, no es un impuesto, sino una tasa por servicio prestado directamente.

El Tribunal, después de sentar la premisa anterior, llega a la conclusión de que el acto enjuiciado no viola los artículos 674 y 678 del C.C., porque los bienes de uso público pueden ser empleados por la colectividad en las condiciones que fije la ley.

Fundamenta el *a-quo* su apreciación en el siguiente argumento:

> "Del texto del artículo 678 del Código Civil se advierte que el derecho de uso de los bienes públicos no los dejó la ley a la liberalidad absoluta de los habitantes del territorio colombiano, sino que se reservó la posibilidad de fijar las condicionee en que se utilizarían. Así, por ejemplo, los numerales 1 y 2 del artículo 34 del Decreto 1333 de 1986 (subrogado por el artículo 2o. de la Ley 9a. de 1989), establecieron, respectivamente, que en los municipios se adoptaría un reglamento de uso del suelo y un plan vial de servicios públicos y de obras públicaa. A su vez, el artículo 40 del mismo decreto citado atribuyó a los concejos municipales la facultad de disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y arreglo de las calles de las poblaciones y caseríos; conceder permisos para ocuparlos con canalizaciones subterráneas y postes para alambres y cables eléctricos, rieles para ferrocarriles, torres y otros aparatos para cables aéreos y en general, con accesorios de empresas de interés municipal. Asimismo, los artículos 49 de la Ley 14 de 1983 y 214 del Decreto 1333 de 1986, establecieron el impuesto de circulación y tránsito de vehiculos".

EL RECURSO DE APELACIÓN

Exprexa en esencia el apelante que los Municipios y los Departamentos no pueden ejercer actos de dominio sobre las vías públicas a menos que estén directamente autorizados por ley para ello. Es obvio que cobrar por, el uso de un bien constituye un acto de dominio sobre dicho bien.

Que las facultades otorgadas a los Concejos por el Decreto 1333 de 1986 o el artículo 2o. de la Ley 9a. de 1989 para adoptar un reglamento del uso del suelo y un plan vial de servicios públicos y obras públicas, lo mismo que para mejorar las calles y conceder permiso para ocuparlas con canalizaciones subterráneas, postes para alambre y cables eléctricos, etc., no son autorizaciones legales para que los municipios ejerzan actos de

dominio sobre las vías públicas, ni equivalen a un dominio de quienes adoptan tales reglamentos o ejecutan tales obras sobre los bienes afectados.

Dice el recurrente, refiriéndose a los artículos 49 de la Ley 14 de 1983 y 214 del Decreto 1333 de 1986 en los que se estableció el impuesto de circulación y tránsito de vehículos, que los impuestos no los fija el Estado a cambio de una contraprestación que reciba el contribuyente ni su fijación requiere que se tenga la propiedad del bien objeto de él como para que implique un acto de dominio.

Termina su discurso el apelante manifestando que las normas que establecen el impuesto de circulación y tránsito de vehículos no envuelven que el Municipio sea dueño de los vehículos por cuya actividad cobra o que el Municipio ejerza un acto de dominio sobre las calles en las cuales se ejerce la actividad por la cual se impone un gravamen. La imposición se fija sobre la actividad del vehículo y no constituye un cobro por el uso de las calles.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Novena Delegada en lo Contencioso solicita que se revoque la sentencia apelada y que en su lugar se declare la nulidad del acto acusado. Fundamenta su petición en los argumentos que a continuación se sintetizan:

De lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 34 del Decreto 1333 de 1986, subrogado por el artículo 2o. de la Ley 9a. de 1989 y en los artículos 40 y 214 del mismo estatuto y 49 de la Ley 14 de 1983, no puede deducirse que el Concejo Municipal de Barranquilla esté facultado por la ley para imponer la tasa que estableció en el acto acusado. Las precitadas disposiciones facultan a los municipios para regular situacionee a las que no se refiere la norma impugnada.

El impuesto de circulación y tránsito de vehículos toca solo con el gravamen que pagan los particulares por el rodamiento de aquellos en las vías públicas, en tanto que en el acto acusado, se fija una tasa por el estacionamiento de los vehículos en ellas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Mediante el acto acusado se cobra a los vehículos automotores estacionados en las vías públicas que mediante decreto señale el Alcalde, la suma de $50,oo por hora o fracción, por concepto de derecho de ocupación transitoria de dichas vías.

La demandante afirma que el acto acusado viola los artículos 674 y 678 del Código Civil, los cuales preceptúan:

> "Art. 674. Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la república.
>
> "Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio; como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

"Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales".

"Art. 678. El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes de la Unión de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes".

El Tribunal de primera instancia denegó la nulidad solicitada porque, según su criterio "el derecho de uso de los bienes públicos no los dejó la ley a la liberalidad absoluta de los habitantes del territorio colombiano, sino que se reservó la posibilidad de fijar las condiciones en que se utilizarían".

Consecuente con lo anterior y a manera de ejemplos –dice el *a-quo*–, que los numerales 1 y 2 del artículo 34 del Decreto 1333 de 1986 (subrogado por el artículo 2o. de la Ley 9a. de 1989), autorizan a los Municipios para adoptar un reglamento de uso del suelo y un plan vial de servicios públicos y de obras públicas, y que el artículo 40 del mismo decreto, atribuyó a los Concejos Municipales la facultad de disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y arreglo de las calles de las poblaciones y caseríos y de conceder permiso para ocuparlos con canalizaciones subterráneas y postes para alambres y cables eléctricos, rieles para ferrocarriles, torres y otros aparatos para cables aéreos y en general, con accesorios de empresas de interés municipal.

Agrega además el *a-quo* que los artículos 49 de la Ley 14 de 1983 y 214 del Decreto 1333 de 1986, establecieron el impuesto de circulación y tránsito de vehículos.

Las circunstancias anteriormente expuestas llevan a la Sala a recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 674 del Código Civil, los bienes del Estado son de dos clases: de uso público y fiscales.

Los bienes de uso público con aquellos cuyo dominio pertenece a la República y su uso a todos los habitantes, como el de calles, plazas, puentes y caminos; pertenecen únicamente a la Nación y sobre ellos se ejerce por el Estado dominio eminente, de conformidad con las disposiciones del Código Civil y con "las demás que sobre la materia contengan las leyes". (art. 678 C.C.)

Los bienes fiscales son aquellos cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes y con respecto a los cuales el Estado se comporta como titular del derecho de dominio a la marera de un propietario particular. Tal es el caso de los baldíos, las minas y los yacimientos, de las fincas, derechos y accionee que posee y de las rentas que percibe. (El Poder Municipal, Dr. Javier Henao Hidrón, 7a. edición 1995, Biblioteca Jurídica, pág, 199).

En el caso que nos ocupa el Tribunal para denegar la nulidad de la norma acuesda se apoya en el artículo 40 del Decreto 1333 de 1986, vigente por la época en que se dictó

el acto impugnado, según el cual, "corresponde a los Concejos Municipales disponer lo conveniente sobretrazado, apertura, ensanche y arreglo de las calles y de las poblaciones y caseríos, y conceder permiso para ocuparlas con canalizaciones subterráneas y postes para alambres y cables eléctricos, rieles para ferrocarriles, torres y otros aparatos para cables aéreos, y en general, con accesorios de empresas de interés municipal".

Se fundamenta también el *a-quo* en lo dispuesto en el artículo de la Ley 9a. de 1989 que subrogó los numerales 1 y 2 del artículo 34 del Decreto 1333 de 1986 y que se refiere a la facultad que tienen los Concejos Municipales para adoptar un reglamento de usos de suelo y un plan vial de servicios públicos y obras públicas.

Frente a lo expuesto, la Sala se permite hacer las siguientes observaciones:

De conformidad con la Constitución Nacional de 1886, vigente para la época en que se dictó el acto acusado, el Concejo Municipal mediante Acuerdos, tiene entre otras las funciones de ordenar lo conveniente para la administración del distrito, y ejercer las demás funciones que la ley le señale (Artículo 197, numerales 1 y 8).

Las anteriores disposiciones fueron ratificadas en los mismos términos por el Decreto Ley 1333 de 1986 en sus numerales 1 y 8 del artículo 92.

Consecuente con lo anterior, la Ley 72 de 1926 por la que se facultó al Municipio de Bogotá y luego a las demás capitales de Departamento y a los municipios cuyo presupuesto sea o exceda de trescientos mil pesos, otorgó a los municipios potestad para la administración y ensanche de todas las vías públicas existentes dentro de la ciudad, con excepción de las carreteras nacionales.

Y el artículo 40 del Decreto-Ley 1333 de 1986 expresó que "Corresponde a los Concejos Municipales disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y arreglo de las calles de las poblaciones y caseríos; y conceder permiso para ocuparlas con canalizaciones subterráneas y postes para alambres y cables eléctricos, rieles para ferrocarriles, torres y otros aparatos para cables aéreos y en general, con accesorios de empresas de interés municipal".

Por su parte, la actual Constitución Política en su Artículo 313, numerales 1 y 7, le confiere a los Consejos, entre otras las atribuciones de reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio y reglamentar los usos del suelo.

Significa lo anterior que si bien las vías son bienes públicos del territorio, cuyo uso pertenece a todos los habitantes y además están destinados a satisfacer necesidades colectivas, la Constitución Nacional y la ley han encargado a los Municipios, concretamente a los Concejos de tales entidades territoriales, su administración y reglamentación. Las facultades a las que se ha hecho mención, le permiten a la administración municipal regular la utilización de los bienes de uso público, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 678 del Código Civil según el cual, "el uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

calles, plazas, puentes y caminos públicos, en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes de la Unión de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes". (Subrayas de la Sala)

Las vías públicas como bienes de uso público que son, están llamadas a satisfacer, como ya se dijo, necesidades colectivas, a ser usadas por todos los habitantes. Por estas características, su uso requiere de administración y reglamentación para garantizarlo en la proporción y en la conveniencia que implica su destinación, y para evitar el caos y el desorden que en determinado caso podrían originarse con el uso abusivo y excluyente por parte de todos y cada uno de los habitantes de la ciudad so pretexto de un exagerado y absurdo derecho de pertenencia.

En este sentido, la tasa impuesta por el Concejo mediante el Acuerdo acusado, viene a ser una medida reglamentaria tomada con base en las funciones del cabildo ya mencionadas, procedente para regular el servicio público del tránsito y evitar así el uso desordenado y exclusivo de los habitantes quienes amparados en un falso derecho de usar las vías, y estimulados por la falta de contraprestación alguna, pudieran estacionar sus vehículos en cualquier lugar y por el tiempo que a bien tuvieran.

Por lo demás, como argumento adicional debe observar la Sala que la imposición de la tasa por uso de las vías, no debe entenderse como una actitud a través de la cual el Concejo Municipal dispute a la Nación el dominio de las calles, ni como la pretensión de apropiarse o disponer de ellas. Es una medida de reglamentación o si se quiere de administración dictada por el Concejo en ejercicio de las facultades que le confieren la Constitución y la ley.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia de fecha 16 de septiembre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el 18 de mayo de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

DISTRITO CAPITAL/PARTIDA PRESUPUESTAL/SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN-Prórroga/**VEEDOR DEL TESORO**-Período/**CESACIÓN DE FUNCIONES**

Aparece claro que el señor Veedor del Tesoro se extralimitó en el ejercicio de sus funciones puesto que a través del acto acusado suspendió la ejecución de unas partidas del presupuesto del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá más allá del término de tres años que se señaló para el desempeño de su cargo en el artículo transitorio 34 de la Carta Política, el cual venció el 1o. de agosto de 1994, conforme lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto del 27 de julio de 1994, Ponente, doctor Javier Henao Hidrón, Radicación 626. Por ello resulta desprovisto de fundamento lo afirmado por el apoderado de la entidad demandada en la contestación de la demanda en el sentido de que su competencia cobijaba todas las elecciones de 1994, incluida la del 30 de octubre del mismo año. Igualmente ha descartado lo sostenido por el citado apoderado de que por razón de la descentralización y la autonomía de que gozan las entidades territoriales se justificaba el control de las elecciones locales, dado que la competencia que se le asignó al Veedor del Tesoro sólo podía ejercitarse, como antes se dijo, durante el período y sin tener en cuenta la clase de autoridad que asignará las partidas presupuestales en forma contraria al precepto constitucional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C. ventritrés (23) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3042. Acción: Nulidad. Actor: SANTIAGO SALAH ARGÜELLO.

El ciudadano y abogado SANTIAGO SALAH ARGÜELLO, 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 la Resolución no. 000526 de 27 de julio de 1994 "Por la cual se prorroga la suspensión de la ejecución de unas partidas del presupuesto del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, correspondiente a la vigencia fiscal de 1994", expedida por el Veedor de Tesoro.

I.- CAUSA PETENDI

I.1.- En apoyo de sus pretensiones el actor adujo los siguientes cargos de violación:

1o.) El artículo transitorio 34 de la Constitución Política señaló el término de tres años para que el Veedor del Tesoro cumpliera sus funciones, las cuales fueron reglamentadas mediante el Decreto no. 2093 de 6 de septiembre de 1991.

Al expedir el Veedor del Tesoro la Resolución acusada el 27 de julio de 1994, o sea, tres días antes de expirar el período, por medio de la cual prorrogó la vigencia de la Resolución no. 000168 de 22 de marzo de 1994, indudablemente incurrió en una extralimitación de sus funciones y en la violación flagrante del mandato constitucional.

Considerando que las elecciones de Alcaldes y Concejales debían realizarse el 30 de octubre de 1994, de acuerdo con el calendario electoral, la determinación hecha por el Veedor del Tesoro mediante la Resolución acusada implicaría una ultractividad o extralimitación de sus funciones y competencia hasta aproximadamente el mes de Diciembre del mismo año, habida cuenta que su decisión comprende inclusive hasta un período de treinta días después de efectuada dicha elección popular.

2o.) Según el artículo 11 del Decreto Reglamentario No. 2093 de 6 de septiembre de 1991, que regulaba la Veeduría del Tesoro, se facultaba al Veedor para suspender la ejecución de partidas presupuestales, durante los tres meses anteriores a cada elección. Y, según el calendario electoral, la realización de las elecciones estaba prevista para el domingo 30 de octubre de 1994, lo cual indica que la Resolución acusada fue expedida tres días antes de los tres meses en los cuales se podían realizar dichas suspensiones.

II.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

A la demanda se le imprimió el trámite de procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público–, a través de apoderado, contestó la demanda y para oponerse a las pretensiones del actor adujo, en esencia, lo siguiente:

1.- La Resolución acusada fue expedida el 27 de julio de 1994, y según concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de la misma fecha, radicación no. 626, las funciones del Veedor del Tesoro culminaban el 1o. de agosto de 1994, razón por la cual no se puede predicar la extralimitación de competencias por parte de la Veeduría. En consecuencia, el primer cargo adolece de sustento alguno.

2.- En cuanto al segundo cargo, es importante resaltar que en ejercicio del artículo 34 transitorio de la Constitución Política, el Ejecutivo expidió el Decreto no. 2093 de 6 de septiembre de 1991, asignándole, entre otras funciones, al Veedor "suspender, mediante resolución, la ejecución de partidas presupuestales cuando a su juicio éstas tuvieran por objeto financiar campañas políticas o influir en sus resultados".

En la medida en que en el año 1994, se realizarían comicios electorales a todo nivel, deben interpretarse que la competencia del Veedor del Tesoro cobijada todas las elecciones realizadas en el mismo año, pues no tendría sentido que el control operara en unas elecciones y no en otras.

De acuerdo con el principio de la descentralización y autonomía, prescrito constitucionalmente, y en especial con las Leyes 60 de 1993 y 114 de 1994, se justifica mucho más el control para las elecciones locales, cuando hay aportes presupuestales que autónomamente pueden manejar estas entidades territoriales y que pueden ser desviadas para financiar campañas electorales, en lugar de cumplir su cometido.

Queda en manos del legislador ordinario, decidir la creación de la Veeduría del Tesoro con carácter permanente, no sólo para las próximas elecciones, sino con el fin de evitar que se desvíen los fondos referidos anteriormente.

Por lo tanto, se considera que la ampliación del término previsto en la Resolución no. 168 de 1994 es el cumplimiento de las funciones, que en control de la materia expuesta, ha realizado el Veedor del Tesoro en desarrollo de sus facultades constitucionales y legales.

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

la señora Procuradora Décima Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su alegato, se muestra partidiaria de que se decrete la nulidad del acto demandado, con fundamento en que el señor Veedor del Tesoro al expedirla, se excedió en las facultades constitucionales del artículo 34 transitorio, por cuanto sus efectos se extendieron a una campaña electoral que se efectuó por fuera, o excediendo el término de tres años de su período, que se vencieron el 1o. de agosto de 1994, fecha en la cual la Resolución no. 000526 de 1994 empezaba a tener vigencia y, por ende, sus efectos.

Es manifiesta entonces, a juicio de la Delegada, la extralimitación de funciones del señor Veedor de Tesoro, al expedir y dejar cumplir sus efectos, la Resolución demandada, con quebrantamiento del artículo 6o. de la Constitución Política y normas legales vigentes.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Las razones aducidas por la Sala en el auto de 30 de septiembre de 1994 que decretó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución acusada, conservan plena virtualidad y sirven también de sustento para decretar su nulidad. En efecto, dijo la Sala en esa oportunidad.

"Reza el acto acusado en el considerando f y en su parte resolutiva:

"...f. Que ante la proximidad de los comicios electorales previstos para la elección de alcaldes, concejales y juntas administrativas locales entre otros, se hace necesario prorrogar la suspensión de la ejecución de unas partidas del presupuesto del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, correspondientes a la vigencia de 1994..."

...RESUELVE:

"Artículo 1o. Prorrogar la vigencia de la Resolución No. 000168 del 22 de marzo de 1994, por medio de la cual se dispuso la suspensión de la ejecución de unas partidas del presupuesto del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, correspondientes a la vigencia fiscal de 1994, hasta por un período de treinta (30) días después de efectuada la elección popular correspondiente al calendario electoral para 1994.

"Artículo 2o. Notificar al Señor Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, D.C., y entregar copia auténtica de la presente providencia.

"Artículo 3o. La presente resolución modifica únicamente el término previsto en el artículo 1o. de la Resolución No. 000168 del 22 de marzo de 1994. En lo demás continúan vigentes las disposiciones de éstas.

"Artículo 4o. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición".

El artículo transitorio 34 de la Constitución Política, que se estima violado, es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO TRANSITORIO 34. El Presidente de la República, en un plazo no mayor de ocho días hábiles contados a partir de la promulgación de esta Constitución, designará, por un período de tres años un ciudadano que tendrá la función de impedir de oficio, o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del tesoro público, o del exterior, en las campañas electorales que se efectúan en el término indicado, exceptuando la financiación de las campañas electorales que se efectúen en el término indicado, exceptuando la financiación de las campañas electorales conforme a la Constitución o la Ley. Para este efecto

tendrá derecho a pedir y a obtener la colaboración de la Procuraduría General de la Nación, de la Contraloría General de la República, de todas las entidades públicas que ejerzan atribuciones de control y vigilancia y de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial.

El Presidente de la República reglamentará esta norma y le prestará al ciudadano todo el apoyo administrativo y financiero que le fuere indipensable".

"Para la Sala resulta claro que al confrontar la Resolución acusada con la norma constituional transitoria transcrita aparece prima facie que aquella quebrante en forma ostensible ésta. En efecto, cuando la citada Resolución prorroga la vigencia de la Resolución no. 000168 de 22 de marzo de 1994, que dispuso la suspensión de la ejecución de unas partidas del Presupuesto del Distrito Capital correspondientes a la vigencia fiscal de 1994 hasta treinta días después de efectuada la elección de Alcalde, Concejales y Juntas Administradoras Locales, esto es, después de 30 de octubre del presente año (artículo 1o. de la Ley 163 de 1994), desconoce en forma flagrante el precepto transitorio superior puesto que éste solo facultó al Veedor del Tesoro para impedir de oficio del uso de recursos del tesoro público en las campañas electorales que se efectúen durante el período de tres años de ejercicio de su cargo y es un hecho notorio, el cual no requiere prueba, que dicho funcionario cesó ya en el ejercicio de sus funciones, razón por la cual no podía adoptar medidas cuyos efectos se prolongarán más allá del período que se le señaló para el desempeño de su cargo.

Debe, en consecuencia, la Sala acceder a decretar la medida precautoria solicitada..."

De lo transcrito aparece claro que el señor Veedor del Tesoro se extralimitó en el ejercicio de sus funciones puesto que a través del acto acusado suspendió la ejecución de unas partidas del presupuesto del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá más allá del término de tres años que se le señaló para el desempeño de su cargo en el artículo transitorio 34 de la Carta Política, el cual venció el 1o. de agosto de 1994, conforme lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto de 27 de julio de 1994, Consejero ponente, doctor javier Henao Hidrón, Radicación No. 626.

Por ello, resulta desprovisto de fundamento lo afirmado por el apoderado de la entidad demandada en la contestación de la demanda en el sentido de que su competencia cobijaba todas las elecciones de 1994, incluída la del 30 de octubre del mismo año.

Igualmente es desacertado lo sostenido por el citado apoderado de que por razón de la descentralización y la autonomía de que gozan las entidades territoriales se justificaba el control de las elecciones locales, dado que la competencia que se le asignó al Veedor del Tesoro solo podía ejercitarse, como antes se dijo, durante su período y sin tener en cuenta la clase de autoridad que asignará las partidas presupuestales en forma contraria el precepto constitucional.

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:

DECLÁRESE la nulidad de la Resolución no. 000526 de 27 de julio de 1994 expedida por el Veedor de Tesoro.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNPIQUESE, 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 18 de mayo de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO-Inexistencia/**ACTO ADMINISTRATIVO SIMPLE/ACUERDOS MUNICIPALES-**Publicación/**NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE/UTILIDAD PÚBLICA/CONCEJO MUNICIPAL-**Facultad/**UTILIDAD PÚBLICA-**Motivos/**EXPROPIACIÓN/ÁREA SUBURBANA/ UTILIDAD PÚBLICA-**Inexistencia

En efecto, el Acuerdo No. 008 de 20 de diciembre de 1989 declaró la utilidad pública la vía carreteable de propiedad de la actora y prohibió el tráfico de volquetas, dobletroques y tractomulas por las calles del poblado para el ingreso y salida de las canteras de Puzolana, facultando al Alcalde para reglamentar el tráfico de vehículos por las zonas urbanas y suburbanas. Para adoptar estas determinaciones no requería el Concejo Municipal de Iza del concurso de otra voluntad, por lo cual constituye un acto administrativo simple. Si bien es cierto que, conforme al artículo 115 del C. de R.M., los Acuerdos deben publicarse en el respectivo Diario, Gaceta o Boletín oficiales, si los hubiere, o por bando en un día de concurso, y, que, según obra a folio 102 del cuaderno No. 3, el citado Acuerdo "fue publicado por los sistemas de amplificación de la Alcaldía, durante los días 21, 22 y 23 de diciembre de 1989", no lo es menos que tal publicación no era suficiente ya que el acto afectaba en particular a la demandante y por ello el artículo 4 del mismo dispuso que para agotar la notificación de Cementos Boyacá S.A. se publicara la parte resolutiva en un diario de circulación nacional y que se le enviara una copia auténtica por correo certificado al Gerente de la Empresa "que resulta afectada con esta determinación". En el expediente no obra circunstancia alguna de que se hubiera dado cumplimiento a lo ordenado en el artículo antes referido, lo cual abre paso a la notificación por

conducta concluyente que en este caso se entiende surtida en la fecha en que se presentó la demanda. El artículo 30 de la Constitución Política de 1886, vigente cuando se expidió el acto acusado, no hacía distinción entre predios urbanos y rurales para la aplicación dee una norma expedida por motivos de utilidad pública o interés social en donde resultaran en conflicto los derechos de los particulares con el interés público, en cuyo caso debía prevalecer éste. Aún más, si conforme al artículo 40 del C. de R.M., corresponde a los Concejos Municipales disponer lo conveniente al trazado, apertura, ensanche y arreglo de calles de las poblaciones y caseríos, tales medidas por su misma índole pueden comprender terrenos situados por fuera del perímetro urbano, máxime si se tiene en cuenta el alto índice de crecimiento de las poblaciones, y por ello los Concejos Municipales están inhabilitados para declarar de utilidad pública terrenos de propiedad particular para tal fin. Las leyes 97 de 1913 y 1 de 1943, que pueden considerarse como antecedentes del artículo 40 del Decreto Ley 1333 de 1986, señalaron como motivos de utilidad pública el trazado, apertura, ensanche y ampliación de calles. Así mismo, la Ley 36 de 1966 en su artículo 9 previó como motivos de utilidad pública para decretar la expropiación, explotación de canteras y limitación al derecho de dominio mediante la imposición de servidumbres, a la luz de lo dispuesto en el artículo 30 de la Constitución Política de 1886, la construcción, mejoras, ensanches y conservación de las obras públicas. La ley 9 del 11 de enero de 1989, vigente cuando se expidió el Acuerdo en estudio, dispuso en el parágrafo del artículo 10 que debe entenderse como área suburbana: la franja de transición determinada por el concejo, que rodea las ciudades y que se extiende por las vías de acceso, donde coexistan los modos de vida rural y urbano como una prolongación de la vida urbana en el campo, definida por criterios de densidad y actividad económica de la población. Infiere la Sala que las consideraciones que se contrae el Acuerdo demandado no encuadran dentro de los motivos de utilidad pública previamente definidos por el legislador, amén de que en aquél, como lo sostiene el recurrente, no se hace mención de Plan de Desarrollo alguno cuya ejecución sea la causa de su expedición.

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

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 1692. Recurso de apelación contra la sentencia de 26 de septiembre de 1994, del Tribunal Administrativo de Boyacá. Actor: CEMENTOS BOYACÁ S.A.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia de 26 de septiembre de 1994, proferida por el Tribunal

Administrativo de Boyacá, que declaró probada la excepción de caducidad de la acción respecto del Acuerdo No. 008 de 20 de diciembre de 1989 y denegó las demás peticiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- La empresa CEMENTOS BOYACÁ S.A., mediante apoderado y 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 y condenas:

1a): La nulidad total del acto administrativo complejo mediante el cual el municipio de Iza ha expropiado un bien perteneciente a la actora, el cual está compuesto por los actos administrativos que a continuación se individualizan:

a): La nulidad del Acuerdo No. 008 de 20 de diciembre de 1989 "POR MEDIO DEL CUAL SE DECLARA DE UTILIDAD PÚBLICA UNA VÍA CARRETEABLE, SE PROHÍBE EL PASO DE VEHÍCULOS DE CARGA (VOLQUETAS, DOBLE-TROQUES, TRACTO-MULAS) POR LAS CALLES DE LA POBLACIÓN Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES", expedido por el Concejo Municipal de Iza (Boyacá).

b): La nulidad de la Resolución No. 040 de 21 de septiembre de 1990 "MEDIANTE LA CUAL SE DA CUMPLIMIENTO AL ARTÍCULO (3o.) DEL ACUERDO NÚMERO 008 DE 1989 DICIEMBRE 10, EMANADO DEL CONCEJO MUNICIPAL DE IZA, REGLAMENTANDO EL TRÁFICO AUTOMOTOR POR EL PERÍME-TRO URBANO", expedida por el Alcalde Municipal de Iza (Boyacá).

c): La ilegalidad de las vías de hecho que han empleado las autoridades municipales de Iza para expropiar la carretera de propiedad de Cementos Boyacá S.A.

2a): Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene el cese inmediato del tránsito de vehículos pesados de propiedad de terceros por los predios de Cementos Boyacá S.A. y el resarcimiento de los perjuicios materiales y morales sufridos por ella como consecuencia de la ejecución de los actos demandados, en cuantía que se determinará dentro del proceso, pero que se estiman en una suma superior a $2.000.000.oo.

I.2.- HECHOS:

Son principalmente los siguientes:

1.- El objeto social de CEMENTOS BOYACÁ S.A., comprende todas las actividades relacionadas con la fabricación y venta de cementos y explotación de yacimientos de puzolana ubicados en la vereda Agua Caliente, del municipio de Iza (Boyacá).

Con el fin de brindar soporte logístico a su labor de explotación de las canteras de puzolana, dicha sociedad adquirió a partir de 1982 los predios rurales "La Diana", "Hato Grande", otro con extensión aproximada de 27.278.80 m2 y una franja de terreno denominada "Rosal", con extensión aproximada de 5.500 m2, ubicados en las veredas de Aguascalientes y Carichana, en jurisdicción del municipio de Iza.

2.- En los mencionados predios existe una vía carreteable "macadamizada" que facilita el acceso de los vehículos pesados de cementos a las minas de puzolana, que le evita la necesidad de utilizar la única vía pública de acceso a dichas minas, vía pública que atraviesa el perímetro urbano del municipio de Iza. El hecho de que CementosBoyacá S.A., utilice la vía privada que está ubicada en los predios de su propiedad indica con absoluta claridad que la sociedad es completamente ajena a cualquier supuesto daño que el tránsito de vehículos pesados puede causar a las vías que cruzan el perímetro urbano de Iza.

Como dicha vía privada está ubicada en terrenos de propiedad exclusiva de Cementos Boyacá S.A., ésta tiene derecho, amparado constitucional y legalmente, de restringir el uso de la misma a los vehículos que se dirigieran o provinieran de las minas de puzolana.

3.- La vía pública de acceso a las canteras de puzolana por el perímetro urbano de Iza ha venido siendo utilizada por vehículos de todas clases, de propiedad de personas sin vinculación alguna con la actora, no sólo para transportar el material extraído de esas canteras, sino también para llegar a un área turística y de balnearios, cercana a las canteras.

4.- El tránsito habitual de los vehículos mencionados en el punto anterior (no incluyen los de Cementos Boyacá S.A. ni las personas vinculadas a ella), aparentemente fue el que ocasionó la destrucción de los pavimentos del perímetro urbano de Iza, así como la de afirmados y pequeños puentes.

5.- Supuestamente con esta motivación, el Concejo Municipal de Iza expidió el Acuerdo No. 008 de 20 de diciembre de 1989, mediante el cual declaró de utilidad pública la vía carreteable de propiedad privada de la actora. Facultó al Alcalde Municipal para adelantar los trámites necesarios para la expropiación del predio y prohibió el tráfico de vehículos pesados por las calles del poblado, obligando en la práctica, a que esos vehículos utilicen la vía de propiedad de Cementos Boyacá S.A.

A pesar de que dicho Acuerdo No. 008 no ha sido notificado debidamente y ninguna norma faculta al Concejo Municipal de Iza para declarar un bien privado como de utilidad pública, en agosto de 1990, antes de adelantar cualquier negociación directa o proceso judicial y de pagar la indemnización previa, que establecen la Constitución y la ley, algunos funcionarios del municipio de Iza, procedieron a hacer cumplir por la fuerza el Acuerdo citado, obligando a terceros a transitar por la vía privada de propiedad de Cementos Boyacá S.A. Desde entonces, el tráfico de vehículos pesados relacionados con la explotación de las minas de puzolana es desviado por las autoridades para que utilicen dicha vía.

6o): Lo anterior no sólo significó una expropiación de hecho de la vía de propiedad de Cementos Boyacá S.A., sino que limitó sustancialmente su derecho de dominio sobre los predios que colindan con la vía, al no poder controlar como señor y dueño que es, el acceso de terceros a los mismos.

6.- El Alcalde de Iza expidió la Resolución No. 040 de 21 de septiembre de 1990 prohibiendo de nuevo el tránsito de vehículos pesados por el perímetro urbano de ese municipio, ordenó que dichos vehículos pesados transiten por la vía carreteable privada de Cementos Boyacá S.A. y estableció además que la Policía Nacional hará cumplir el mandato en ella contenido y fija multas en la suma de $10.000.oo, para quien lo desacate.

Hasta la fecha de presentación de esta demanda el Alcalde de Iza no ha iniciado los trámites establecidos por la ley para adelantar un proceso de expropiación y mucho menos ha pagado a Cementos Boyacá S.A. cualquier clase de indemnización.

I.3.- En apoyo de sus pretensiones, la actora adujo lo siguiente:

1o): El acto complejo acusado viola los artículos 20 y 30 de la Constitución Política de 1886 y 451 a 459 del C. de P.C., porque el Concejo y el Alcalde Municipal de Iza (Boyacá) se extralimitaron en sus funciones al proceder a la expropiación del bien de propiedad privada de Cementos Boyacá S.A., adquiridos con justo título, sin obtenerse la sentencia judicial y la indemnización previa, de acuerdo con lo dispuesto en los referidos preceptos.

En efecto, mediante el artículo 1o. del Acuerdo No. 008 de 1989, el Concejo Municipal de Iza declaró de utilidad pública la vía carreteable "macadamizada" que arranca de las minas de puzolana ubicadas en la vereda de Aguacaliente de esta jurisdicción en predios de Cementos Boyacá S.A., mientras el artículo 30 de la Constitución Nacional exige la presencia de motivos de utilidad pública definidos por el legislador.

El Concejo de Iza no cita ni proporciona ninguna clase de evidencia para demostrar la veracidad de los supuestos de hecho que lo llevaron a expedir dicho Acuerdo. Pero si se aceptara en gracia de discusión que los hechos son reales, lo cierto es que ninguna ley los tiene definidos como de utilidad pública o interés social, por lo cual es completamente ilegal y arbitrario que un Concejo Municipal lo declare así, puesto que el artículo 30 de la Constitución Política limita esta potestad exclusivamente al legislador.

En el artículo 3o. del Acuerdo No. 008 se prohíbe, a partir de la vigencia del mismo, el paso de vehículos pesados por las calles del poblado en el sentido de ingreso a las canteras de puzolana y salida de las mismas.

Además, mediante la Resolución No. 040 de 21 de septiembre de 1990 el Alcalde de Iza prohibió el tránsito de vehículos pesados por el perímetro urbano de Iza, y ordenó de manera expresa que dichos vehículos transiten por la vía de propiedad de Cementos Boyacá S.A., so pena de que quienes incumplan la orden sean multados por $10.000.oo o en su defecto sean arrestados.

Los efectos del citado Acuerdo 008 se han producido desde agosto de 1989 cuando un gran número de vehículos pesados que se dirigen o vienen de las minas de puzolana de la vereda Aguacaliente, incluso los vehículos de propiedad o son contratados por las empresas competidoras de Cementos Boyacá S.A. han sido obligados a transitar por sus propiedades.

Lo anterior demuestra que la actora ha sido víctima de una expropiación de hecho, que no está amparada por un motivo de utilidad pública o interés social definido por el legislador y que no ha estado precedida de la sentencia judicial y el pago de la indemnización de que trata el artículo 30 de la Constitución, sentencia e indemnización que se obtienen previo el agotamiento del trámite judicial establecido en los artículos 451 a 459 del C. de P.C.

2o): El acto complejo demandado también es violatorio de los artículos 43, 34 y 97 del Código de Régimen Municipal, 2018 del C.C. y 1o. inciso 1o. del Decreto Ley 290 de 1970, por aplicación indebida, por lo siguiente:

En el considerando 7o. del Acuerdo No. 008 de 1989, el Concejo Municipal de Iza invoca las disposiciones antes señaladas que permiten declarar la vía carreteable de propiedad de Cementos Boyacá S.A., como de utilidad pública, normas que no son aplicables a este caso y que necesariamente implica tener los actos acusados como falsamente motivados.

En efecto, los artículos 43, 34 (modificado por el artículo 2o. de la Ley 9a. de 1989) del Código de Régimen Municipal, forman parte de su Capítulo II y del Título III. Dicho Capítulo se denomina "Del Urbanismo" y señalan que la ejecución de Planes de Desarrollo Urbano, los cuales deben contener los requisitos señalados en el artículo 34, son motivos de utilidad pública o interés social que podrían llegar a justificar la expropiación de inmuebles urbanos; y la propiedad de Cementos Boyacá S.A., en jurisdicción del municipio de Iza está constituida por 4 predios rurales, conforme se acredita en los certificados catastrales que con relación a cada uno de ellos fueron expedidos el 3 de agosto de 1990 por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Seccional Boyacá.

Por lo tanto, como la propiedad de la actora no es un predio urbano, es evidente que para la expropiación de la misma no son aplicables los motivos de utilidad pública o interés social y en general las normas contenidas en el Capítulo II del Título II del Código de Régimen Municipal, como lo pretende hacer el Concejo Municipal de Iza.

Se debe anotar que si un Concejo Municipal pretende adelantar una expropiación con base en los artículos 34 y 43 del Código de Régimen Municipal debe haber adoptado un Plan de Desarrollo Urbano, en el que sea claro que el bien a expropiarse es necesario para su ejecución. Al omitir el Acuerdo No. 008 de 1989 la existencia del Plan para el municipio de Iza pone en evidencia la ausencia del mismo; pero si tuviera el Plan de Desarrollo Urbano adoptado antes de la expedición del Acuerdo, el hecho de no haber

citado en el mismo el Acuerdo o Acuerdos mediante los cuales dicho Plan fue adoptado indica que el Acuerdo No. 008 de 1989 está viciado por indebida motivación, al tenor del artículo 84 del C.C.A.

Tampoco era aplicable el artículo 97 del mismo Código, dado que la expropiación de que ha sido víctima la actora no se refiere a una empresa de producción, conducción y distribución de energía eléctrica, ni de teléfonos, acueductos, destinadas a prestar servicios públicos. Igualmente no tenía aplicación el artículo 2018 del C.C., porque está contenido en el Título XXVI del Libro Cuarto, relativo al contrato de arrendamiento, refiriéndose específicamente a la expiración de dicho contrato en caso de expropiación del bien arrendado. Es evidente por lo tanto que no es aplicable a la expropiación de los bienes de Cementos Boyacá S.A. que pretende realizar el municipio de Iza.

El Decreto Ley 290 de 8 de noviembre de 1970, citado en el Acuerdo acusado no existe. Sólo existe el Decreto NO. 290 de 1970, que no es un Decreto Ley ni se expidió el 8 de noviembre, sino el 27 de febrero, publicándose en la página 818 del Diario Oficial NO. 33024 de 23 de marzo de 1970, que trata de una autorización al Ministro de Hacienda y Crédito Público para suscribir en representación del Gobierno Nacional una carta de garantía bancaria. Pero, aceptándose en gracia de discusión que en el Acuerdo se haya cometido un error de transcripción, y que en realidad exista un Decreto Legislativo que declare como de utilidad pública las carreteras privadas que atraviesan dos o más predios de distintos dueños para comunicarse con vías públicas de transporte, lo cierto es que este solo hecho hace que el Acuerdo esté indebidamente motivado, pues no se ha permitido a la actora conocer los fundamentos jurídicos sobre los que se basa la expropiación que se le pretende adelantar, colocándola en total estado de indefensión en relación con este punto específico.

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 30 de agosto de 1977 dijo que "cuando la ley exige que un acto debe ser motivado, la explicación de las razones justificadas se convierte en un elemento formal, cuya omisión lo hace anulable por expedición en forma irregular... la motivación, ante todo debe ser seria, adecuada o suficiente e íntimamente relacionada con la decisión que se pretende..." (Proceso 4022, Anales de 1977, Tomo XCIII, Segundo Semestre).

La motivación de los actos es un raciocinio jurídico conforme al cual el fallador debe primero analizar los hechos y así llegar a la conclusión. En este caso el Concejo Municipal de Iza llega a unas conclusiones gratuitas, que no cuentan con ninguna clase de soporte fáctico, dado que, como se ha demostrado, las normas jurídicas que integran el raciocinio realizado por la Administración de Iza son completamente inaplicables, por lo cual debe concluirse que la motivación que pretendió hacerse es inadecuada.

La Administración no puede aplicar los fundamentos de derecho a su capricho, sino aquellos que de manera expresa contemplen el caso de que se trata y sean aplicables a dicho caso. Como se ha demostrado, en la expropiación de predios rurales no pueden aplicarse normas relativas a la expropiación de empresas que presten servicios públicos,

ni normas atinentes a la expiración del contrato de arrendamiento, ni mucho menos disposiciones mediante las cuales se autoriza a un Ministro de Hacienda y Crédito Público para suscribir una carta de garantía bancaria.

En consecuencia, la motivación sobre la cual el Concejo Municipal de Iza se basó para declarar que la vía de propiedad privada de la actora es de utilidad pública es completamente indebida, de donde se sigue que los actos administrativos acusados deben anularse de acuerdo con el artículo 84 del C.C.A.

I.3.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, habiendo culminado la primera instancia con la sentencia de 26 septiembre de 1994, que fue oportunamente apelada por el apoderado de la parte actora.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para declarar probada la excepción de caducidad de la acción respecto del Acuerdo No. 008 de 20 de diciembre de 1989 y denegar las demás peticiones de la demanda, el a-quo razonó, en esencia, así:

1o): De manera equivocada presenta la actora como acto complejo los actos demandados, por lo siguiente:

Los Acuerdos de los Concejos Municipales no son complejos en sí mismos, ya que en su expedición no intervienen distintas voluntades. Además observa la Sala que el Acuerdo No. 008 de 20 de diciembre de 1989 fue expedido con el lleno de los requisitos prescritos por el artículo 108 del Decreto Ley 1333 de 1986.

Igual señalamiento puede hacerse respecto de la expedición de la Resolución No. 040 de 21 de septiembre de 1990, que se ocupa del cumplimiento y desarrollo de la normatividad contenida en el Acuerdo citado.

2o): Discrepa la Corporación de los planteamientos de la demandante en cuanto califica y propone la demanda como "acto complejo" de índole municipal. El error es evidente y más parece calculado a fin de involucrar en la demanda el Acuerdo No. 008 de 20 de diciembre de 1989 para restablecer de alguna manera el término ya superado de la caducidad de la acción.

En síntesis, se trata de dos actos administrativos diferentes, así se ocupen de similar materia. No constituyen por la similitud de materia o si se quiere, identidad de contenido, un acto complejo por la potísima razón de no provenir de distintas autoridades administrativas ni constituir unidad ontológica administrativa. Son actos autónomos e independientes a pesar de ocuparse de idénticas cuestiones.

3o): Discrepa también la Sala del planteamiento del apoderado de la entidad demandada en la apreciación de la "ausencia de proposición jurídica completa de la demanda" pues en ésta lo que se observa es que uno de los actos acusados ya no era

susceptible de ser demandado por la ocurrencia del fenómeno de la caducidad de la acción: el Acuerdo No. 008 de 20 de diciembre de1989. En cambio, la Resolución No. 040 de 21 de septiembre de 1990 sí era susceptible de impugnarse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tanto por su contenido material como por la época de su expedición.

4o): Se declarará la prosperidad de la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada en relación con el Acuerdo No. 008 de 20 de diciembre de 1989, por la razón de haber transcurrido un tiempo superior a los cuatro meses de haberse expedido sin que se haya demandado.

5o): En cuanto a la Resolución No. 040 de 21 de septiembre de 1990, se denegará la nulidad impetrada por cuanto se calificaron de manera errada los actos acusados en la demanda y ni en su contenido ni en su aspecto formal transgreden norma alguna que los invaliden. Además, porque se basan y fundamentan en una disposición edilicia que mantiene su vigor jurídico gracias a la extemporaneidad con que fue impugnada.

Manteniéndose la vigencia del Acuerdo No. 008 de 20 de diciembre de 1989 no resulta lógico ni congruente disponer la nulidad de un acto que simplemente reproduce y desarrolla la norma principal y que es de ejecución de aquél. Además, encuentra la Corporación que los actos demandados, se ocupan de disponer medidas de utilidad pública o social como lo es la conservación de las calles de la población de Iza mediante la prohibición de circulación por ellas de vehículos pesados que no solamente las deterioran o destruyen sino que, de contera, afectan y contaminan el medio ambiente de dicha población con los gases y el ruido que generalmente expiden.

La Resolución en ninguna parte desconoce las normas que el libelista invoca como violadas. Se limita a disponer luego de los considerandos referentes al Acuerdo No. 008 de 1989, que a partir de su vigencia "queda rotundamente prohibido el tránsito de volquetas, doble-troque y tractomulas por las vías del perímetro urbano del municipio de Iza", a señalar por dónde deben transitar dichos automotores y a recordar la obligación de la Policía de hacer cumplir lo dispuesto en el Acuerdo como en ella. Dispone además una sanción de orden pecuniario para los eventuales transgresores de la norma municipal.

Así las cosas, no se encuentra razón jurídica valedera para declarar la nulidad de la Resolución No. 021 de 21 de septiembre de 1990, como tampoco la declaratoria de "ilegalidad de las vías de hecho" que dice el libelo demandatorio han empleado las autoridades municipales de Iza. Este pronunciamiento resulta absolutamente inocuo e improcedente toda vez que los artículos 82 y 83 del C.C.A., señalan en forma clara cuál es el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Es evidente que una vía de hecho indeterminada no resulta objeto adecuado de imputación de responsabilidad anónima, ni menos de la acción de restablecimiento del derecho. En consecuencia, se denegarán también estas dos últimas peticiones.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la actora sustenta, en esencia, su discrepancia con la sentencia apelada así:

1.- En la sentencia se guardó silencio sobre aspectos de la controversia y, consecuencialmente, quedaron cuestiones pendientes por resolver, ya que se procedió simple y llanamente a declarar la prosperidad de la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada, sin existir un análisis sobre dicha situación.

2.- En la demanda se manifestó que los actos acusados fueron expedidos en forma de actos administrativos de carácter general y que nunca fueron debidamente notificados a la actora, por lo cual, el municipio de Iza no le dio la oportunidad de interponer ninguna clase de recursos en vía gubernativa, de acuerdo con los artículos 49 y 135 del C.C.A.

3.- También se manifestó en la demanda que de conformidad con el inciso 4o. del artículo 139 del C.C.A. y bajo la gravedad del juramento, que el Acuerdo No. 008 de 10 de diciembre de 1989 no fue notificado a la actora conforme a lo establecido en el artículo 115 del Código de Régimen Municipal, es decir, no fue publicado en el diario, gaceta o boletín oficial de Iza, ni por bando en un día de concurso. Tampoco fue notificado personalmente el representante legal de Cementos Boyacá S.A., de conformidad con el artículo 144 del C.C.A. Igualmente y de acuerdo con lo que se informó en ese momento por parte del municipio de Iza, la Resolución No. 040 de 1990, expedida por el Alcalde Municipal de Iza, no fue notificada conforme a lo previsto en el artículo 46 del C.C.A ni de acuerdo con lo previsto en la Ley 57 de 1985.

4.- Por las razones anteriores la actora se dio por notificada de los actos acusados mediante la presentación de la demanda, por lo cual el plazo de cuatro meses que establece el inciso 2o. del artículo 136 del C.C.A., para acudir a la vía contenciosa, vencería después de cuatro meses de la presentación de la demanda, de donde fácilmente se colige que esta acción se intentó dentro de la oportunidad legal.

El Tribunal se abstuvo de referirse a los anteriores motivos, a pesar de que constituyen un aspecto de esencial y profunda trascendencia y desvirtúan la prosperidad de la excepción de caducidad propuesta por carecer de fundamentos de derecho.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Novena Delegada ante esta Corporación en su alegato expresa que no puede existir un acto complejo como lo palnteó la parte actora, dado que la Resolución No. 040 de 21 de septiembre de 1990, expedida por el Alcalde Municipal de Iza (Boyacá), sólo le está dando cumplimiento al artículo 3o. del Acuerdo No. 008 de 20 de diciembre de 1989, expedido por el Concejo del mismo municipio, constituyendo un simple acto de ejecución. En consecuencia, no se da el factor de interdependencia para que se configure un acto administrativo complejo.

Precisado este aspecto, hay que concluir como lo hizo el Tribunal, en que la acción propuesta respecto del Acuerdo No. 008 de 20 de diciembre de 1989 caducó. En efecto, fue sancionado en esa fecha y publicado por el sistema de amplificación de la Alcaldía en los días 21, 22 y 23 de ese mismo mes y año (folio 102 cuaderno No. 2 de pruebas), dándose cumplimiento a la última parte del artículo 115 del C.R.P. y M., en el sentido de que sancionado un Acuerdo será publicado "o por bando en un día de concurso".

Como la demanda fue presentada hasta el 26 de noviembre de 1990 es incuestionable que transcurrieron más de los cuatro meses señalados en el artículo 136 del C.C.A., para interponer dicha acción.

Asistió razón al Tribunal para despachar desfavorablemente la pretensión anulatoria de la Resolución No. 040 de 21 de septiembre de 1990, así como también en cuanto estima que no prospera la pretensión relacionada con la declaración de ilegalidad de las vías de hecho que han empleado las autoridades municipales de Iza, para expropiar la carretera de propiedad de la actora, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 del C.C.A., es improcedente, dado que ésta sólo persigue la anulación del acto administrativo y el restablecimiento del derecho por él vulnerado y no la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, que corresponde a otra clase de acción.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Asistió razón al *a-quo* en cuanto consideró que los actos acusados no conforman un acto administrativo complejo. En efecto, el Acuerdo No. 008 de 20 de diciembre de 1989 declaró de utilidad pública la vía carreteable de propiedad de la actora y prohibió el tráfico de volquetas, dobletroques y tractomulas por las calles del poblado para el ingreso y salida de las canteras de Puzolana, facultando al Alcalde para reglamentar el tráfico de vehículos por las zonas urbanas y suburbanas. Para adoptar estas determinaciones no requería el Concejo Municipal de Iza del concurso de otra voluntad, por lo cual constituye un acto administrativo simple.

La Resolución No. 040 de 21 de septiembre de 1991, expedida por el Alcalde de dicho municipio, dispuso que el tráfico de los vehículos pesados antes mencionados se haga por la vía carreteable de la demandante y que el desconocimiento de dicha orden hará al infractor acreedor de multa o arresto.

Este acto administrativo es también simple, que, aun cuando referido a la misma materia del Acuerdo, es independiente y autónmo frente a éste, habida cuenta que es al Alcalde a quien corresponde como atribución constitucional y legal hacer cumplir los Acuerdos del Concejo Municipal.

No comparte la Sala el criterio del a-quo en cuanto a la caducidad de la acción frente al Acuerdo No. 008 de 1989, por las siguientes razones:

Si bien es cierto que, conforme al artículo 115 del C. de R.M., los Acuerdos deben publicarse en el respectivo Diario, Gaceta o Boletín oficiales, si los hubiere, o por bando

en un día de concurso, y, que, según obra a folio 102 del cuaderno No. 3, el citado Acuerdo "fue publicado por los sistemas de amplificación de la Alcaldía, durante los días 21, 22 y 23 de diciembre de 1989", no lo es menos que tal publicación no era suficiente ya que el acto afectaba en particular a la demandante y por ello e artículo 4o. del mismo dispuso que para agotar la notificación de Cementos Boyacá S.A. se publicara la parte resolutiva en un diario de circulación nacional y que se le enviara una copia auténtica por correo certificado al Gerente de la Empresa "que resulta afectada con esta determinación" (folio 4 cuaderno principal).

En el expediente no obra constancia alguna de que se hubiera dado cumplimiento a lo ordenado en el artículo antes referido, lo cual abre paso a la notificación por conducta concluyente que en este csao se entiende surtida en la fecha en qe se presentó la demanda.

Habrá de revocarse la sentencia apelada en lo que respecta a la declaratoria de caducidad de la acción respecto del Acuerdo acusado y, en consecuenmcia, es procedente analizar el fondo del asunto.

En primer término, corresponde dilucidar si la vía carreteable podía o no ser objeto de la declaratoria de utilidad pública y si las consideraciones que tuvo en cuenta el Concejo Municipal de Iza constituían o no motivos de utilidad pública.

En relación con el primer aspecto la actora aduce que por el carácter rural de dicha vía no podía ser objeto de la declaratoria de utilidad pública.

Para la Sala no le asiste razón a la demandante a este respecto ya que el artículo 30 de la Constitución Política de 1886, vigente cuando se expidió el acto acusado, no hacía distinción entre predios urbanos y rurales para la aplicación de una norma expedida por motivos de utilidad pública o interés social en donde resultaran en conflicto los derechos de los particulares con el interés públicos, en cuyo caso debía prevalecer éste.

Aún más, si conforme al artículo 40 del C. de R.M., corresponde a los Concejos Municipales disponer lo conveniente al trazado, apertura, ensanche y arreglo de calles de las poblaciones y caseríos, tales medidas por su misma índole pueden comprender terrenos situados por fuera del perímetro urbano, máxime si se tiene en cuenta el alto índice de crecimiento de las poblaciones, y por ello los Concejos Municipales están habilitados para declarar de utilidad pública terrenos de propiedad particular para tal fin.

En lo que toca con el segundo aspecto, cabe tener en cuenta lo siguiente:

Según se lee en los considerandos del Acuerdo acusado (folio 2 cuaderno principal) la declaratoria de utilidad pública obedeció a la necesidad de evitar que los vehículos pesados transitaran por la población ocasionando la destrucción de su pavimento y para recuperar el espacio público para la circulación de tráfico liviano y de peatones en aras de garantizar la tranquilidad y seguridad ciudadanas, la conservación y preservación de las obras de infraestructura, del paisaje y de los elementos naturales del entorno de la población, aspectos estos de interés colectivo.

Analizando las diferentes regulaciones legales que en materia de motivos de utilidad pública se han expedido, advierte la Sala lo siguiente:

Las Leyes 97 de 1913 y 1a. de 1943, que pueden considerarse como antecedentes del artículo 40 del Decreto Ley 1333 de 1986, señalaron como motivos de utilidad pública el trazado, apertura, ensanche, arreglo y ampliación de calles.

Así mismo, la Ley 36 de 1966 en su artículo 9o. previó como motivos de utilidad pública para decretar la expropiación, explotación de canteras y limitación al derecho de dominio mediante la imposición de servidumbres, a la luz de lo dispuesto en el artículo 30 de la Constitución Política de 1886, la construcción, mejoras, ensanches y conservación de las obras públicas.

La Ley 9a. de 11 de enero de 1989, vigente cuando se expidió el Acuerdo en estudio, dispuso en el parágrafo de artículo 10o. que debe entenderse como área suburbana: la franja de transición determina por el Concejo, que rodea las ciudades y que se extiende por las vías de acceso, donde coexistan los modos de vida rural y urbano como una prolongación de la vida urbana en el campo, definida por criterios de densidad y actividad económica de la población.

En el artículo 10o. *ibídem* indicó como motivos de utilidad pública o interés social para la expropiación de inmuebles urbanos y suburbanos, entre otros, la ejecución de Planes de Desarrollo y Planes de Desarrollo Simplificado, la ejecución de obras públicas y la ejecución de proyectos de urbanización y de construcción prioritarias en los términos previstos en los Planes de Desarrollo y Planes de Desarrollo Simplificados.

El artículo 12 *ibídem* estableció que en los lugares donde existan Planes de Desarrollo, la adquisición y expropiación de inmuebles deberá efectuarse de conformidad con ellos y que en los lugares donde no existan tales Planes, el Alcalde o el Intendente deberán certificar que la expropiación se encuentra de conformidad con las políticas del uso del suelo del municipio, previo concepto de la Oficina de Planeación Departamental o Intendencial.

De lo anterior infiere la Sala que las consideraciones a que se contrae el Acuerdo demandado no encuadran dentro de los motivos de utilidad pública previamente definidos por el legislador, amén de que en aquél, como lo sostiene el recurrente, no se hace mención de Plan de Desarrollo alguno cuya ejecución sea la causa de su expedición.

Las razones precedentes conducen a declarar la nulidad del Acuerdo en referencia, y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

En lo que respecta a la Resolución No. 040 de 21 de septiembre de 1990, también demandada, observa la Sala lo siguiente:

Conforme al artículo 2o. del Acuerdo No. 008 de 20 de diciembre de 1989, el Alcalde Municipal de Iza quedó facultado para iniciar, por medio de apoderado, las acciones a

que hubiere lugar a fin de obtener el pronunciamiento judicial sobre expropiación y fijar el monto de la misma.

De tal manera que antes de haberse dado cumplimiento a la ordenación del mencionado artículo 2o., no podía el Alcalde entrar a imponer la circulación del tráfico pesado por la vía carreteable de propiedad de la actora ya que ello implicaba, sin lugar a dudas, una expropiación de hecho, sin que hubiera mediado la indemnización previa prevista en el artículo 30 de la Constitución Política de 1886.

En consecuencia, es viable acceder a la declaración de nulidad de la referida Resolución y, a título de restablecimiento del derecho, ordenar la cesación del tráfico de vehículos distintos de los de la actora por la vía carreteable de su propiedad.

En lo que toca con la pretensión relativa al pago de los perjuicios sufridos por la demandante, para la Sala no tiene vocación de prosperidad, por lo siguiente:

Según se lee en la demanda los perjuicios reclamados se concretan a que la intromisión de extraños en la vía carreteable de su propiedad ha generado deterioro de la misma (folio 65 cuaderno principal).

No puede aceptarse, como lo pretendió la actora, al objetar el dictamen pericial practicado para determinar los perjuicios, que dentro de éstos se incluya el valor del terreno y el costo de la construcción de la carretera, pues estos factores, además que no fueron objeto de pretensión en la demanda, son del resorte del proceso de expropiación, cuyo conocimiento no corresponde a esta jurisdicción.

Siguiendo este orden de ideas se tiene que no existe elemento de juicio que permita concluir que la demandante tuvo que sufragar gasto alguno para el mantenimiento por el deterioro de la vía carreteable. En efecto, los testimonios extraproceso aportados con la demanda (folios 32 a 38 cuaderno principal) para tal fin, no se refieren a suma alguna que haya tenido que erogar la demandante por tal concepto.

El segundo dictamen pericial, que se produjo en virtud de la objeción que al primero hizo la actora, deja en claro que de acuerdo con la información de los vecinos del sector y del personal de Cementos Boyacá S.A., desde la expedición de los actos acusados "NO SE LE HA HECHO NINGÚN TIPO DE MANTENIMIENTO A LA VÍA" (folio 150 cuaderno No. 2).

Finalmente, cabe resaltar que en cuanto a la pretensión de declarar la ilegalidad de las vías de hecho empleadas por las autoridades municipales, queda subsumida en la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 040 de 21 de septiembre de 1990 ya que, como se advirtió inicialmente, a través de ésta se produjo una expropiación de hecho, ya que no medió la indemnización previa de que trata el artículo 30 de la Constitución Política de 1886.

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:

REVÓCASE la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone:

1o): **DECLÁRASE** la nulidad del Acuerdo No. 008 de 20 de diciembre de 1989, expedido por el Concejo Municipal de Iza (Boyacá).

2o): **DECLÁRASE** la nulidad de la Resolución No. 040 de 21 de septiembre de 1990, expedida por el Alcalde Municipal de Iza (Boyacá).

3o): Como consecuencia de lo anterior y, a título de restablecimiento del derecho, se ordena al Alcalde Municipal de Iza que disponga la cesación del tráfico de vehículos distintos de los de la actora por la vía carreteable de propiedad de ésta.

4o): **DENIÉGASE** la pretensión indemnizatoria de perjuicios.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvanse el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, 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 la sesión del día 25 de mayo de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

DERECHO DE IGUALDAD/SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE/FALSA MOTIVACIÓN-Improcedencia

Estima la Sala que la violación del precepto constitucional antes enunciado no resulta válida ya que para que ella se configure debe partirse de personas o sociedades que colocadas en idénticas situaciones de hecho, sin causa justificativa que sea determinable en forma objetiva y razonable, reciban un tratamiento discriminatorio, y en tratándose del servicio público de transporte no puede predicarse dicha entidad cuando la prestación se hace a través de diferentes modalidades (buses, microbuses y taxis), así como cuando las rutas servidas difieren en cuanto a su recorrido, a pesar de tener un mismo origen y destino, como acontece en el presente caso, en donde el servicio prestado por la actora se hace a través de la modalidad de microbuses y taxis, en tanto que las empresas respecto de las cuales se endilga un trato discriminatorio (Nuevo Rápido Quindío, Sociedad Colombiana de Transportadores Ltda. "SOCOLTRAN" y la Cooperativa de Buses Urbanos del Quindío–Cooburquín), lo hacen a través de buses, amén de que el recorrido urbano de unos y otros difiere en lo referente a la terminal de transporte en la ciudad de Armenia donde inician y culminan sus respectivos recorridos. Por lo demás, no aparece demostrado que a empresas con los mismos vehículos con que cuenta la actora (microbuses y taxis) se les haya permitido la prestación del servicio de transporte en la ruta que fue objeto de modificación por los actos administrativos acusados. Si bien es cierto que en los anexos del Estudio no se acompañó copia del proyecto de Decreto que debía determinar la modificación de las vías urbanas de acceso y salida del terminal de transición de la actora en la ciudad de Armenia, no lo es menos

que en él se analizó el impacto y los problemas que producía la ubicación del terminal de ella en el sector céntrico de la ciudad, todo lo cual pone en evidencia que los actos enjuiciados no estaban viciados de falsa motivación.

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

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3264. Consulta de la sentencia de 3 de febrero de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío. Actora: COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE CIRCASIA LTDA.

Se decide el grado jurisidiccional de consulta de la sentencia de 3 de febrero de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, que accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad de los actos acusados y condenando al municipio de Armenia a pagar en favor de la actora la suma de $12.872.175.60 a título de indemnización, con la indexación sobre la misma por el período comprendido entre el 1o. de junio de 1993 y el día en que quede ejecutoriada la providencia.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. La **COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE CIRCASIA LTDA.,** a través de apoderada y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Quindío tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1a): Es nula, en lo que respecta a la demandante, la Resolución No. 0016 de 6 de enero de 1993 "POR MEDIO DE LA CUAL SE DETERMINAN LAS VÍAS URBANAS DE ACCESO Y SALIDA DE LAS TERMINALES DE TRANSICIÓN DE LAS EMPRESAS TRANSPORTES TEBAIDA S.A. Y COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE CIRCASIA LTDA.", expedida por la Alcaldía Mayor de Armenia.

2a): Es nula, en lo que respecta a la demandante, la Resolución No. 0227 de 22 de febrero de 1993 "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 0016 DEL 6 DE ENERO DE 1993", expedida por la Alcaldía Mayor de Armenia.

3a): Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Municipio de Armenia abstenerse de dar aplicación a tales actos administrativos, en cuanto se refieren a la modificación del recorrido urbano de acceso y salida de los vehículos de la demandante, en cumplimiento de la ruta Armenia - Circasia y viceversa.

4a): Se condene al citado Municipio a pagar en favor de la demandante la suma de $300.000.oo por cada día de aplicación de la medida prevista en los actos acusados, o

en su defecto, la suma que se acredite en el proceso, junto con la indexación sobre la misma, para asegurar la actualización del poder adquisitov de la moneda, de acuerdo con la variación porcentual del índice de precios al consumidor.

I.2-. En apoyo de sus pretensiones adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1o): Los actos acusados son violatorios del artículo 13 de la Constitución Política por cuanto ordenan, sin ningún fundamento legal, romper el plano de igualdad de la actora frente a las empresas de transporte Cooburquín, Socoltrán y Nuevo Rápido Quindío, respecto de una misma ruta. En efecto, a la demandante se le ordena ingresar al perímetro urbano del Municipio de Armenia por la carrera 19 desde la calle 10 norte hasta la calle 12, y salir por la misma carrera 19 desde la calle 7a. hasta la Glorieta Vásquez-Cobo, al paso que las empresas antes citadas seguirán entrando por la Avenida Bolívar hasta la calle 10, y saliendo desde la calle 12.

A lo largo de la Avenida Bolívar hay un gran número de establecimientos de capacitación, asistencia médica y hospitalaria, de comercio, de labores y de actividades docentes, como las Universidades del Quindío y La Gran Colombia, que implican la convergencia o afluencia de personas.

Sobre la carrera 19 entre la Glorieta Vásquez-Cobo y la calle 12, es mínima la presencia de establecimientos con afluencia permanente, en comparación con la Avenida Bolívar, variando así mismo el potencial de pasajeros entre tales rutas, por lo cual se obligaría a éstos a transportarse en los buses de las empresas Cooburquín, Socoltrán y Nuevo Rápido Quindío, dejando de lado los taxis y microbuses de la actora que, aunque les ofrecen mayor comodidad, los dejarían o recogerían a mucha mayor distancia de sus destinos que los de aquéllas, con el inconveniente de completar a pie su recorrido con el desgaste y peligro que ello representa, o a abordar un taxi urbano para ese efecto, en detrimento de su bolsillo.

Es cierto que las autoridades municipales tienen competencia para expedir disposiciones en materia de transporte, pero deben someterse a las disposiciones del Gobierno Nacional y especialmente al Decreto 2171 de 1992, que en su artículo 3o. consagra como política fundamental la sana competencia entre los modos de transporte, lo cual no cumple el Municipio de Armenia, el cual pretende implantar una competencia desigual, torcida e injusta en contra de una sola empresa y en favor de las demás que cumplen la misma ruta.

2o): Las Resoluciones acusadas están viciadas de falsa motivación ya que de la lectura atenta del Estudio No. 003 de 1992, de la Sección de Rutas y Transportes, se deduce que el mismo está muy lejos de ser el sustento de ellas, pues en las recomendaciones o "alternativas" propuestas únicamente se hace referencia concreta al recorrido urbano de los vehículos que cubren la ruta Armenia-Calarcá y viceversa. De las demás rutas, como la de Armenia-Circasia, nada concreto se recomendó y esto es apenas lógico

porque los análisis y conteos que sirvieron de base para formular las "alternativas" nada tuvieron que ver con el recorrido urbano de los vehículos afiliados a la actora en la ruta mencionada.

La única parte del Estudio donde se hace referencia concreta a la ruta de Circasia es en el párrafo en que concluye que tales rutas tienen aproximadamente un 80% de recorrido urbano y que ello contribuye a la congestión del tráfico vehicular en la capital del Quindío, pero posteriormente, en la formulación de alternativas, no se hizo ninguna recomendación concreta respecto del recorrido urbano de esta ruta.

No obstante, si se aceptara que esta conclusión constituye el respaldo o motivo de la actuación enjuiciada, cabría preguntarse por qué la modificación contenida en tal actuación sólo se refiere a una sola de las 4 empresas que cubren la ruta de influencia Armenia-Circasia y viceversa?

Ni siquiera los Oficios Nos. RQDT-270 de 22 de abril de 1992 y 653 de 19 de diciembre de 1991, suscritos por el Intra y dirigidos a la Dirección de Rutas y Transporte del Municipio de Armenia sirven de soporte a los actos acusados porque en ellos para nada se menciona el cambio de recorrido urbano de las empresas que viajan entre Armenia-Circasia y viceversa.

Los memoriales de 6 y 9 de marzo de 1992, 22 de enero de 1992 y 7 de octubre de 1991, dirigidos a las autoridades municipales por los vecinos de ciertos sectores donde funcionaban despachaderos de vehículos con diversas rutas, tampoco sirven de soporte porque ninguna de tales rutas se refiere a la ruta mención.

Otro anexo del estudio No. 003/1992 es la Resolución No. 396 de 19 de marzo de 1992, mediante la cual se ordena el traslado de dos empresas a la terminal de transporte de Armenia, pero esta orden nada tiene que ver con la demandante, ni con sus recorridos urbanos, ni con los actos acusados.

Finalmente, el Decreto No. 303 de 1992 se refiere sólo a las empresas que inician y terminan su ruta intermunicipal en la terminal de transportes de Armenia.

I.3-. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 3 de febrero de 1995, objeto del grado jurisdiccional de consulta.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA CONSULTADA

Para acceder a las pretensiones de la demanda el *a-quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

1o): La Alcaldía de Armenia, a través de los actos acusados, estableció unos recorridos de entrada y salida de la ciudad, que debían ser cumplidos por parte de los vehículos afiliados a la empresa de transporte de pasajeros de la actora.

Con los testimonios solicitados por la demandante y los peritajes practicados, uno a solicitud de ella y un segundo a petición de la demandada, se demostró que la medida adoptada por la Alcaldía perjudicó a aquélla, por cuanto se redujo el número de pasajeros que movilizaba cuando hacía sus recorridos por la Avenida Bolívar de Armenia.

Con la práctica de la inspección judicial se demostró que existen tres empresas que cubren la modalidad de transporte denominada "ruta metropolitana" (folios 37 y 79 cuaderno No. 2) o ruta de "área de influencia", y no existe prueba en el plenario mediante la cual se acredite la existencia y reglamentación de tales modalidades, pero en la realidad, de una u otra forma prestan el servicio entre los municipios de Circasia-Armenia, viceversa, en una modalidad que funciona como ruta urbana. Tales empresas son: Nuevo Rápido Quindío, Sociedad Colombiana de Transportadores Ltda "SOCOLTRAN" y la Cooperativa de Buses Urbanos del Quindío –COOBURQUIN–.

También se estableció que los vehículos de tales empresas cuando prestan el servicio en la ruta Armenia-Circasia, inician su recorrido en Armenia desde el Parque Santander y allí mismo lo culminan, quedando así desvirtuada la afirmación del ente demandado de que dichas empresas originan la ruta en el Terminal de Transportes de Armenia y que cumplen el recorrido establecido en el Decreto No. 303 de 1992, además que existe certificación del Gerente de dicho Terminal que desvirtúa el dicho de la Administración.

El tipo de servicio de las tres empresas mencionadas y el que presta la actora difieren sustancilamente en cuanto a modalidad y recorrido. Las primeras prestan el servicio en vehículos tipo bus y hacen un recorrido a lo largo de la ciudad de Armenia cuando salen de ésta hacia Circasia y también cuando entran a Armenia procedentes de Circasia.

La empresa demandante presta el servicio en vehículos tipo microbus y taxis, comenzando y terminando los recorridos respecto de Armenia en una terminal satélite ubicada en una zona más o menos central del municipio.

La demandante tiene una reglamentación correspondiente a un radio de acción departamental (folio 42 cuaderno No. 1), bajo vigilancia del INTRA, con tratamiento de Empresas de Transporte Público Terrestre Automotor de Pasajeros y Mixto por Carretera, lo cual excluye la posibilidad de que tal ruta sea metropolitana o de área de influencia.

Si el INTRA autoriza a las tres empresas antes citadas y también a la demandante para cubrir la ruta Armenia-Circasia-Armenia, todas ellas están sujetas a su vigilancia y lo único que escapa a ésta es el recorrido urbano que en el cumplimiento de tal ruta deban hacer las empresas, el cual debe ser fijado por las respectivas autoridades municipales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto Ley 80 de 1987 y conforme al artículo 24 del Decreto 3157 de 1984.

No existe diferencia normativa en cuanto a la regulación de la ruta. Existen diferencias técnicas entre el servicio que presta la demandante y las otras empresas. Pero es innegable

que en ambos servicios, antes de la expedición de los actos acusados, había una coincidencia trascendental y era el recorrido sobre la Avenida Bolívar de Armenia, pues de acuerdo con la inspección judicial, el flujo de pasajeros es numerosò (folios 62, 63 y 67 del cuaderno 1), aspecto este de vital importancia para el cumplimiento de los propósitos mercantiles de todas las empresas.

Vistas así las cosas es evidente que se rompió el principio de igualdad entre las empresas que prestaban la ruta Armenia-Circasia, viceversa, perjudicando notablemente a la demandante, sin que interese la diferencia de vehículos pues el punto neurálgico de competencia entre todas las empresas es la Avenida Bolívar, además que el nuevo recorrido asignado a la demandante correspondiente a un sector mucho menos poblado que la Avenida Bolívar.

De otra parte, si el fundamento de la Resolución No. 0016 de 6 de enero de 1993 radica básicamente en el mejor aprovechamiento del espacio público, debió también tenerse en cuenta que las otras empresas que cubren la ruta tienen incidencia en ese espacio público. Pero se discriminó a la demandante bajo el argumento de que era necesario reglamentar su recorrido porque posee un despachadero en el centro de la ciudad, y si de aprovechamiento de espacio público se trataba, debió tenerse en cuenta el volumen de los buses afiliados a las diferentes empresas y el número de paradas que deben hacer durante el recorrido de salida y entrada a la ciudad.

Por lo anterior, debe decretarse la nulidad de los actos acusados.

2o): La segunda causal alegada es la falsa motivación, fundamentada en que el Estatuto Técnico 003 de 1992, que sirvió de soporte a los actos acusados no contiene recomendaciones que se refieran a la demandante ni a la ruta que ella cubre.

Examinando el referido Estudio, se encuentra que asiste razón a la demandante. En efecto, dicho Estudio hace consideraciones sobre: las empresas de transporte que tienen terminales y despachaderos independientes al de la Terminal de Transportes del municipio de Armenia; la malla vial de dicho municipio y su clasificación en vías arterias de enlace primario y secundario; los paraderos utilizados por las empresas urbanas de buses que cubren rutas de influencia a municipios cercanos; y la regulación mediante Decreto de la utilización de las vías de acceso y salida de Armenia de los vehículos de transporte intermunicipal de pasajeros y de carga.

Como conclusión, el estudio presenta unas alternativas de solución integradas (hoja 31 del Estudio) a mediano y corto plazo, las cuales no tienen ninguna relación con la demandante.

El estudio en mención pone en evidencia que su espíritu es el de la descongestión vehicular. Pero tal argumento perdería validez si se tiene en cuenta que la ruta modificada es recorrida por otras tres empresas, con el agravante de que los vehículos de éstas son de mayor dimensión que los de la demandante y realizan un recorrido más extenso, con

lo cual no se estaría cumpliendo la finalidad de descongestión, lo que determina, de todas formas, una falsedad de motivos.

3o): En este proceso aparece la Resolución No. 1935 de 20 de diciembre de 1993, que modifica el recorrido de la demandante, restableciéndole el mismo, con leves modificaciones, sobre la Avenida Bolívar de Armenia, tanto en su salida como en la entrada a la ciudad.

De dicha Resolución se desprenden las siguientes conclusiones:

a. El restablecimiento de la ruta ocurrió durante el transcurso del proceso.

b. La nulidad de los actos demandados resultaría inocua, pero procede decretarla a título de restablecimiento del orden jurídico.

c. Quedó establecido hasta qué momento sufrió perjuicio la demandante.

d. Implica, en cierta medida, un reconocimiento por parte de la Administración de su obrar inequitativo respecto de la demandante y una corroboración de los planteamientos esbozados en esta sentencia.

Para la tasación de los perjudicados, se tiene en cuenta lo siguiente:

El período de perjuicio se computa desde el momento en que la Administración empezó a ejecutar la medida de cambio de recorrido para los vehículos de la demandante: el 1o. de junio de 1993, hasta el día en que se modificó la misma: 21 de diciembre de 1993, es decir, al día siguiente a la expedición de la Resolución No. 1935 de 20 de diciembre de 1993, esto es, 204 días.

De acuerdo con el primer peritaje llevado a cabo, el perjuicio diario estimado ascendió a la suma de $74.234.oo.

Practicado un segundo dictamen pericial, a petición de la entidad demandada, se corroboraron los datos estadísticos, del primer peritaje.

Argumenta la entidad demandada la falta de idoneidad de los peritajes por no haberse utilizado como base para su cómputo las cifras indicadas por el INTRA como valor del pasaje entre Armenia y Circasia en la modalidad automóvil ($370.oo) y microbus (240.oo) y por no explicar la forma como se obtuvo la cifra de $270.oo con la cual se trabajó.

La Sala no considera que los peritajes llevados a cabo pierdan su idoneidad por tal motivo, ya que dicho valor perjudica a la demandante, pues si se hubiera realizado un cómputo de las dos cifras, el valor del pasaje sería mayor ($310.oo) y, por ende, mayor el perjuicio, por lo cual sólo a la demandante le hubiera convenido solicitar la corrección de tal guarismo.

No existe prueba alguna mediante la cual se pueda establecer a cuánto pudo ascender el número de pasajeros, que los vehículos de la demandante recogía sobre la Avenida 19 de enero o carrera 19 de Armenia, ni la demandada se pronunció sobre tal aspecto. En otras palabras, no existe base probatoria para hacer esa disminución o tasación. Por ello se condenará a la demandada al pago de los perjuicios con base en los peritajes practicados, haciendo una equitativa disminución dadas las consideraciones expuestas.

Es importante dejar en claro que los peritos debieron acudir a la modalidad del muestreo para rendir el dictamen el cual puede ser inferior al perjuicio realmente causado, pues los muestreos se hicieron con base en planillas de conteo de pasajeros que se llevan en las oficinas de despacho de la demandante y no se tuvo en cuenta el número de pasajeros que abordaban los vehículos fuera de la empresa.

Así las cosas el perjuicio resultante sería: perjuicio diario por número de días del perjuicio, esto es, $74.234.oo X 204 días = $15.143.736.oo.

Sin embargo es equitativo hacer una disminución de dicha cantidad en un 15%, de acuerdo con lo expuesto, por lo cual el perjuicio se etablece en la suma de $12.872.175.60.

La anterior cantidad será actualizada con base en el índice de precios al consumidor, teniendo en cuenta el período que va desde cuandos e comenzó a ejecutar la medida: 1o. de junio de 1993 hasta la ejecutoria de esta providencia.

Para el cómputo de la indexación se aplicará la fórmula utilizada por el Consejo de Estado:

$$Vf = Vp \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde Vf es el valor final, o sea, la cantidad actualizada; Vp es la cifra que se va a actualizar: $12.872.175.60, es decir, el valor estimado como perjuicio sufrido por la actora; el índice inicial es el índice de precios al consumidor al 1o. de junio de 1993, fecha en que empezó a aplicarse la Resolución No. 0016 de 6 de enero de 1993; y el índice final es el que certifique el DANE a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

III-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Resolución No. 0016 de 6 de enero de 1993 (folios 16 a 18 del cuaderno No. 1), confirmada por la Resolución No. 0027 de 22 de febrero de 1993, dispuso modificar la ruta de la actora en cuanto a la entrada y salida de la ciudad de Armenia.

Consideró el *a-quo* que con la medida adoptada se vulneró el principio de igualdad.

Estima la Sala que la violación del precepto constitucional antes enunciado no resulta válida ya que para que ella se configure debe partirse de personas o sociedades que colocadas en idénticas situaciones de hecho, sin causa justificativa que sea determinable

en forma objetiva y razonable, reciban un tratamiento discriminatorio, y en tratándose del servicio público de transporte no puede predicarse dicha identidad cuando la prestación se hace a través de diferentes modalidades (buses, microbuses y taxis), así como cuando las rutas servidas difieren en cuanto a su recorrido, a pesar de tener un mismo origen y destino, como acontece en el presente caso, en donde el servicio prestado por la actora se hace a través de la modalidad de microbuses y taxis, en tanto que las empresas respecto de las cuales se endilga un trato discriminatorio (Nuevo Rápido Quindío, Sociedad Colombiana de Transportadores Ltda "SOCOLTRAN" y la Cooperativa de Buses Urbanos del Quindío –COOBURQUIN–), lo hacen a través de buses, amén de que el recorrido urbano de unos y otros difiere en lo referente a la terminal de transporte en la ciudad de Armenia donde inician y culminan sus respectivos recorridos.

Por lo demás, no aparece demostrado que a empresas con los mismos vehículos con que cuenta la actora (microbuses y taxis) se les haya permitido la prestación del servicio de transporte en la ruta que fe objeto de modificación por los actos administrativos acusados.

En lo que respecta a la falsa motivación de los actos acusados que halló demostrada el a-quo, estima la Sala que tampoco tiene vocación de prosperidad, por lo siguiente:

Sea lo primero advertir que en la demanda no se controvierte la competencia de la Alcaldía Municipal de Armenia para modificar los recorridos urbanos que debía cumplir la sociedad actora en la prestación del servicio de transporte intermunicipal en la ruta Armenia-Circasia, viceversa, esto es, para determinar las vías urbanas de acceso y salida del terminal de transición o despachadero en la ciudad de Armenia, conforme se dispuso en los actos administrativos acusados.

El fundamento de dichos actos fue, además de la invocación de los artículos 24 del Decreto 3157 de 1984 y 1o. literal d) del Decreto Ley 080 de 1987, el Estudio No. 003 de abril de 1992, denominado "OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO Y UBICACIÓN DE TERMINALES Y PARADEROS DE TRANSPORTE EN LA CIUDAD DE ARMENIA", elaborado por la Sección de Rutas y Transporte de la Secretaría de Obras Públicas Municipales de Armenia.

En dicho Estudio consta lo siguiente:

> "...Otras (se refiere a empresas intermunicipales y urbanas de transporte) han ubicado sus terminales de despacho en diferentes sitios con o sin autorización de la autoridad competente, pero en todo caso, sin una planificación vial y de transporte..."
>
> "...El propósito de este documento es detectar con detalle el problema y plantear alternativas de solución que permitan un uso más racional de la escasa malla vial que posee la ciudad..."

"...RUTAS: ARMENIA-CIRCASIA...

Ubicación del terminal: calle 13 con carrera 16, (Esquina) NOTA: El despacho de los vehículos se hace desde un lote cerrado y acondicionado; de propiedad de las empresas interesadas.

Empresa: COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE CIRCASIA LTDA.

Tipo de vehículo: Taxi.

No. de vehículos: 58..."

"....RUTAS: ARMENIA-CIRCASIA ...

Tipo de vehículo: Taxi.

Empresa: COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE CIRCASIA LTDA.

No. de vehículos: 58

Marca Predominante: DODGE (35 vehs 60%)

Modelo Predominante: 1961 (17 vhs 29%)

Edad Promedio: 21 años..."

"...ANÁLISIS VIAL Y DE TRÁFICO.....

Por estar ubicados los terminales en el sector central, las vías de acceso y salida, forman parte de las pocas vías arterias con que cuenta la ciudad, como son: carreras 13, 14, 18 y 19 calles 20 y 26, y Avenida Montenegro..."

"...ANÁLISIS DE TRÁFICO

El tráfico que generan las terminales y despachaderos de vehículos ubicados en el sector central de la ciudad, afecta directamente las vías de acceso, salida y la malla vial del área central..."

"....CONCLUSIONES Y ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN INTEGRADAS ...CONCLUSIONES...

A pesar de que Armenia cuenta con un terminal de transporte oficial, existen diez (10) terminales y despachaderos en el centro de la ciudad, establecidas a menos de dos (2) kilómetros a la redonda...

Estas diez (10) terminales y despachaderos improvisados generan:

Deterioro del área urbana.

Congestionamiento y problemas de tráfico.

Incremento en las tarifas del transporte.

Incrementos en los costos de operación.

Ocupación irracional del espacio público.

Inseguridad y desaseo.

Malestar social.

Deterioro del nivel de vida de los habitantes..."

"...Las mal llamadas rutas metropolitanas de buses, que cubren los municipios de Calarcá, Circasia y Tebaida; corresponden en la realidad a rutas urbanas con extensión a dichas poblaciones; puesto que aproximadamente el 80% de su recorrido, se realiza sobre el área urbana de Armenia..."

"...La participación porcentual actual del tránsito que efectúan los 820 vehículos de los terminales y despachaderos de transición del centro de la ciudad, en el volumen de tráfico que entra a Armenia, es del 51.37%.

Este índice es demasiado representativo dentro del flujo vehicular de una ciudad intermedia que carece de vías de acceso y que cuenta con una muy escasa malla vial...".

"...ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN INTEGRADAS...

...Regular mediante Decreto, la utilización de las vías de acceso y salida de Armenia de los vehículos de transporte intermunicipal de pasajeros y de carga... (folios 1 a 48 del cuaderno No. 5).

De los apartes transcritos del Estudio No. 003 de 1992, aparece claro que el mismo no sólo se refirió a la ruta Armenia-Calarcá y viceversa, como consideró el *a-quo,* sino también a la servida por la sociedad actora, esto es, Armenia-Circasia y viceversa, y que en él se sugirió, a título de solución, la necesidad de dedterminar, mediante Decreto, vías urbanas de acceso y salida de las terminales de transición para vehículos de transporte intermunicipal de pasajeros, como en efecto se hizo en los actos acusados para los afiliados a la actora, entre otras razones, porque, según se lee en los considerandos del mismo, el terminal o despachadero de ésta en el centro de la ciudad impedía, al igual que el de otras empresas, un uso racional de la escasa malla vial, contribuyendo al congestionamiento del tráfico y a la ocupación irracional del espacio público, por lo cual se requería como solución la modificación de rutas sugerida en dicho Estudio, y que sirvió, por consiguiente, de sustento de los actos demandados.

Si bien es cierto que en los anexos del Estudio no se acompañó copia del proyecto de Decreto que debía determinar la modificación de las vías urbanas de acceso y salida del terminal de transición de la actora en la ciudad de Armenia, no lo es menos que en

él se analizó el impacto y los problemas que producía la ubicación del terminal de ella en el sector céntrico de la ciudad, todo lo cual pone en evidencia que los actos enjuiciados no estaban viciados de falsa motivación.

El análisis precedente justifica quer la Sala revoque la sentencia consultada, y, disponga, en su lugar, la denegatoria de las súplicas de la demanda, como en efecto se hará en la parte resolutiva de esta providencia.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia consultada, y, en su lugar, se dispone:

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

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 25 de mayo de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

CÁMARAS DE COMERCIO-Funciones/**POTESTAD REGLAMENTARIA**

Para la Sala no es válido el argumento según el cual la indicada norma legal solo faculta al Presidente de la República para atribuir nuevas funciones a las Cámaras de Comercio "... mas no para restringirlas ni menos aún para establecer prohibiciones como la que se contempla en el acvto acusaido, pues, de una parte el hecho de que allí se determine que tales instituciones únicamente "...podrán ejercer las funciones señaladas en el artículo 86 del Código de Comercio y en el artículo 5 de este Decreto", no implica ninguna limitación a las mismas sino sencillamente viene a ser una reiteración del deber de ceñirse a ellos y, de la otra es indiscutible que todas sus actuaciones deben encaminarse al exclusivo cumplimiento de aquellas, como se determina en la segunda parte de dicho acto, dentro de las cuales no se contempla, como no podía contemplarse, la de realizar"...acto u operación que constituya competencia comercial con las actividades propias del sector privado", respecto del cual les corresponde como función, precisamente, la de "servir de órgano de los intereses generales del comercio ante el Gobierno y ante los comerciantes mismos", quienes, sin duda, son estos últimos y no otros quienes conforman el "sector privado" a que se aluden en el indicado acto. En consecuencia, a no haberse demostrado la violación del artículo 86 ordinal 12 del Código de Comercio, tampoco es posible atribuir al acto acusado el quebrantamiento de las disposiciones constitucionales que se reseñaron al inicio de estas consideraciones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá D. C., veintiseis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia.: Expediente No. 3070. Actor: Luz Amparo Serrano Quintero.

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 ciudadana y abogada Luz Amparo Serrano Quintero en ejercicio de la acción pública consagrada en el artícuo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad del artículo 7o. del Decreto Reglamentario 1520 de 26 de julio de 1978, "por el cual se reglamenta el Título VI del Libro Primero del Código de Comercio, y se dictan otras disposiciones reglamentarias del Decreto-Ley 149 de 1976", expedido por el Gobierno Nacional, con la firma del Presidente de la República y de los Ministros de Justicia y de Desarrollo Económico.

I.-ANTECEDENTES

a.- El acto acusado

A continuación se trascribe un texto del artículo 7o. del Decreto Reglamentario 1520 de 1978:

> "Artículo 7o. Limitación de funciones.- Las Cámaras de Comercio solo podrán ejercer las funciones señaladas en el artículo 86 del Código de Comercio y en el artículo 5o. de este Decreto. En consecuencia les está prohibido realizar cualquier acto u operación que no esté encaminado al exclusivo cumplimiento de las mismas, o que constituya competencia comercial con las actividades propias del sector privado".

b.- Los hechos de la demanda

Ellos se contraen básicamente a hacer referencia a las disposiciones legales que de alguna manera constituyen los antecedentes que sirvieron de base para expedir el acto acusado.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que, expresadas en su demanda y reafirmadas en el alegato de conclusión, se sintetizan a continuación (fls. 13 a 23 y 110 a 111):

Primer cargo.- Se violó el artículo 55 de la Constitución Política de 1886, ya que el Gobierno Nacional está asumiendo funciones de la Rama Legislativa y excediendo la atribución de colaborar armónicamente con ésta, porque la facultad concedida en el numeral 12 del artículo 86 del Código de Comercio es para adicionar o ampliar las funciones de las Cámaras de Comercio y no para quitar o restringir las que la ley les ha dado.

Segundo cargo.- Violación de los ordinales 1o. y 2o. del artículo 76 de la Constitución Nacional de 1886, toda vez que el Gobierno al incluir en el artículo acusado limitaciones y prohibiciones que no están en la ley, está legislando, la cual es una atribución exclusiva del Congreso de la República o del mismo Presidente cuando está investido de facultades extraordinarias.

Tercer cargo.- Quebrantamiento del artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución de 1886, debido a que el Gobierno abusó de la potestad reglamentaria a él atribuida, pues, a pesar de que ésta implica una interpretación previa de la ley por parte del Presidente, a fin de autorizar y evaluar sus alcances, también lo es que el decreto reglamentario no puede ampliar ni restringir el alcance y contenido de la ley que reglamenta, y menos aún establecer u ordenar actos que la desborden o contraríen, cosa que sucede en el presente caso con la experlición del artículo 7o. del Decreto 1520 de 1978, al establecer una limitación y prohibición al Código de Comercio, desbordando así la atribución constitucional y el mismo estatuto mercantil.

Cuarto cargo.- Desconocimiento del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, ya que en ejercicio de la potestad reglamentaria no se puede modificar o violar la ley que se reglamenta y, menos aún, invadir la función del legislador, situación que en forma ostensible presenta el artículo acusado.

Quinto cargo.- Violación del numeral 12 del artículo 86 del Código de Comercio, pues la facultad que en él se establece es la de conferir a las Cámaras de Comercio nuevas funciones, más no para restringirlas o establecer prohibiciones tal como ocurre con el acto acusado.

Sexto cargo.- Quebrantamiento del artículo 2035 del Código de Comercio, pues el precepto acusado al crear situaciones no contempladas en la ley supone una extralimitación de la potestad reglamentaria, lo cual constituye una clara violación de la voluntad legislativa.

Séptimo cargo.- No sólo se están violando las normas constitucionales y legales antes citadas, sino también el artículo 20 de la Constitución derogada e igualmente el artículo 1602 del Código Civil y disposiciones que lo complementan o adicionan, pues las Cámaras de Comercio, conforme a la jurisprudencia y doctrina, son instituciones de orden legal y de naturaleza gremial, recogidas por el derecho privado, que cumplen algunas funciones administrativas, y que a su vez desarrollan diversas actividades de índole privada-gremial, las cuales no son taxativas y por tanto para su ejercicio no puede existir ninguna limitación o prohibición diferente a los estatutos de la respectiva cámara, en orden a proteger la autonomía de la voluntad.

d.- Los argumentos de la coadyuvancia

La Cámara de Comercio de Bogotá, como parte coadyuvante en el proceso, fundamenta su posición en los siguientes términos (fls. 85 a 89 y 105 a 109):

1o.- El Presidente de la República en uso de la potestad reglamentaria no puede establecer limitaciones y consagrar prohibiciones a las funciones de las Cámaras de Comercio, puesto que estas solo pueden ser producto de la misma ley y no de un decreto reglamentario, es decir que "... en estricto sentido jurídico, está creando una norma nueva y, por lo tanto, está desbordando la potestad reglamentaria y consecuencialmente, viola las normas constitucionales y legales invocadas por la actora en este proceso, pero, fundamentalmente el numeral 12 del artículo 86 del Código de Comercio y el 2035 del mismo ordenamiento".

2o.- El numeral 12 del artículo 86 del Código de Comercio es violado en forma ostensible por cuanto el legislador mercantil lo que quiso fue facultar al Gobierno Nacional para ampliar las atribuciones de las Cámaras de Comercio y no para limitarlas y menos aún, prohibirles desarrollar otras actividades.

3o.- De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, ante el vacío dejado por la ley, las Cámaras de Comercio "... son instituciones de naturaleza privada, para el ejercicio de sus funciones gremiales, no puede existir ninguna limitación o prohibición, y al haberlo hecho la norma acusada, violó el artículo 20 de la Constitución derogada vigente al momento de su promulgación - que preceptuaba en uno de sus apartes: Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Igualmente, viola el primer aparte del artículo 6o. de la Carta Política actual que consagra el mismo principio".

e.- Las razones de la defensa

En los escritos de contestación de demanda y en su alegato de conclusión, la parte demandada se opone a la pretensión de la actora con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 65 a 70, 80 a 82 y 112 a 116):

No se incurre en violación de los artículos 55, 76 ordinales 1o. y 2o., 120 ordinal 3o. de la anterior Carta Política y 12 de la Ley 153 de 1887, pues si en ejercicio de la potestad reglamentaria es posible crear y establecer nuevas funciores a las Cámaras de Comercio, es obvio y lógico que también se podían establecer limitaciones o prohibiciones para que ellas cumplieran con mayor eficiencia dichas funciones y no invadieran la competencia de los comerciantes. En consecuencia, el acto acusado no ordena cosa distinta de aquello que implícitamente está regulado por la ley en los artículos 86-12 y 2035 del Código de Comercio, con la finalidad de que las referidas Cámaras cumplan estrictamente sus funciones y no se extralimiten en ese cumplimiento que debe encaminarse al propósito que consagran dichas normas, es decir, que sus actos u operaciones desarrollen el objeto para el cual fueron creadas: servir de órgano de los intereses generales del comercio ante el Gobierno y ante los mismos comerciantes.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la limitación de funciones establecida en el acto sub-judice es el resultado de lo determinado en el artículo 86-12 del Código de Comercio, "... porque si las Cámaras de Comercio se salen de las funciones atribuidas

estarían desvirtuando la razón de ser y su naturaleza y se verían incursas en conductas sancionables por parte de la respectiva entidad que ejerce la vigilancia y control, es decir, la Superintendencia de Industria y Comercio".

f.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trántite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 30 de septiembre de 1994 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado (fls. 32 a 37).

Mediante proveído de 27 de enero de 1995 se denegó la solicitud de pruebas formuladas por la parte actora (fl. 102).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto de fondo, todas ellas procedieron de conformidad (fls. 105 a 109, 110 a 111, 112 a 116 y 117 a 120).

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el escrito que lo contiene, la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, luego de transcribir el tenor del artículo 86 del Código de Comercio y del acto acusado, manifiesta lo siguiente:

> "Leidas con atención las normas a confrontar se llega a conclusión distinta de la que intuye la parte actora. En efecto, el artículo 86 del Código de Comercio determina las funciones de las Cámaras de Comercio y, finalmente, establece en el ordinal 12. Las demás que le atribuyan las leyes y el Gobierno Nacional, lo cual constituye autorización al Gobierno para señalarles otras funciones. Y eso es exactamente lo que hizo el Gobierno a través del artículo 5o. del Decreto 1520 de 1978, señalar otras funciones a desarrollar por las Cámaras de Comercio, además de las funciones señaladas en el artículo 86 y demás disposiciones del Código de Comercio...".
>
> "En cuanto al artículo 7o. del Decreto en mención, que es el acto acusado, lo que hace es reiterar que las funciones de las Cámaras de Comercio son las señaladas en el artículo 86 del Código de Comercio –entre las cuales están comprendidas las previstas en el ordinal 12 de la norma– y las fijadas en el artículo 5o. del Decreto 1520 citado. De tal manera que aunque la norma acusada (artículo 7o. del Decreto 1520 de 1978) aparezca redactada en términos que dan la sensación de restringir las funciones de las Cámaras de Comercio, en realidad no va mas allá de precisar cuáles son las funciones legalmente establecidas a cargo de tales entidades.
>
> "La limitación sólo se refiere entonces a otras funciones no instituídas legalmente, lo cual no contraría las normas indicadas en la demanda como violadas".

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como quiera que de la lectura de los cargos primero a tercero de la demanda resulta que en ellos se predica la inconstitucionalidad del acto acusado bajo el argumento de que sus mandatos establecen limitaciones y prohibiciones no previstas en la ley respecto de las funciones que conforme a ella misma corresponde ejercer a las Cámaras de Comercio y, por tal razón, el Ejecutivo se excedió en el uso de la potestad reglamentaria a él atribuida, invadiendo la órbita de competencia del Congreso, la Sala los analizará conjuntamente con el quinto cargo del libelo demandatorio, pues la violación de las normas constitucionales que se indican en los primeros, vale decir, los 55, 76 ordinales 1o. y 2o. y 120 ordinal 3o. de la anterior Carta Política sólo podrá predicarse en la medida en que previamente se concluya sobre el desconocimiento del artículo 86 ordinal 12 del Código de Comercio, que se plantea en el último de dichos cargos.

Al efecto se considera:

La mencionada disposición legal, en su conjunto, señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 86.- Las Cámaras de Comercio ejercerán las siguientes funciones:

"1a.) Servir de órgano de los intereses generales del comercio ante el gobierno y ante los comerciantes mismos;

"2a.) Adelantar investigaciones económicas sobre aspectos o ramos específicos del comercio interior y exterior y formular recomendaciones a los organismos estatales y semioficiales encargados de la ejecución de los planes respectivos;

"3a.) Llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, como se prevé en este Código.

"4a.) Dar noticia en sus boletines u órganos de publicidad de las inscripciones hechas en el registro mercantil y de toda modificación, cancelación o alteración que se haga de dichas inscripciones;

"5a.) Recopilar las costumbres mercantiles de los lugares correspondientes a su jurisdicción y certificar sobre la existencia de las recopiladas;

"6a.) Designar el árbitro o los árbitros o los amigables componedores cuando los particulares se lo soliciten;

"7a.) Servir de tribunales de arbitramento para resolver las diferencias que les defieran los contratantes, en cuyo caso el tribunal se integrará por todos los miembros de la junta;

"8a.) Prestar sus buenos oficios a los comerciantes para hacer arreglos entre acreedores y deudores, como amigables componedores;

"9a.) Organizar exposiciones y conferencias, editar o imprimir estudios o informes relacionados con sus objetivos;

"10a.) Dictar su reglamento interno que deberá ser aprobado por el superintendente de industria y comercio;

"11) Rendir en el mes de enero de cada año un informe o memoria al superintendente de industria y comercio acerca de las labores realizadas en el año anterior y su concepto sobre la situación económica de sus respectivas zonas, así como el detalle de sus ingresos y egresos, y

"12a.) Las demás que les atribuyan las leyes y el gobierno nacional".

Ahora bien, luego del estudio de los fundamentos sobre los que reposa el cargo de violación del ordinal 12o. de la disposición transcrita, que son los mismos planteados en sustento de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, para la Sala es claro que no está llamado a prosperar, como lo concluyó nítidamente en el auto admisorio de la demanda para adoptar la decisión denegatoria de dicha medida precautelativa, en los siguientes términos, los cuales reitera en esta oportunidad:

"Al hacer la comparación de las dos normas transcritas (el acto acusado y el artículo 86 ordinal 12o. del C.de Co.), la Sala considera que la acusada, que es de carácter reglamentario, no viola de manera ostensible la segunda, que es de categoría legal. En efecto, mientras el numeral citado del artículo 86 del Código de Comercio prevé que las cámaras de comercio ejercerán las funciones otorgadas en los numerales 1 a 11, más las que les atribuyan otras leyes y el gobierno nacional (numeral 12), el artículo acusado, que es reglamentario precisamente del Titulo VI del citado código, del cual hace parte el artículo 86, hace referencia expresa a las funciones señaladas en este última norma legal, entre las cuales se encuentran las ya indicadas y consistentes en las demás que les atribuyan las leyes y el gobierno nacional, de donde resulta la conformidad de la norma reglamentaria con la reglamentada.

"Por lo tanto, no puede afirmarse que la norma reglamentaria acusada contraría lo expresado en la norma legal indicada como violada, pues precisamente se está remitiendo a ella para acogerla" (paréntesis fuera del texto).

De consiguiente, para la Sala no es válido el argumento del actor según el cual la indicada norma legal sólo faculta al Presidente de la República para atribuir nuevas funciones a las cámaras de comercio "mas no para restringirlas ni menos aún para establecer prohibiciones" como la que se contempla en el acto acusado, pues, de una parte el hecho de que allí se determine que tales instituciones únicamente "... podrán ejercer las funciones señaladas en el artículo 86 del Código de Comercio y en el artículo 5o. de este Decreto", no implica ninguna limitación a las mismas sino sencillamente viene a ser una reiteración del deber de ceñirse a ellas y, de la otra, es indiscutible que todas sus actuaciones deben encaminarse al exclusivo cumplimiento de aquellas, como se determina en la segunda parte de dicho acto, dentro de las cuales no se contempla, como

no podría contemplarse, la de realizar "... acto u operación que constituya competencia comercial con las actividades propias del sector privado", respecto del cual les corresponde como función, precisamente, la de "servir de órgano de los intereses generales del comercio ante el Gobierno y ante los comerciantes mismos" (art. 86 ord. 1o. ib.), quienes, sin duda, son estos últimos y no otros quienes conforman el "sector privado" a que se alude en el indicado acto.

En consecuencia, al no haberse demostrado la violación del artículo 86 ordinal 12o. del Código de Comercio, tampoco es posible atribuir al acto acusado el quebrantamiento de las disposiciones constitucionales que se reseñaron al inicio de estas consideraciones.

Por las anotadas razones, los cargos bajo análisis no prosperan.

En relación con el cuarto cargo, en el cual se discute el desconocimiento del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, la Sala considera que tampoco está llamado a prosperar, pues como lo expresó recientemente esta Sección frente a una acusación en el mismo sentido, "... sus mandatos hacen referencia a la obligatoriedad de los preceptos allí indicados y a su aplicabilidad mientras no sean contrarios a la Constitución y a las leyes, pero no a una causal de ilegalidad que pueda ser objeto de las acciones de nulidad, como la ejercida por el actor, cuya finalidad es la de obtener, mediante su anulación, el restablecimiento del orden jurídico vulnerado por dichos actos" (sentencia de 19 de mayo de 1995, Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodrguez, Actor: Reinaldo Chavarro Buriticá, Expediente No.3103).

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

En relación con el sexto cargo. Este no prospera, por cuanto el concepto de violación del artículo 2035 del Código de Comercio gira alrededor de las acusaciones analizadas y descartadas en el estudio de los cargos primero, segundo, tercero y quinto.

En relación con el séptimo cargo, en el cual se plantea la violación de los artículos 20 de la anterior Carta Política y 1602 del Código Civil, la Sala considera que, al igual que los anteriores, adolece de vocación de prosperidad, pues si bien es cierto que las Cámaras de Comercio "... desarrollan diversas actividades de índole privada-gremial", no es menos que éstas deben necesariamente enmarcarse dentro de los precisos límites señalados en las normas legales que determinan en forma expresa sus funciones, de conformidad con lo previsto por el artículo 86 del Código de Comercio, sobre lo cual el acto demandado simplemente se encarga de puntualizarlo.

En las anotadas circunstancias, al no haber prosperado ninguna de las acusaciones formuladas por el actor, se procederá 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 y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DENIÉGASE la pretensión de la demanda.

Segundo.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercera.- En firme esta sentencia, comuníquese a los señores Ministros de Justicia y del Derecho y de Desarrollo Económico y archívese el expediente, 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 veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN/LIBERTAD DE ASOCIACIÓN-Límites/**LEY GENERAL DE EDUCACIÓN/COMUNIDAD EDUCATIVA/DIRECCIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACIÓN/PROYECTO EDUCATIVO INSTITUCIONAL**-Objetivo/**GOBIERNO ESCOLAR**-Obligatoriedad

Conforme a este derecho todas las personas residentes en Colombia tienen la facultad de constituir asociaciones, fundaciones, sociedades o tienen la facultad de constituir asociaciones, fundaciones, sociedades o corporaciones, en este caso educativas, mediante la unión voluntaria de sus esfuerzos, ideales e intereses. Pero, la Constitución y la ley garantizan esta prerrogativa, sin perjuicio de la necesidad y de la obligación de observar los ordenamientos legales en cuanto a requisitos, funcionamiento y fines establecidos en la Constitución y en la normatividad jurídica, tendientes a asegurar, en casos como el planteado la eficaz prestación del servicio público de la educación. Las normas, por este aspecto acusadas, antes que obligar o prohibir la asociación en materia educativa, trazan con autorización constitucional y legal, pautas para su gobierno y su funcionamiento tendientes a garantizar la continuidad y la eficacia conforme a los postulados que rigen el servicio público de la educación. El artículo 68 de la C.N., entre otros ordenamientos consagra aquellos, según los cuales la comunidad educativa participa en la dirección de las instituciones de educación, y los padres de familia tienen derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. La misma Ley 115 dice en su artículo 6o. que de acuerdo con el artículo 68 de la Carta Política, la comunidad educativa participa en la dirección de los establecimientos educativos, y que ella está conformada por estudiantes o educandos, educadores, padres de familia o acudientes de los estudiantes, egresados,

directivos docentes y administradores escolares quienes, según su competencia, participan en el diseño, ejecución y evaluación del Proyecto Educativo Institucional y en la buena marcha del respectivo establecimiento educativo. Igualmente, la Ley 115 estipula que con el fin de lograr la formación integral del educando, cada establecimiento educativo deberá elaborar y poner en práctica un Proyecto educativo Institucional en el que se especifiquen entre otros aspectos, los principios y fines del establecimiento, los recursos docentes y didácticos disponibles y necesarios, la estrategia pedagógica, el reglamento para docentes y estudiantes y el sistema de gestión, todo ello encaminado a cumplir con las disposiciones de la presente ley y sus reglamentos (art. 73). Según el mismo estatuto, su objetivo es el de señalar las normas generales para regular el Servicio Público de la Educación que cumple una función social acorde con las necesidades e intereses de las personas, de la familia y de la sociedad. "Se fundamenta en los principios de la Constitución Política sobre el derecho a la educación que tiene toda persona, en las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra y en su carácter de servicio público" (Art. 1o.). La referencia que hace el artículo 19 y los parágrafos de los artículos 20 y 23 del Decreto 1860 de 1994 a las instituciones educativas privadas en el sentido de que deben establecer en su reglamento un gobierno escolar, que su consejo directivo podrá ejercer las mismas funciones que el de los establecimientos educativos y que quien ejerza su representación legal será considerado como el Director Administrativo de la institución, tiene fundamento en el artículo 68 de la Constitución Nacional y en los inciso 2 y 3 del artículo 142 de la Ley 115 de 1994, los cuales hacen alusión a la participación de la comunidad en el gobierno escolar, a la obligación que tienen las instituciones educativas privadas de establecer en su reglamento tal gobierno para la participación de dicha comunidad educativa y a la facultad de los voceros de los estamentos constitutivos de la comunidad educativa para presentar sugerencias en la toma de decisiones de carácter financiero y administrativo dentro de la autonomía, que como ya se expresó, tiene cada establecimiento educativo para formular, adoptar y poner en práctica su propio Proyecto Educativo Institucional sin más limitaciones que las definidas por la ley y el reglamento.

DERECHO A LA PROPIEDAD/FUNCIÓN SOCIAL/INSTALACIONES EDUCATIVAS-Utilización/SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN/ESTADO/FACULTAD DE INSPECCIÓN Y VIGILANCIA

Si es cierto que la propiedad privada está garantizada en el artículo 58 de la Constitución, es también cierto que en el mismo artículo ésta se consagra como "una función social que implica obligaciones" enfatizando además, el mismo artículo, en que "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social" resultaren en conflicto de los intereses de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés

privado deberá ceder al interés público o social". La incidencia que puedan tener las normas acusadas en la organización interna de las personas jurídicas privadas que tienen a su cargo establecimientos de enseñanza, no violan las normas legales sobre la materia a las que alude la demanda, porque encuentran respaldo en la Constitución Nacional y en la Ley 115 de 1994, no sólo en virtud de la calidad de servicio público y de la función que tiene el noble apostolado de la educación, sino también de la facultad de inspección y vigilancia que sobre dicho servicio deber ejercer el Estado. Por todo lo anterior en desarrollo de los patrones filosóficos que sobre la educación traen la nueva Constitución como las leyes y decretos que la reglamentan, los propietarios de los colegios privados deberán entender que la prioridad de la función la que están comprometidos con la sociedad y con el Estado, es la educación integral; que la Constitución exige por lo tanto en el artículo 68 que esa educación sea impartida por "personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica" y que, también por mandato constitucional, deben permitir y organizar la participación de la comunidad educativa en la dirección y en el desarrollo de las instituciones de educación hasta el punto de que si una entidad particular destina un local como establecimiento educativo tiene que someterse a las normas que, sobre establecimientos educativos contengan la Constitución y la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3099. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA

Entra la Sala a decidir la acción pública de nulidad formulada por el ciudadano referido, contra los artículos 14 numerales 4, 5, 8 y 13; 15, 17 numeral 8; 18 último inciso; 19 inciso 3 y 4; 20, parágrafo; 23, parágrafo y 59 del Decreto No. 1860 del 3 de agosto de 1994, expedido por el Gobierno Nacional, "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 115 de 1994, en los aspectos pedagógicos y organizativos generales".

LA DEMANDA

El actor, en ejercicio de la acción pública de nulidad, solicita la declaratoria de nulidad parcial del Decreto 1860 de 1994, reglamentario de la Ley 115 de 1994.

Las normas acusadas en esta oportunidad, en esencia, disponen lo siguiente:

Según el artículo 14, todo establecimiento educativo debe elaborar y poner en práctica, con la participación de la comunidad educativa, un proyecto educativo institucional que exprese la forma como se ha decidido alcanzar los fines de la educación definidos por la ley, que contenga, por lo menos la estrategia pedagógica que guía las

labores de formación de los educandos; la organización de los planes de estudio y la definición de los criterios para la evaluación del rendimiento del educando; los órganos, funciones y forma de integración del gobierno escolar y los criterios de organización administrativa y de evaluación de la gestión.

El artículo 15, le otorga a cada establecimiento educativo autonomía, sin más limitaciones que las establecidas por la ley y este reglamento, para formular, adoptar y poner en práctica su propio proyecto educativo institucional.

El artículo 17, numeral 8, dispone que el reglamento o manual de convivencia que conforme a los artículos 73 y 87 de la Ley 115 de 1994 debe tener como parte integrante el proyecto educativo institucional, tiene que contemplar, entre otros aspectos, "reglas para la elección de representantes al Consejo Directivo y, para la escogencia de voceros en los demás Consejos, previstos en el presente Decreto", y además incluir el proceso de elección del personero de los estudiantes.

El último inciso del artículo 18 establece que todos los miembros de la comunidad educativa son competentes para participar en la dirección de las instituciones de educación y lo harán por medio de sus representantes en los órganos del gobierno escolar, usando los medios y procedimientos establecidos en el presente decreto.

Los incisos 3 y 4 del artículo 19, imponen a las instituciones educativas privadas, comunitarias, cooperativas, solidarias y sin ánimo de lucro la obligación de establecer en su reglamento un gobierno escolar integrado al menos por los órganos y con las funciones definidas en este decreto. Se ordena además que las referidas instituciones deberán acogerse a las fechas que para el efecto de la organización del gobierno escolar señale el Decreto, so pena de la suspensión de la licencia de funcionamiento.

El parágrafo del artículo 20 ordena que en los establecimientos educativos no estatales, quien ejerce su representación legal será considerado como el director administrativo de la institución y tendrá autonomía respecto del Consejo Directivo, en el desempeño de las funciones administrativas y financieras.

Por disposición del parágrafo del artículo 23, en los establecimientos educativos no estatales el Consejo Directivo podrá ejercer las mismas funciones y las demás que le sean asignadas, teniendo en cuenta lo prescrito en el inciso 3o. del artículo 142 de la Ley 115 de 1994. En relación con las identificadas en los literales d, f, l y o, podrán ser ejercidas por el Director Administrativo o a otra instancia.

Finalmente, de acuerdo con el artículo 59, los establecimientos educativos, según su propio proyecto educativo, adelantarán actividades dirigidas a la comunidad educativa y a la vecindad, en las horas disponibles después de cumplir la jornada escolar, dentro de las cuales deben dar prelación a las siguientes:

1o. Acciones formativas del niño y el joven, tales como integración de grupos de interés, organizaciones de acción social, deportiva o cultural, recreación dirigida, y educación para el uso creativo del tiempo libre.

2o. Proyectos educativos no formales incluidos como anexos al proyecto educativo institucional.

3o. Programas de actividades complementarias de nivelación para alumnos que han de ser promovidos y se les haya prescrito tales actividades.

4o. Programas de educación básica para adultos.

5o. Proyectos de trabajo con la comunidad dentro del servicio social estudiantil.

6o. Actividades de integración social de la comunidad educativa y de la comunidad vecinal.

NORMAS SUPERIORES VIOLADAS

El actor señala como normas superiores violadas y explica el concepto de la violación así:

Violaciones a la Constitución: Violación al artículo 38. Al respecto manifiesta que el artículo 14 del Decreto al señalar en sus puntos 8 y 13 "los órganos, funciones y forma de integración del Gobierno Escolar" y los "criterios de organización administrativa y de evaluación de la gestión", se inmiscuye en los aspectos internos de la persona jurídica; que el artículo 15, al atribuir precisas funciones a un "Consejo Directivo" incide de manera directa en la organización y funcionamiento de la persona jurídica privada; que en el artículo 17, al señalarse la forma de integración del Consejo Directivo, se viola la autonomía de las instituciones privadas en este aspecto; que el artículo 18, último inciso, al permitir la intervención en la dirección de la institución a "todos los miembros de la comunidad educativa", modifica los estatutos de las personas jurídicas privadas en cuanto a la dirección y administración de las mismas; que el artículo 19 del Decreto, al consagrar los órganos mínimos del gobierno escolar, vulnera la libertad de asociación y modifica el orden legal que regula estas materias. Finalmente, que los artículos 20 y 23, en sus parágrafos, interfieren la estructura interna y modifican los estatutos de las instituciones privadas.

Afirma seguidamente que hay "violación al derecho de propiedad privada" consagrado en el artículo 58 de la Carta, cuando en el artículo 59 del decreto demandado se señalan las actividades que deben desarrollarse en las instalaciones del colegio en las horas que quedan disponibles. "El hecho de que particulares presten el servicio público de educación, no significa que mediante un Reglamento pueda entrarse a disponer de la propiedad privada donde tiene lugar el servicio".

Violaciones a la Ley 115 de 1994: Después de transcribir parcialmente los artículos 142 y 143 de la ley reglamentada afirma el actor que "la Ley General de Educación defiere al reglamento de la persona jurídica el establecimiento del gobierno escolar, respetuosa de la libertad y autonomía propia de los particulares y, por otra parte, conforma el gobierno de los establecimiento del Estado" y que "En cuanto a la participación de la comunidad

educativa, la ley la limita en el campo financiero, administrativo y técnico pedagógico a la presentación de simples sugerencias y NO a la toma de decisiones, las cuales corresponden a los órganos de dirección y administración".

Complementa así el accionante el concepto de la violación:

El artículo 14 del Decreto determina el contenido del Proyecto Educativo Institucional, en los puntos "la estrategia pedagógica que guía las labores de formación de los educandos", la "organización de los planes de estudio y la definición de los criterios para la evaluación del rendimiento del educando" y "los criterios de organización administrativa y evaluación de la gestión", desborda "los precisos parámetros legales que determinan las actividades en las cuales debe participar la comunidad educativa e invade materias propias de la autonomía de la institución privada de educación".

Los artículos 15 y 17 del Decreto, con sus referencias al "Consejo Directivo", inciden, según el actor, en la organización de la persona jurídica privada y violan la autonomía de la institución. El último inciso del artículo 18 viola el artículo 142 de la Ley 115 ya que ésta solamente señala que "las instituciones educativas privadas establecerán en su reglamento, un gobierno escolar para la participación de la comunidad educativa" que no es lo mismo, en su opinión a que en el gobierno escolar participe toda la comunidad educativa como lo señala el artículo 18 del Decreto. Considera, igualmente, que no es lo mismo la práctica de la participación democrática en la vida escolar, que la participación de todos los miembros de la comunidad educativa en la dirección de la institución privada.

El artículo 18 es también censurado, porque según el actor, extralimita el inciso tercero del artículo 142 de la Ley, "al permitir la participación de la comunidad educativa en la dirección de la institución, sin limitar los aspectos financieros, administrativos y técnico pedagógicos a la simple presentación de sugerencias a los órganos competentes para tomar las decisiones. Los artículos 19, 20 y 23, extralimitan también los términos de la Ley 115 que respeta la autonomía de las entidades privadas para su organización y funcionamiento.

Se refiere finalmente el demandante a la violación de otras normas legales, que él engloba bajo el nombre de normas societarias y de las cuales cita los códigos y libros que las contienen, sin individualizarlas. De ellas dice que son violadas por el acto acusado "en razón a que modifican mandatos superiores y alteran la voluntad de los fundadores, miembros asociados y socios de las distintas entidades privadas".

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Educación Nacional, mediante apoderado, contestó los cargos de la demanda y al defender la legalidad de las normas impugnadas expone, entre otros, los siguientes argumentos:

En cuanto a la acusación de que se está violando el derecho a la libre asociación, consignado en el artículo 38 de la Constitución Nacional, responde diciendo que la norma

demandada en ninguna parte obliga a asociarse ni tampoco lo prohíbe, como no lo hace tampoco la Ley 115 de 1994. El gobierno escolar, explica, no es una modalidad de asociación, ni exige que haya una asociación de padres u otra similar. "El gobierno escolar sólo exige la existencia de una comunidad educativa, que es la materia prima de toda institución educativa: padres, estudiantes y educadores (administrativos y docentes)".

"La educación es un servicio público que hace parte del sistema nacional. Quien se compromete a prestarlo, debe ingresar al sistema y someterse a sus reglas; así que el Gobierno puede, enmarcado por la Ley, fijar comportamientos que conduzcan al éxito en la prestación del servicio. Entiéndese por éxito, alcanzar la formación de ciudadanos como la Nación los necesita".

En relación con la alegada afectación de la estructura interna del colegio privado, manifiesta el respondiente que la acusación no tiene sentido ya que el Proyecto Educativo institucional reglamenta la prestación del servicio, no la constitución de la entidad privada; que el reglamento interno no ordena la modificación de la estructura interna de las instituciones privadas y que éstas pueden continuar con sus objetivos, estructura comercial, cooperativa o de cualquier índole, siempre que ellos no sean contrarios a la Ley o le impidan dar cumplimiento a la prestación del servicio público para el que obtuvieron licencia.

Con referencia a la acusación de que el artículo 14 del Decreto contempla una intromisión en los aspectos internos de la persona jurídica, manifiesta el apoderado del Ministerio que no todos los establecimientos educativos son personas jurídicas; por otra parte, "la evaluación no se hace para complacer a una persona o acomodarse a una teoría sino para medir el acercamiento al ideal educativo, previamente establecido".

Otros serios planteamientos hace el profesional en su respuesta a los cargos de la demanda y a ellos habrá de hacerse oportuna referencia en las consideraciones de esta providencia, previas a la decisión.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, al aportar su concepto al proceso, considera que no hubo extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria al expedirse el Decreto demandado. A esta conclusión llega después de analizar cada uno de los artículos acusados y los argumentos sustentados por el actor.

Manifiesta la funcionaria:

> "No le asiste razón al actor cuando en forma reiterada afirma que con el Decreto impugnado se extralimitó el Gobierno en el ejercicio de la facultad reglamentaria y que interfiere en la estructura jurídica de los establecimientos privados. El artículo 68 de la Carta faculta a los particulares para fundar establecimientos educativos, naturalmente sometidos en su creación y gestión al imperio de la ley. La Ley 115

es clara en plantear una gestión educativa integral atendiendo la instrucción o aporte de conocimiento y la educación o desarrollo de la personalidad dentro del medio ambiente".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De la cita de las disposiciones acusadas, de las señaladas como violadas y del lacónico concepto de la violación se deducen los siguientes cargos contra algunas de las normas acusadas del Decreto 1860 de 1994:

1o. Violación de la libertad de asociación consagrada en el artículo 38 de la Constitución Nacional.

En este capítulo el demandante endereza la censura contra el artículo 14 del Decreto el cual determina el contenido del Proyecto Educativo Institucional y señala que éste debe contemplar, entre otros aspectos, "Los órganos, funciones y formas de integración del gobierno escolar", y "Los criterios de organización administrativa y de evaluación de la gestión". Dice el cargo que el Decreto se inmiscuye en los aspectos internos de la persona jurídica.

La impugnación al Decreto en el sentido deque viola en derecho de asociación no prospera por las siguientes razones:

El artículo 38 de la Constitución Nacional, expresa:

> "Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad".

Conforme a este derecho todas las personas residentes en Colombia tienen la facultad de constituir asociaciones, fundaciones, sociedades o corporaciones, en este caso educativos, mediante la unión voluntaria de sus esfuerzos, ideales e intereses. Pero, la Constitución y la ley garantizan esta prerrogativa, sin perjuicio de la necesidad y de la obligación de observar los ordenamientos legales en cuanto a requisitos, funcionamiento y fines establecidos en la Constitución y en la normatividad jurídica, tendientes a asegurar, en casos como el planteado la eficaz prestación del servicio público de la educación.

Las normas, por este aspecto acusadas, antes que obligar a prohibir la asociación en materia educativa, trazan con autorización constitucional y legal, pautas para su gobierno y su funcionamiento tendientes a garantizar la continuidad y la eficacia conforme a los postulados que rigen el servicio público de la educación.

2o. Violación a la Ley 115 de 1994.

Se acusa en primer término el artículo 15 del acto acusado en cuanto señala algunas funciones al Consejo Directivo relacionadas con la convocatoria de los diversos estamentos de la comunidad educativa para que deliberen sobre las iniciativas que les sean presentadas, y con la adopción del Proyecto Educativo Institucional previa consulta y revisión con el Consejo Académico.

También se acusa el artículo 17, acusación consistente en que dispone que el reglamento o manual de convivencia, que a su vez debe hacer parte del Proyecto Educativo Institucional, debe contener las reglas para elección de representantes al Consejo Directivo.

Se impugna asimismo el artículo 18, en su último inciso, porque le da competencia a todos los miembros de la comunidad educativa para participar en la dirección de las instituciones de educación.

También se ataca el artículo 19, al parecer, en la medida en que ordena que las instituciones educativas privadas deben establecer en su reglamento un gobierno escolar integrado al menos por los órganos definidos en el Decreto.

El parágrafo del artículo 20 es objeto de censura en cuanto considera como Director Administrativo de la Institución a quien ejerza su representación legal y, finalmente, se objeta el parágrafo del artículo 23 del acto acusado, porque según el actor, modifica los estatutos de los establecimientos no estatales al disponer que en éstos el Consejo Directivo podrá ejercer las mismas funciones que dicho organismo ejerce en los establecimientos educativos.

Para la Sala, los cargos formulados por el actor en los planteamientos anteriores, no tienen vocación de prosperidad por los motivos que se expresan a continuación:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de la Constitución Nacional "La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social".

Dice la misma disposición que "corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos, garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el servicio educativo".

Consecuente con lo anterior el artículo 68 del mismo estatuto, entre otros ordenamientos consagra aquellos, según los cuales la comunidad educativa participa en la dirección de las instituciones de educación, y los padres de familia tienen derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores.

El Congreso Nacional expidió el 8 de febrero de 1994 la Ley 115 o Ley General de Educación, en la cual define la educación como "un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus drechos y de sus deberes".

La misma Ley 115 dice en su artículo 6o. que de acuerdo con el artículo 68 de la Carta Política, la comunidad educativa participa en la dirección de los establecimientos educativos, y que ella está conformada por estudiantes o educandos, educadores, padres de familia o acudientes de los estudiantes, egresados, directivos docentes y administra-

dores escolares quienes, según su competencia, participan en el diseño, ejecución y evaluación del Proyecto Educativo Institucional y en la buena marcha del respectivo establecimiento educativo.

Igualmente, la Ley 115 estipula que con el fin de lograr la formación integral del educando, cada establecimiento educativo deberá elaborar y poner en práctica un Proyecto Educativo Institucional en el que se especifiquen entre otros aspectos, los principios y fines del establecimiento, los recursos docentes y didácticos disponibles y necesarios, la estrategia pedagógica, el reglamento para docentes y estudiantes y el sistema de gestión, todo ello encaminado a cumplir con las disposiciones de la presente ley y sus reglamentos. (art. 73).

Agrega la misma norma que el Proyecto Educativo Institucional debe responder a situaciones y necesidades de los educandos, de la comunidad local, de la región y del país (parágrafo).

Según el mismo estatuto, su objetivo es el de señalar las normas generales para regular el Servicio Público de la Educación que cumple una función social acorde con las necesidades e intereses de las personas, de la familia y de la sociedad. "Se fundamenta en los principios de la Constitución Política sobre el derecho a la educación que tiene toda persona, en las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra y en su carácter de servicio público". (art. 1o.).

Manifiesta además que de conformidad con el artículo 67 de la Constitución, se define y desarrolla la organización y la prestación de la educación formal en sus varios niveles y media no formal e informal, dirigida a niños y jóvenes en edad escolar, a adultos, a campesinos, a grupos étnicos, a personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, con capacidades excepcionales, y a personas que requieran rehabilitación social.

Por su parte se tiene que el Decreto 1860 de 1994 dispone que todo establecimiento educativo debe elaborar y poner en práctica, con la participación de la comunidad educativa, un Proyecto Educativo Institucional que exprese la forma como se ha decidido alcanzar los fines de la educación definidos por la ley, que contenga para efectos de lograr la formación integral de los educandos entre otros aspectos "los órganos, funciones, y forma de integración del gobierno escolar", y "los criterios de organización administrativa y de evaluación de la gestión" (art. 14, nums. 8 y 13).

Las normas constitucionales y legales mencionadas en los párrafos anteriores facultan al Estado para incidir en la organización y en el funcionamiento de la educación tanto pública como privada en ejercicio de la suprema inspección y vigilancia que le corresponde y habida cuenta de la función social que debe desarrollar el servicio público de la educación.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 68 de la Carta Política, en concordancia con el artículo 6o. de la Ley 115 de 1994, la comunidad educativa participa en la dirección

de los establecimientos educativos y se halla conformada por estudiantes, educadores, padres de familia o acudientes, egresados, directivos docentes y administradores escolares, quienes, según su competencia participan en el diseño, ejecución y evaluación del Proyecto Educativo Institucional. Desde ya debe tenerse en cuenta que la Constitución Nacional y la Ley, al referirse a la educación y a los establecimientos educativos en principio no hace distinción entre la educación pública y privada lo que indica que los postulados que allí se consagran son aplicables a la actividad educativa realizada tanto por el Estado como por los particulares.

Por ello, no se está excluyendo la educación privada cuando el artículo 14 del Decreto acusado ordena que, "Todo establecimiento educativo", debe elaborar y poner en práctica, "con la participación de la comunidad educativa", un proyecto de educación institucional que contenga por lo menos, entre sus aspectos, "Los órganos, funciones y forma de integración del Gobierno Escolar" y "Los criterios de organización administrativa y de evaluación" (subrayas fuera de texto).

Además, el artículo 142 de la Ley 115 de 1994, en su inciso 2o., dice:

> "Las instituciones educativas privadas establecerán en su reglamento, un gobierno escolar para la participación de la comunidad educativa a que hace referencia el artículo 68 de la Constitución Política. En el gobierno escolar serán consideradas las iniciativas de los estudiantes, de los educadores, de los administradores y de los padres de familia en aspectos tales como la adopción y verificación del reglamento escolar, la organización de las actividades sociales, deportivas, culturales, artísticas y comunitarias, la conformación de organizaciones juveniles y demás acciones que redunden en la práctica de la participación democrática en la vida escolar".

No huelga observar que de la forma como está redactada la disposición pretranscrita, sobre todo en su última parte, se deduce que las actividades en las que deben ser consideradas las iniciativas de la comunidad educativa, no son taxativas, como para excluir de ellas el gobierno escolar y la organización administrativa y de evaluación. Tales actividades, esto es, las enumeradas en el primer inciso del artículo 142 de la Ley 115 de 1994, son citadas a manera de ejemplo, hasta el punto de que al final de la disposición comentada se deja abierta la posibilidad para las "demás acciones que redunden en la práctica de la participación democrática de la vida escolar".

Las consideraciones anteriores son válidas también para mantener la legalidad del artículo 15 del Decreto impugnado en cuanto permite la participación de los diferentes estamentos, integrantes de la comunidad educativa, en la formulación, deliberación y adopción del Proyecto Educativo Institucional.

Con tales medidas no se viola la autonomía de los establecimientos privados, no sólo porque ellas están autorizadas por la Constitución y la ley, si no porque es el mismo acto impugnado el que establece que "Cada establecimiento educativo (no excluye los

privados) goza de autonomía para formular, adoptar y poner en práctica su propio Proyecto Educativo Institucional sin más limitaciones que las definidas por la ley y este reglamento".

Por las mismas razones tampoco resulta nulo el artículo 18, cuando le da competencia a todos los miembros de la comunidad educativa para participar en la dirección de las instituciones de educación, por medio de sus representantes en los órganos del gobierno escolar, usando los medios y procedimientos establecidos en el Decreto. Sobre este aspecto recordemos cómo la Ley 115 de 1994, en su artículo 6o., y de conformidad con el artículo 68 de la Constitución Política dispone que, "...la comunidad educativa participará en la dirección de los establecimientos educativos", sin que excluya de tal circunstancia a las instituciones privadas.

De igual manera, tampoco observa la Sala la ilegalidad del artículo 17 del Decreto impugnado, mediante el cual, según la censura, el reglamento o manual de convivencia debe contener las reglas para la elección de representantes al Consejo Directivo, pues las disposiciones que a él hacen referencia encuentran respaldo en la misma Ley 115 de 1994.

En efecto, el precitado estatuto en su artículo 73 ordena que, "con el fin de lograr la formación integral del educando, cada establecimiento educativo (no hace ninguna distinción), deberá elaborar y poner en práctica un Proyecto Educativo Institucional en el que se especifiquen entre otros aspectos, los principios y fines del establecimiento, los recursos docentes y didácticos disponibles y necesarios, la estrategia pedagógica, el reglamento para docentes y estudiantes, y el sistema de gestión, encaminado a cumplir con las disposiciones de la presente ley y sus reglamentos".

Asimismo, la Ley 115 en su artículo 87 prescribe que:

> "Los establecimientos educativos (no se refiere en particular a ninguno de ellos), tendrán un reglamento o manual de convivencia en el cual se definan los derechos y obligaciones de los estudiantes. Los padres o tutores y los educandos al firmar la matrícula correspondiente en representación de sus hijos, estarán aceptando el mismo".

Ahora, la inclusión de las reglas para la elección de representantes al Consejo Directivo, bien pueden hacer parte de la dirección del establecimiento y del sistema de gestión de que tratan los artículos 18 y 73 de la Ley 115 de 1994 adoptados por el establecimiento dentro de la autonomía y sin más limitaciones que las definidas por la ley a que hace alusión en su artículo 15 el Decreto que ahora en algunas de sus partes se acusa.

Por lo demás, aún no se conoce el contenido y la finalidad de tales reglas ni las objeciones respecto de ellas, como para afirmar desde ya que violan la autonomía de las instituciones privadas.

En relación con el artículo 19 y con los parágrafos de los artículos 20 y 23 del Decreto acusado, el actor no da mayores luces acerca de las normas de carácter superior que estima

violadas, ni del concepto de la violación. Se limita a afirmar que violan la estructura interna y modifican los estatutos de las instituciones privadas.

Sin embargo, considera la Sala que las medidas allí adoptadas, hacen parte del gobierno escolar, que deben organizar todos los establecimientos educativos conforme lo dispone el artículo 19 del mismo Decreto 1860 de 1994 en cumplimiento de la participación democrática de todos los estamentos de la comunidad educativa que ordena el artículo 142 de la Ley 115 de 1994.

Ahora, la referencia que hace el artículo 19 y los parágrafos de los artículos 20 y 23 del Decreto 1860 de 1994 a las instituciones educativas privadas en el sentido de que deben establecer en su reglamento un gobierno escolar, que su consejo directivo podrá ejercer las mismas funciones que el de los establecimientos educativos y que quien ejerza su representación legal será considerado como el Director Administrativo de la institución, tiene fundamento en el artículo 68 de la Constitución Nacional y en los incisos 2 y 3 del artículo 142 de la Ley 115 de 1994, los cuales hacen alusión a la participación de la comunidad en el gobierno escolar, a la obligación que tienen las instituciones educativas privadas de establecer en su reglamento tal gobierno para la participación de dicha comunidad educativa y a la facultad de los voceros de los estamentos constitutivos de la comunidad educativa para presentar sugerencias en la toma de decisiones de carácter financiero y administrativo dentro de la autonomía, que como ya se expresó, tiene cada establecimiento educativo para formular, adoptar y poner en práctica su propio Proyecto Educativo Institucional sin más limitaciones que las definidas por la ley y el reglamento.

3o. Violación del artículo 58 de la Constitución Nacional.

En el artículo 58 de la Carta Política, se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles.

Manifiesta la parte actora que el artículo 59 del Decreto 1860 de 1994, grava la propiedad privada al consagrar las actividades que se deben desarrollar en las instalaciones del Colegio en las horas en que éstas queden disponibles. Que "el hecho de que particulares presten el servicio público de educación, no significa que mediante un reglamento pueda entrarse a disponer de la propiedad privada donde tiene lugar el servicio".

A este respecto, responde el señor apoderado del Ministerio diciendo que en el Decreto no se ordena o se obliga a utilizar las instalaciones y que, en forma muy consecuente el artículo citado remite al Proyecto Educativo Institucional, o sea que si allí no se contempla esa utilización ésta no se hará, pues el PEI es la expresión de la voluntad de la comunidad educativa.

Encuentra la Sala de absoluta validez la argumentación expuesta por el vocero de la Administración puesto que en realidad, el artículo 59 bajo examen no tiene una orden coercitiva. Observando su redacción se nota que, si bien se titula "utilización adicional de las instalaciones escolares", en ninguna parte de la norma hace referencia a las

instalaciones locativas haciendo énfasis, más bien, en los "establecimientos educativos" concepto que bien puede abstraerse de la tangibilidad meramente material y referirse, como es lo usual, a la institución como tal.

Ninguno de los seis puntos contemplados en el artículo constriñe a que los programas allí enunciados se realicen en las instalaciones locativas del establecimiento y, lo que es aún más importante para el efecto que se discute, dichos programas tienen que supeditarse al propio proyecto educativo institucional que, obligatoriamente deben adoptar los establecimientos educativos según lo ordenan los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 115 de 1994.

Pero es que, por otra parte, la posición del demandante no se concilia con la filosofía ni de la nueva Constitución ni de la Ley reglamentada. Cuando en el preámbulo de la Carta Política de Colombia se establece como su finalidad principal la de "fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo...", es de colegirse que a tal fin se llega mediante acciones y voluntades que lo hagan efectivo como la educación y que ésta, como lo define el artículo primero de la ley en comento, es "un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes". A ese proceso no puede ser ajeno ningún ciudadano y con menos razón quienes están comprometidos con el Estado y con la sociedad a "educar", con todo lo que ello significa, sin egoísmos, sin limitaciones, sin criterios utilitaristas, sin hacer de la educación una mera actividad lucrativa, desligada de sus verdaderos objetivos. Si es cierto que la propiedad privada está garantizada en el artículo 58 de la Constitución, es también cierto que en el mismo artículo ésta se consagra como "una función social que implica obligaciones" enfatizando además, el mismo artículo, en que "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los intereses de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social".

No en vano la nueva Carta Política proclama desde su primer artículo que "Colombia es un Estado social de derecho". Y no debe olvidarse, sino tenerse siempre presente que, como bien lo dice el apoderado de la Nación, la educación es un servicio público que hace parte del sistema nacional y que quien se compromete a prestarlo, debe ingresar en el sistema y someterse a sus reglas; "así que el Gobierno puede, enmarcado por la ley, fijar comportamientos que conduzcan al éxito en la prestación del servicio".

Ahora, si en gracia de discusión se considerara que el Decreto ordena utilizar las instalaciones locativas, después de clase, resultarían atinentes las consideraciones que sobre tal aspecto hizo la Sala al denegar la suspensión provisional de los actos acusados. Allí se dijo:

> "Tampoco encuentra la Sala la bultosa y manifiesta violación del derecho de propiedad por parte de los ordenamientos impugnados, por la disposición de utilizar

las instalaciones educativas después de clases, pues de un lado, esta circunstancia, en principio, no implica la privación de la la propiedad, y de otro, la misma Ley 115 de 1994 en su artículo 92 dispone la incorporación dentro del Proyecto Educativo Institucional, entre otras acciones, las atinentes a la administración eficiente del tiempo y en su artículo 204, consagra dentro del proceso educativo la "Educación en el ambiente" como aquella que se practica en los espacios pedagógicos diferentes a los familiares y escolares mediante la utilización del tiempo libre de los educandos, uno de cuyos objetivos es "Enseñar la utilización constructiva del tiempo libre para el perfeccionamiento personal y el servicio a la comunidad"".

4o. Violación de otras normas legales:

En este aspecto el actor hace una enunciación global del Título XXXVI del Libro 1o. del Código Civil, que regula todo lo relativo a las personas jurídicas, se dispone sobre su administración y se otorga a los estatutos categoría de ley para las partes. Así mismo, del Título XXVII del Libro 4o. del Código Civil que se ocupa de las sociedades, su composición, reglas y formas de administración, y del Libro 2o. del Código de Comercio en el que se consagra todo lo relativo a las sociedades comerciales especialmente determinando los órganos y funciones de cada forma societaria.

La sustentación de la violación de todas las normas contenidas en los códigos, títulos y libros mencionados, es compendiada por el accionante con la aserción de que las normas acusadas "modifican mandatos superiores y, alteran la voluntad de los fundadores, miembros asociados y socios de las distintas entidades privadas" (folio 18), proposición que, no satisface la exigencia de explicación de la violación hecha por el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

En este capítulo el demandante no cita concretamente las disposiciones del Código Civil ni del Código de Comercio que considera violadas ni las del Decreto acusado que podrían violarlas, como tampoco el sentido en que éstas "...modifican mandatos superiores y, alteran la voluntad de los fundadores, miembros asociados y socios de las distintas entidades privadas". Esta circunstancia imposibilita a la Sala para manifestarse sobre el presunto cargo formulado, sin perjuicio de reiterar que las disposiciones del acto impugnado que dicen relación con el gobierno y el funcionamiento de la educación tanto pública como privada, tienen, como ya se expresó, fundamento en la Constitución Nacional y en la Ley.

En virtud de todo lo expuesto, cree la Sala que la incidencia que puedan tener las normas acusadas en la organización interna de las personas jurídicas privadas que tienen a su cargo establecimientos de enseñanza, no violan las normas legales sobre la materia a las que alude la demanda, porque encuentran respaldo en la Constitución Nacional y en la Ley 115 de 1994, no sólo en virtud de la calidad de servicio público y de la función social que tiene el noble apostolado de la educación, sino también de la facultad de inspección y vigilancia que sobre dicho servicio debe ejercer el Estado.

Por todo lo anterior en desarrollo de los patrones filosóficos que sobre la educación traen la nueva Constitución como las leyes y decretos que la reglamentan, los propietarios de los colegios privados deberán entender que la prioridad de la función a la que están comprometidos con la sociedad y con el Estado, es la educación integral; que la Constitución exige por lo tanto en el artículo 68 que esa educación sea impartida por "personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica" y que, también por mandato constitucional, deben permitir y organizar la participación de la comunidad educativa en la dirección y en el desarrollo de las instituciones de educación hasta el punto de que si una entidad particular destina un local como establecimiento educativo tiene que someterse a las normas que, sobre establecimientos educativos contengan la Constitución y la Ley.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

FALLA:

DENIÉGANSE las peticiones de la demanda.

DEVUÉLVASE al actor la suma depositada para gastos del proceso, por no haber sido utilizada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 25 de mayo de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN-Requisitos/**CONCEPTO FAVORABLE DE LOCALIZACIÓN/ACTO DE TRÁMITE/CERTIFICADO DEL USO DEL SUELO/OFICINA DE PLANEACIÓN MUNICIPAL**-Órgano Competente

El referido Concepto Favorable de Localización es apenas un acto de trámite, que no puede ser considerado como el certificado de usos del suelo, el cual además tampoco es el que pone fin a la actuación administrativa, pues esta culmina como bien lo anota el fallador de primera instancia con la expedición de la licencia de construcción. Para expedir la licencia de construcción se hace necesario, de conformidad con el artículo 9o. del Decreto 0615 de 1982 el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Concepto de localización. b) Certificado de uso del agua y vertimientos residuales. c) Certificado de salud pública. d) Consulta sobre disponibilidad de servicios públicos. e) Certificados de Usos del Suelo. f) Aprobación de anteproyecto y proyecto. Por su parte el artículo 22 *ibídem* señala que para obtener la licencia de construcción el interesado deberá llenar además de los requisitos exigidos para tal efecto por las entidades municipales pertinentes, entre otros, la línea de demarcación. Es claro que entre los requisitos señalados en el artículo 9o. se distinguen perfectamente el concepto de localización (literal a) y el certificado de usos del suelo (literal e). Igualmente de la declaración rendida por el Gerente General de la demandante, se establece que ésta confundió el concepto favorable de localización, con el certificado de usos del suelo. Luego no es cierto que exista un concepto previo favorable que autorizaba el uso del suelo para la construcción de un parque cementerio, pues simplemente lo expedido fue el concepto de localización el cual es definido por el artículo 3o. del Decreto Municipal No. 0615 de 1982 como "el resultado

de la evaluación inicial de un proyecto en relación con el estudio de zonificación y Usos del Suelo del Departamento, promulgada por la autoridad competente. El concepto puede ser favorable o no favorable. El concepto de localización positiva es requisito indispensable para continuar con los trámites subsiguientes". Tanto el artículo 165 del Decreto Municipal No. 059 de 1990 como el artículo 19 del Decreto Departamental No. 0615 de 1982, señala que corresponde a la Oficina de Planeación Municipal expedir el certificado de uso del suelo, el cual, junto con la línea de demarcación son requisitos previos a la licencia de construcción que debe expedir la Oficina de Planeación Municipal. En cuanto a la mora de la Administración en la respuesta a la solicitud de demarcación de la Arquidiósesis de Cali, se tiene que ello no es causal de nulidad de los actos administrativos, sino causal de mala conducta del funcionario que incurrió en dicha mora, de conformidad con el artículo 76 numeral 5 del C.C.A .

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiseis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3197. AUTORIDADES MUNICIPALES. Actora: ARQUIDIÓCESIS DE CALI.

Entra la Sala a conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La Arquidiócesis de Cali por medio de apoderado judicial demandó ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho Oficio No. 368 de 29 de septiembre de 1992, por medio del cual, el director de Planeación del Municipio de Palmira (Valle) se niega a expedir las líneas de demarcación para la construcción de un parque cementerio.

En los hechos se narra que la actora decidió acometer la construcción de un parque cementerio fuera de las áreas del Municipio de Cali, localizando dentro del Municipio de Palmira un lote de terreno ubicado en la margen derecha Cali - Palmira, kilómetro 8.

Mediante comunicación de marzo 10 de 1992, la demandante solicitó al Jefe de Planeación Municipal de Palmira se le informara el "uso del suelo" reglamentado por las autoridades municipales, con el fin de adelantar la negociación de compraventa del inmueble citado.

A través del Oficio No. 082 de 19 de marzo de 1992 el Director de Planeación respondió que el "uso del suelo" del predio solicitado solo se permitía para la explotación agropecuaria y las complementarias y afines, conceptuando desfavorablemente la localización de un parque cementerio.

En abril 7 de 1992, la Arquidiócesis de Cali solicitó nuevamente el concepto sobre el uso del suelo, esgrimiendo argumentos como el embellecimiento del sector, defensa ecológica de los ríos y reforestación de la zona, proponiendo soluciones que no afectarían el tráfico vehicular de la zona.

Mediante Oficio sin número de 7 de mayo de 1992, el Departamento de Planeación de Palmira dio concepto de localización favorable al proyecto del parque cementerio, advirtiendo que para la aprobación definitiva se debían cumplir con algunos requisitos tales como el certificado de uso o vertimiento de aguas residuales, certificado de salud pública y certificado de disponibilidad de energía eléctrica.

Advirtiendo la Arquidiócesis de Cali a las autoridades municipales que para adelantar la negociación de compraventa del predio era necesario el concepto favorable para el uso del suelo, procedió a adquirir el inmueble mediante Escritura Pública No. 6585 de 3 de agosto de 1992, por un precio de $121.000.000.oo que fueron cancelados al vendedor, señor José Luis Castro Byrne.

La Compraventa se solemnizó previa la celebración de la promesa de compraventa de fecha 15 de mayo de 1992, por haberse obtenido el concepto favorable para el proyecto del parque cementerio, según oficio de 7 de mayo de 1992.

Adquirida la propiedad por parte de la Arquidiócesis de Cali por haber obtenido el concepto favorable un arquitecto a nombre de la demandante solicitó al Departamento de Planeación Municipal de Palmira se le expidiera "Línea de Demarcación" del predio No. 001-016-057, con el fin de iniciar la construcción del proyecto aludido.

Dicha línea de demarcación es definitiva para la iniciación de cualquier proyecto de construcción, sin la cual es absolutamente imposible acometer cualquier obra arquitectónica.

Radicada la solicitud de líneas de demarcación para el proyecto del parque cementerio, las autoridades de Planeación en forma inexplicable demoraron la respuesta a la misma, por lo cual la peticionaria requirió personalmente al Director de Planeación, remitiéndole dos comunicaciones a éste fechadas el 13 de julio y 14 de septiembre de 1992, en las que expone los problemas en que se encuentra, solicita una pronta respuesta a la petición de líneas de demarcación y justifica el proyecto del cementerio.

Finalmente, mediante Oficio No. 368 de 29 de septiembre de 1992, el Director de Planeación Municipal de Palmira, después de cuatro meses y medio de presentada la solicitud, respondió a la Arquidiócesis negando el proyecto "hasta tanto no se adelante por parte de la Administración Municipal una serie de estudios que nos permitan

presentarle al Concejo Municipal de Palmira un plan general del uso del suelo en el área rural plana de conformidad con lo establecido en el artículo 313 numeral 7o. de la Constitución Nacional".

Como normas violadas se señalan:

De carácter constitucional: artículos 2o., 4o., 23, 29, 58, 113 y 313 numeral 7.

De carácter legal: Artículos 5, 6, 9, 31 y 84 del C.C.A., artículos 7, 11, 34, 38, 99, 165 y 166 del Decreto 059 de 14 de febrero de 1990, expedido por el Alcalde del Muncipio de Palmira; y los artículos 178, 179 y 180 del Decreto 2811 de 1974.

Hace consistir así el concepto de violación:

El derecho de petición contenido en el artículo 23 de la Carta Política en concordancia con los artículos 6o. y 9o. del C.C.A. fue desconocido, por cuanto la entidad demandada solicitó la línea de demarcación y la Administración debiendo resolverle en el término de 15 días, demoró su respuesta.

El artícuco 29 de la Constitución, reafirmado en el artículo 84 del C.C.A, toda vez que el acto administrativo acusado desconoce el debido proceso, debido a la negligencia del funcionario que lo expidió.

El artículo 313 numeral 7o. *ibídem* ya que éste derogó la competencia de los alcaldes municipales para reglamentar el uso del suelo, función que le fué encomendada a los concejos, luego no se podía esgrimir este artículo como causal para negar la solicitud de demarcación del predio para la construcción del parque cementerio.

Existe entonces un funcionario que carece de competencia para pronunciarse negativamente sobre una solicitud de demarcación, pretextando el uso del suelo.

El artículo 58 *ibídem* que consagra el derecho a la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, por cuanto la negativa a concederle las líneas de demarcación viola, atropella y vulnera dicho derecho, ya que la Arquidiócesis adquirió un derecho para usar el predio de su propiedad en la construcción de un parque cementerio, por, autorización concedida por el Departamento de Planeación Municipal, tal y como consta en el oficio sin número de 7 de mayo de 1992.

De igual manera fueron violados los artículos 2o. inciso 2, 4o. y 113 de la Carta Política, pues ellos consagran respectivamente la función de las autoridades de proteger a las personas en su vida, honra y bienes, la separación de las ramas del poder público, las cuales obran separada pero armónicamente, y la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico.

De otra parte, fueron desconocidos los artículos 178, 179 y 190 del Código de Recursos Naturales Renovables (Decreto 2811 de 1974), toda vez que si bien es cierto que el lote de la Arquidiócesis se encuentra localizado en la zona que el Municipio de

Palmira ha denominado de reserva agrícola, ello no impide que se construyan en él obras arquitectónicas aunque de uso restringido, como el parque cementerio, teniendo en cuenta las circunstancias físicas, viales, ecológicas y socio-económicas. La construcción del parque cementerio en nada afecta la calidad del suelo, la naturaleza del mismo y los sistemas del equilibrio ecológico, y antes por el contrario asegura la conservación y recuperación del paisaje, no produce contaminación atmosférica y no genera la desforestación de los suelos ni la erosión de los mismos.

Asimismo se violaron los artículos 7o., 11, 34, 164, 165 y 166 del Decreto 059 expedido por el Alcalde Municipal de Palmira, ya que el artículo 7o. señala que dentro del ámbito de aplicación del plan de ordenamiento urbano del Municipio de Palmira se tiene el denominado ámbito rural y ámbito de zonas de reserva agrícola, éstas últimas comprendidas en el perímetro urbano y en el perímetro que se delimita en el artículo 11; el artículo 11 por cuanto el predio de la demandante se encuentra comprendido dentro del ámbito de las zonas de reserva agrícola; el artículo 34 ya que determina los usos o áreas de actividad de la zona denominada de reserva agrícola, actividades que se dividen en uss principales, complementarios y restringidos, encontrándose dentro de esta última categoría de conformidad con el literal f) numeral 3 como actividades de usos restringido, los cementerios y los hornos crematorios; el artículo 99 ya que los usos restringidos en ningún momento prohiben la realización de actividades, sino que establece que deben estar sujetas a los requisitos previos que señale la correspondiente autoridad, tales como la determinación del tipo de construcción, soluciones viables, servicio de acueducto, utilización de energía y demás que considere Planeación Municipal.. La Arquidiócesis de Cali a fin de obtener el uso del suelo por parte de Planeación, especificó que estaba dispuesta a cumplir con todos los requisitos exigidos y estatuidos en el Decreto 059 de 1990.

Las anteriores normas fueron desconocidas por el funcionario que expidió el acto acusado negando la línea de demarcación, pues carecía de competencia y en uso arbitrario de sus funciones desconoció las normas municipales que regulan y definen el plan de regulamiento urbano de Palmira, por lo cual el acto debe ser anulado.

En el acto demandado existió desvío de poder pues el funcionario que lo expidió ejerció una actuación que no le compete. El hecho de que la solicitud haya sido respondida después de 4 meses, indica que ha existido negligencia en la administración y un móvil oculto, cual era que la peticionaria se venciera por cansancio, no obstante haber celebrado un negocio soportado sobre la viabilidad jurídica de la utilización del predio que había adquirido.

El acto demandado afirma falsamente que el concepto de localización favorable, obtenido mediante el Oficio No. 16 de 7 de mayo de 1992 no constituía ninguna autorización para realizar el proyecto, por cuanto se debían reunir los requisitos que enumera el Oficio cuya nulidad se invoca.

Es evidente también el desvío de las atribuciones propias del funcionario cuando señala en el acto acusado que para la aprobación de localización de jardines cementerios se deben evaluar con anterioridad las circunstancias determinadas en los artículos 537 y 538 de la ley 9a. de 1979, pues éstos no se refieren a la construcción de los parques cementerios sino a las licencias de funcionamiento.

El acto acusado adolece además de falsa motivación al señalar que "el instrumento rector para la planificación de municipios es el Plan Integral de Desarrollo, con la alternativa de establecer estímulos para las actividades económicas en el área urbana y desestimular la localización de industrias y de familias en el resto del municipio", pues dicha afirmación es falsa, ya que en la misma área donde se encuentra el lote adquirido por la Arquidiócesis se han levantado algunas industrias, ellas sí contaminantes, produciéndose además la declaración de zona industrial en el corregimiento de La Dolores.

No es cierto además que el predio en cuestión no pueda utilizarse para propósitos diferentes a los agrícolas y pecuarios, pues según la clasificación elaborada por el plan de ordenamiento urbano, esta área se considera reserva agrícola y tiene usos restringidos pero no prohibidos, lo que se demuestra con la existencia de actividades empresariales que se están desarrollando en las áreas pertinentes.

Es también falsa la afirmación del funcionario que expidió el acto acusado cuando dice que la localización del cementerio se ha analizado teniendo en cuenta el aspecto vial que originaría un conflicto en el tráfico de la recta Cali-Palmira, pues la demandante se compromete a realizar las obras de infraestructura vial para evitar que el ingreso al parque cementerio perturbe el tráfico.

De igual manera el acto es motivado falsamente cuando dice que debe darse aplicación a los artículos 537 y 538 de la ley 9a. de 1979, ya que éstos se refieren exclusivamente, a las licencias de funcionamiento de los cementerios y no a su localización.

Finalmente, no obstante que el soporte jurídico del acto demandado es el Decreto Municipal 0615 de 1982, el funcionario manifiesta que "no es procedente continuar el proyecto en mención hasta tanto no se adelanten por parte de la Administración una serie de estudios que nos permitan presentarle al Concejo Municipal de Palmira un plan general de usos del suelo del área rural plana, de conformidad con lo establecido en el artículo 313 numeral 7o. de la Constitución Nacional", afirmación que constituye una confesión de la Administración de que no existen normas que regulen el uso de los suelos y que sólo podrán concederse dicho uso cuando la Administración le presente un proyecto al Concejo Municipal a fin de que cumpla con el mandato contenido en el artículo 313 de la Carta. Resulta entonces que el particular tendría que esperar indefinidamente que la Administración de Palmira elaborara el plan y que finalmente el concejo municipal convirtiera en acuerdo municipal el uso del suelo del área del Municipio de Palmira,

circunstancia inaceptable que viola los principios fundamentales consagrados en la Constitución Política y que se señalan como violados por el acto que se acusa.

2. EL FALLO APELADO

En sentencia del 14 de octubre de 1994 el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las pretensiones de la demanda.

Para tomar la anterior decisión el *a-quo* señala que no encuentra violación de las normas citadas por el actor, ya que el hecho de que el funcionario de Planeación Municipal haya resuelto la petición por fuera del término estipulado en la ley, no genera nulidad del acto, pues ésta se da cuando se presenta alguna de las causales contenidas en el artículo 84 del C.C.A.

En cuanto a la violación del numeral 7 del artículo 313 de la Constitución, se tiene que si bien es cierto facultó a los concejos municipales para reglamentar el uso del suelo, no por ello el acto es anulable, ya que se fundamentó en las normas que hasta el momento rigen en el municipio, mientras se expide la nueva normatividad en desarrollo de la Constitución Política. Además, mediante el acto acusado no se está reglamentando el uso del suelo, sino que se está dando aplicación a las normas municipales y departamentales por parte del funcionario competente, que lo es, el Director del Departamento de Planeación Municipal, de conformidad con el artículo 165 del Decreto Municipal No. 059 de 1990 que señala que la Oficina de Planeación Municipal expedirá, entre otros documentos, la licencia de construcción, el concepto de localización y el certificado de uso del suelo.

De otra parte, el que se haya dado concepto desfavorable de localización no implica que se esté desconociendo el derecho de propiedad. Por el contrario, la Carta Política señala que el interés general prevalece sobre el particular. Además, la Administración no había expedido a la demandante el certificado de usos del suelo que es requisito indispensable para continuar con el procedimiento para obtener la licencia de construcción. Es de anotar que en la promesa de compraventa visible a folio 21 y siguientes del cuaderno No. 2, no aparece consignado que la realización del negocio esté condicionada a pronunciamiento alguno de la Administración Municipal.

Del estudio de los artículos del Decreto 2811 de 1974 que se estiman violados no surge la infracción alegada, pues es precisamente la Administración quien tiene la facultad de determinar cuándo un predio que es de reserva agrícola puede destinarse a otros usos y por eso la entidad demandada ha fundamentado su acto en normas de carácter municipal y departamental que fijan la política y los planes a desarrollar por el municipio, política que se ratificó en reunión celebrada el 24 de septiembre de 1992 en Junta de Planeación Departamental, donde los técnicos de las diferentes entidades fueron unánimes en conceptuar desfavorablemente a la localización del parque cementerio, aduciendo entre otros, factores de contaminación de aguas y el impacto que el funcionamiento del camposanto puede producir sobre el flujo vehicular.

La zona donde está ubicado el predio para el parque cementerio es reserva agrícola y el uso es restringido para la actividad de camposanto, como lo acepta la actora, estando sometido el concepto de localización a las políticas de carácter técnico que determine la Administración, y si hay concepto de entidades como la CVC y Planeación Departamental que no recomiendan la localización del parque cementerio en ese sitio, por las razones aludidas, se tiene que la Administración está actuando adecuadamente y no como lo pretende la demandante.

Si bien mediante el Oficio de 7 de mayo de 1992 se dio concepto de localización favorable, no es menos cierto que allí se dejó la anotación de que previamente se debían reunir unos requisitos para proceder a expedir el certificado de usos del suelo y así poder continuar con el trámite respectivo, hasta obtener la licencia de construcción.

Mediante el Decreto Departamental No. 0615 de 25 de marzo de 1982 se adopta el procedimiento para la expedición de la licencia de construcción de proyectos industriales, institucionales, recreacionales, de parcelación y urbanización en el Departamento del Valle del Cauca, disponiendo su artículo 8o. que los municipios que conforman dicho departamento deberán adoptar el procedimiento allí establecido para obtener la licencia de construcción, debiendo llenarse los siguientes requisitos (artículo 9o.): a) Concepto de localización; b) Certificado de uso del agua y vertimiento de aguas residuales; c) Certificado de salud pública; d) Consulta sobre disponibilidad de servicios públicos; e) Certificados de uso de suelo; y f) Aprobación de proyecto y anteproyecto. A su vez el artículo 3o. define lo que es el concepto de localización (que puede ser o no favorable) como el resultado de la evaluación inicial de un proyecto en relación con el estudio de zonificación y usos del suelo del departamento, promulgado por autoridad competente, cual es la Oficina de Planeación Municipal (artículo 11).

Por las razones expuestas anteriormente el Tribunal considera que no se presenta la falsa motivación y la desviación de poder esgrimidas en la demanda.

3. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El apoderado de la actora apeló el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca solicitando sea revocado y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, para lo cual expuso lo siguiente:

La sentencia se limitó a relatar en forma extensa los hechos de la demanda y la contestación de la misma, existiendo ausencia de un análisis serio y ponderado de las pruebas aportadas por la parte actora, lo que desdice de los fundamentos del fallo.

La Constitución Nacional recoge como precepto fundamental el debido proceso, al cual está sometido el juzgador y el cual debe culminar con una sentencia debidamente motivada.

En el presente caso el juez se limitó a contradecir los fundamentos de la violación presentados en la demanda, sin profundizar sobre otros aspectos y elementos jurídicos necesarios para proferir un fallo justo y legal.

La parte actora pretende la nulidad del oficio demandado que le negó la línea de demarcación, existiendo un concepto previo favorable que autorizaba el uso del suelo para la construcción de un parque cementerio. Dada la autorización de usos del suelo, se requiere para iniciar las obras que la entidad de Planeación determine las correspondientes líneas de demarcación, las cuales no son más que un complemento del primer acto administrativo, pero al negar este complemento se hace imposible realizar la obra por parte de la Arquidiócesis de Cali.

La negativa de conceder las líneas de demarcación se fundamenta en que el uso del duelo quedaría sujeto a la reglamentación que expidiera el Concejo Municipal de Palmira de conformidad con la preceptiva constitucional. Además, se señaló en el acto que el área en que se construiría el cementerio estaba destinada para uso agrícola.

Los argumentos aducidos por la Administración Municipal en relación con el uso agrícola del suelo quedan desvirtuados mediante la inspección judicial practicada, porque allí se constató que alrededor del predio se levantan fábricas de diferentes actividades. De otra parte, las normas contempladas en el Decreto 2811 de 1974 señalan que las zonas de reserva agrícola no son prohibitivas, sino restringidas, razón por la cual puede autorizarse el uso del suelo para otras actividades, con el lleno de los requisitos legales.

El artículo 58 de la Carta Política si fue violado, ya que lo que se invoca realmente es el desconocimiento de los derechos adquiridos por la Arquidiócesis de Cali, pues la Administración de Palmira mediante un acto administrativo válido le autorizó el uso del suelo para construir un parque cementerio, lo que generó un derecho que no podía ser lesionado posteriormente por el acto que negó la línea de demarcación. En cuanto a los derechos adquiridos, la finalidad de la protección se dirige a la prohibición del Estado para producir normas con efectos rotroactivos.

La sentencia se fundamenta en un concepto elaborado el 24 de septiembre de 1992 de la Junta de Planeación Departamental donde se sostiene que la construcción del parque cementerio genera contaminación de las aguas y produce impacto desfavorable en el flujo vehicular. No tuvo en cuenta dicha sentencia las pruebas aportadas al proceso, pues se demostró con los estudios técnicos elaborados por la Universidad del Valle que la construcción de un parque no produce ninguna contaminación de las tierras, de las aguas y del aire y por el contrario ayuda a la preservación del medio ambiente y recupera el paisaje con las obras de arborización y de cultivos florales.

Se equivoca igualmente el juzgador al reseñar que por el Decreto Departamental No. 0615 de 25 de marzo de 1982 se adopta el procedimiento para la expedición de las licencias de construcción de proyectos industriales, institucionales, recreacionales y otros, pues dicho procedimiento hace referencia a la licencia de construcción y no a la línea de demarcación que se solicita previamente para obtener finalmente la licencia de construcción. Por consiguiente no es aplicable el citado decreto, pues una vez obtenido el uso del suelo y el señalamiento de las líneas de demarcación, se procede a obtener la licencia de construcción conforme lo señala el artículo 9o. del referido estatuto.

El desvío de poder alegado se plantea por la usurpación que el funcionario ha hecho de funciones que no le están autorizadas y si en efecto lo estaban, la Administración demoró sin causa alguna la respuesta a la solicitud de demarcación.

Se presenta también falsa motivación al invocar el acto administrativo normas que no tenían ninguna relación con el tema planteado.

Igualmente se demuestra falsa motivación con la practicada al predio y sus alrededores sobre la existencia de empresas industriales así como con la demostración mediante conceptos técnicos de que la solución para no causar traumatismos en el tráfico vehicular era la elaborada y proyectada por la Arquidiócesis de Cali, circunstancia desconocida por el juzgador de primera instancia.

4. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 170 del C.C.A. prescribe:

> "La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones...".

La Sala trae a colación el anterior precepto, toda vez que el recurrente considera que la sentencia apelada se limitó a hacer un recuento de los hechos, de la contestación de la demanda y a contradecir los fundamentos de la violación, sin hacer un análisis serio y ponderado de las pruebas aportadas por la parte actora.

Al respecto observa la Sala que en cumplimiento del artículo transcrito, la sentencia recurrida se refiere a los hechos, a los argumentos de la demandada, valora las pruebas, y desvirtúa los fundamentos jurídicos en que apoyó la actora sus peticiones.

Cuestión distinta es que la valoración de las pruebas efectuada por el juzgador de primera instancia, no coincida con el criterio del apelante, pero no por ello puede decirse que el análisis no fue serio.

La Sala partirá del estudio del Concepto de Localización Favorable No. 016 de 7 de mayo de 1992 (folio 10 cuaderno No. 2) expedido por el Director de Planeación Municipal, pues la demandante considera que con base en él podía efectuar la negociación y que por tanto al negársele la línea de demarcación de ello se derivan los perjuicios pretendidos, ya que afirma que el Concepto de Localización Favorable le daba lugar al uso del suelo.

En dicho concepto se especificó una nota que textualmente dice:

"Una vez tramitados los anteriores Conceptos, este Despacho expedirá el corresponfiiente Certificado de Uso y las normas urbano-arquitectónicas aplicables al proyecto y posteriormente aprobará el proyecto mediante la expedición de la Licencia de Construcción".

De lo anterior se concluye que el referido Concepto Favorable de Localización es apenas un acto de trámite, que no puede ser considerado como el certificado de usos del suelo, el cual además tampoco es el que pone fin a la actuación administrativa, pues esta culmina como bien lo anota el fallador de primera instancia, con la expedición de la licencia de construcción.

Para expedir la licencia de construcción se hace necesario, de conformidad con el artículo 9o. del Decreto 0615 de 1982, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Concepto de localización.

b) Certificado de uso del agua y vertimientos residuales.

c) Certificado de salud pública.

d) Consulta sobre disponibilidad de servicios públicos.

e) Certificados de Usos del Suelo.

f) Aprobación de anteproyecto y proyecto.

Por su parte el artículo 22 *ibídem* señala que para obtener la licencia de construcción el interesado deberá llenar además de los requisitos exigidos para tal efecto por las entidades municipales pertinentes, entre otros, la línea de demarcación.

Dentro de las pruebas que obran en el proceso a folios 48 y siguientes del cuaderno No. 3 se encuentra la declaración rendida por el señor Francisco José Moreno Martínez, Gerente General de la Arquidiócesis de Cali, quien afirma refiriéndose a la negociación del lote en cuestión: "... la negociación con el Dr. Luis Castro la condicionamos a que el Municipio de Palmira, a través de Planeación Municipal, diera el visto bueno, a su concepto de localización favorable, que al criterio de este servidor, **es lo mismo que uso de suelo...**" (negrillas fuera del texto).

Es claro que dentro de los requisitos señalados en el artículo 9o. se distinguen perfectamente el concepto de localización (literal a) y el certificado de usos del suelo (literal e). Igualmente de la declaración rendida por el Gerente General de la demandante, se establece que ésta confundió el concepto favorable de localización, con el certificado de usos del suelo. Luego no es cierto que exista un concepto previo favorable que autorizaba el uso del suelo para la construcción de un parque cementerio, pues simplemente lo expedido fue el concepto de localización el cual es definido por el artículo 3o. del Decreto Municipal No. 0615 de 1982 como "El resultado de la evaluación inicial de un proyecto en relación con el estudio de zonificación y Usos del Suelo del Departamento, promulgada

por la autoridad competente. El concepto puede ser favorable o no favorable. El concepto de localización positiva es requisito indispensable para continuar con los trámites subsiguientes".

En cuanto al argumento del recurrente de que queda desvirtuada la afirmación de la Administración de que el área en que se construiría el cementerio estaba destinada para uso agrícola, con la inspección judicial practicada, porque allí se constató que alrededor del predio se levantan fábricas de diferentes actividades, debe anotarse en primer lugar que no está probado que dichas fábricas se encuentren en la zona de reserva agrícola, pero aún en el caso de que así fuera, ello no desvirtúa el que el predio continúe siendo d ereserva agrícola, pues tal calificación no es discrecional del funcionario que expide el acto, sino que la misma está plenamente determinada en el Decreto Municipal No. 059 de 1990, artículo 11.

Respecto de la consideración del apelante en el sentido de que las zonas de reserva agrícola no son prohibitivas sino restringidas y que el uso del suelo puede autorizarse para otras actividades, previo el lleno de los requisitos legales, la Sala se encuentra en perfecto acuerdo con él, siendo precisamente por tal razón que el oficio demandado negó la solicitud de líneas de demarcación cuando expresó que: "Por lo tanto este Despacho no comparte la apreciación de que con base en el Concepto Favorable de mayo 15 de 1992 la Arquidiócesis de Cali haya procedido a firmar una promesa de compraventa, sin que para ello se hubieran agotado los requisitos preliminares para expedir el correspondiente CERTIFICADO DE USO DEL SUELO, de conformidad a lo establecido en los artículos 18 y 19 del Decreto 0615 de 1982, el cual permite reafirmar la localización favorable en un momento determinado".

La Sala observa que la entidad demandante en manera alguna probó que hubiese obtenido el certificado de uso del suello, y ello porque consideró que el Concepto de Localización Favorable y dicho certificado eran uno sólo, cuestión que anteriormente quedó plenamente aclarada, cuando se dijo que se trata de dos requisitos diferentes.

En lo que se refiere a que el artículo 58 de la Carta Política si fue violado por haber desconocido el acto acusado los derechos adquiridos de la Arquidiócesis de Cali por cuanto mediante un acto administrativo válido le autorizó el uso del suelo para construir un parque cementerio, esta Corporación reitera que el acto a que se refiere el apelante es simplemente el Concepto de Localización Favorable, el cual es apenas un acto de trámite, necesario entre otros, para obtener la respectiva licencia de construcción.

Frente al argumento del recurrente de que la sentencia se apoyó en el concepto de 24 de septiembre de 1992 de la Junta de Planeación Departamental donde se sostiene que la construcción del parque cementerio genera contaminación de las aguas y produce impacto desfavorable en el flujo vehicular, y no así en el estudio técnico elaborado por la Universidad del Valle, la Sala se refiere a dicho estudio (folio 93 y siguientes del cuaderno No. 3):

En efecto, el estudio en mención hace alusión, entre otros, a los siguientes impactos:

1.- En la etapa de Construcción:

"Construcción de edificaciones.

"... La presencia de suelos con propiedades agrícolas, constituyen un inconveniente para el trabajo de construcción, debido a la necesidad de una mayor excavación para la cimentación".

"Movilización de materiales.

"El transporte de materiales ocasiona congestión vehicular en las vías y sobre todo en los cruces con alta congestión como es el caso de la recta Cali-Palmira".

"Aguas residuales.

"La población de trabajadores que laboran temporalmente, producirán un volumen de aguas residuales que será necesario tratar para evitar contaminación...".

"Construcción de fosas.

"La forma cómo se construirán las fosas... genera un impacto por el movimiento de tierra derivado de dicha construcción, especialmente el levantamiento de partículas al ambiente cercano.

2.- En la etapa de operación:

"Movimiento vehicular.

"El transporte al parque cementerio está referido a transporte masivo y familiar. El principal impacto se genera por la construcción vehicular tanto en el tráfico como en el aparcamiento en algunos días...".

"Demanda de agua y servicios (en razón de las visitas).

"El impacto se genera por una mayor demanda de agua potable que debe ser calculada, y por las aguas residuales y desechos sólidos".

"Alcantarillado.

"Las aguas residuales, por actividades humanas en el parque, generan un impacto por materias fecales y otros residuos, los cuales deben ser dispuestos y tratados adecuadamente. Se puede presentar un impacto adicional por eventuales fugas en el sistema y en la disposición".

"Desechos sólidos (materiales reciclables).

"Los desechos sólidos del parque se producen por materiales vegetales utilizados por los deudos en la ornamentación, recipientes y desechos alimenticios, plásticos y otros. El impacto de los desechos sólidos es uno de los principales problemas en las actividades humanas".

"Drenajes.

"El sistema de drenajes puede generar impactos derivados de un sistema inadecuado o de un mal manejo del mismo. Se pueden producir inundaciones, desviación y contaminación...".

Lo anterior pone de manifiesto que el estudio en mención lejos de desvirtuar los impactos que la construcción del parque cementerio generaría, reafirma lo que en este sentido contiene el concepto emitido por la Junta de Planeación Departamental, en el que se basó la Administración para expedir el acto acusado. Ahora, la circunstancia de que puedan existir soluciones para evitar los impactos ambientales que pueda originar la construcción del cementerio, no afecta la validez del acto impugnado, ni impide a la Administración dictarlo.

De otra parte, el apelante asevera que el Decreto 0615 de 1982 no es aplicable en el caso de autos, toda vez que hace referencia al procedimiento para la expedición de las licencias de construcción y no así a la línea de demarcación, añadiendo que una vez obtenido el uso del suelo y el señalamiento de la línea de demarcación, se procede a obtener la licencia de construcción.

No le asiste razón al recurrente toda vez que si bien es cierto el Decreto Municipal No. 0615 de 1982 contiene el procedimiento para la expedición de la licencia de construcción, también lo es que en su artículo 22 exige la línea de demarcación como requisito para obtener dicha licencia de construcción, a más del certificado de usos del suelo que exige el artículo 9o. y el cual no fue obtenido por la demandante.

Asimismo en el recurso de apelación se insiste en el desvío de poder por parte del funcionario que expidió el acto acusado, por cuanto usurpó funciones, agregando que en caso de no haberlas usurpado, de todas maneras se presenta, pues demoró sin justa causa la respuesta a la solicitud de demarcación.

Frente a lo anterior, la Sala estima que tampoco le asiste razón al impugnante, ya que tanto el artículo 165 del Decreto Municipal No. 059 de 1990 como el artículo 19 del Decreto Departamental No. 0615 de 1982, señalan que corresponde a la Oficina de Planeación Municipal expedir el certificado de uso del suelo, el cual, junto con la línea de demarcación son requisitos previos a la licencia de construcción que debe expedir la Oficina de Planeación Municipal.

En cuanto a la mora de la Administración en la respuesta a la solicitud de demarcación de la Arquidiócesis de Cali, se tiene que ello no es causal de nulidad de los actos administrativos, sino causal de mala conducta del funcionario que incurrió en dicha mora, de conformidad con el artículo 76 numeral 5 del C.C.A.

En lo que toca con la falsa motivación por haber invocado el acto administrativo normas que no tenían ninguna relación, el apelante no señala las normas a las que se refiere, entendiendo la Sala que éstas son los artículos 537 y 538 de la Ley 9a. de 1979, por cuanto en la demanda la actora hizo referencia a ellos.

Sobre el particular, esta Corporación al analizar los artículos mencionados de la Ley 9a. de 1979, encuentra que no es cierto que los mismos no tengan relación con la construcción de los parques cementerios, pues en el artículo 537 se señala que todos los cementerios requerirán de licencia de funcionamiento y el 538 establece que para el otorgamiento de la licencia de funcionamiento se deben contemplar aspectos tales como la ubicación de los cementerios con relación a los cascos urbanos; la localización de los mismos en cuanto hace relación a las condiciones generales del terreno, evacuación de residuos, factibilidad de servicios públicos, facilidad de comunicaciones terrestres, etc., todo ello con sujeción a las normas establecidas en dicha ley.

De otra parte, el impugnante sostiene que se presenta también falsa motivación por cuanto se demostró con la inspección judicial la existencia de empresas industriales, a lo cual la Sala ya se refirió anteriormente al señalar que las zonas de reserva agrícola no las determina el funcionario que expidió el acto administrativo, sino en el caso concreto, el artículo 11 del Decreto Municipal No. 059 de 1990.

Finalmente señala el apelante que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta los conceptos técnicos acerca de que la solución para no causar traumatismos es la elaborada y proyectada por la Arquidiócesis de Cali.

Al respecto, estima la Sala que dichos conceptos técnicos no podrán servir de motivación del acto acusado ya que fueron rendidos dentro de la etapa jurisdiccional, esto es, con posterioridad al acto que se juzga. Vale la pena, en este aspecto recordar que el oficio impugnado se basó en los conceptos rendidos dentro de la etapa administrativa por funcionarios de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle, de la Secretaría de Salud Departamental, de la Corporación Autónoma Regional del Cauca y del Departamento Administrativo de Planeación del Valle, contenidos en el acta de 24 de septiembre de 1992 que obra a folios 35 y siguientes del cuaderno No. 3 y que fueron emitidos con anterioridad al acto censurado.

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:

CONFÍRMASE la sentencia apelada de fecha 14 de octubre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y en firma esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 25 de mayo de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

RADIODIFUSIÓN SONORA-Prohibiciones/**SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA**-Requisitos/**LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO/NORMA TRANSITORIA/LIBERTAD DE EXPRESION/DERECHO DE INFORMACIÓN/EMISORA DE RADIODIFUSIÓN SONORA**-Reglamentación

El artículo 1o. del acto demandado impide a las emisoras de radiodifusión sonora que vienen operando sin concesión del Ministerio de Comunicaciones, prestar ese servicio al público, hasta tanto obtengan la correspondiente licencia y se den algunas condiciones establecidas en otras normas legales. Ese sometimiento a otras normas le quita contenido imperativo al artículo y hace de él una regla transitoria. No puede por tanto un texto estar sujeto a una comparación con las normas constitucionales señaladas como transgredidas pues en relación con éstas no dispone nada en sí excepto la prohibición de prestar el servicio de radiodifusión sonora, mientras las emisoras no cumplan con los requisitos legales a que deben someterse. Las disposiciones acusadas, en manera alguna están impidiendo la libre difusión de pensamiento y de las opiniones, ni el ejercicio de derecho de información y de ser informado, ni el de fundar medios masivos de comunicación, sino precisamente están reglamentando la actividad de las emisoras de radiodifusión sonora en los términos de los artículos 131 del Decreto 1480 de 1994 y 40 del Decreto 1695 del mismo año para que sea ejercida conforme a la ley previa la obtención de la respectiva licencia, de que tratan los artículos 10o. de la Ley 72 de 1989,; 50 del Decreto 1900 y 3o. numeral 8 del Decreto 1901 del mismo año, y en ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 189–11 de la Carta Política.

SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN SONORA/DERECHO AL TRABAJO

El artículo 25 de la Carta Política que consagra la protección al derecho del trabajo, no puede considerarse vulnerado por las normas impugnadas de Decreto 2158 de 1994, pues siendo el servicio de radiodifusora sonora un servicio público a cargo del Estado corresponde al gobierno en virtud de la potestad reglamentaria desarrollar su ejercicio, sin que ello implique que se este fomentando el desempleo, como lo pretende hacer ver el demandante. El artículo 26 en concordancia con el artículo 84 de la Constitución Política permiten que la autoridad competente, en este caso el Ministerio de Comunicaciones reglamenta el ejercicio de la prestación de la radiodifusión sonora, cuestión que efectuó a través del Decreto demandado No. 2158 de 1994 y los Decretos Nos. 1480 y 1695 por los cuales se reglamenta el servicio comunitario de radiodifusión sonora, pues estas normas consagran las disposiciones generales y lo relativo a la concesión del servicio comunitario de radiodifusión sonora, derechos y obligaciones del concesionario, programación, procedimientos y tarifas.

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

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3102. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: CÉSAR AUGUSTO SÁNCHEZ MARTÍNEZ.

1. ANTECEDENTES

El ciudadano César Augusto Sánchez Martínez, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó de esta corporación la declaratoria de nulidad de los artículos 1o. y 2o. del Decreto No. 2158 de 19 de noviembre de 1994, "Por el cual se dictan normas sobre el servicio de radiodifusión sonora expedido por el Gobierno Nacional.

Cita el actor como infringidos por el acto acusado los artículos 20, 25 y 70 de la Constitución Política.

Hace consistir así el concepto de la violación:

Las emisoras comunitarias cumplen una destacada labor dentro de los procesos de desarrollo social, cultural y económico de las comunidades específicas, municipios, corregimientos y veredas, actividad enmarcada dentro de la corriente de la comunicación alternativa y a través de la cual los grupos de base con asiento en un territorio específico, se expresan sobre la ciudad, la región, sus problemas y sus soluciones.

Las emisoras comunitarias son independientes, sin grandes capitales ni una gran infraestructura técnica, con un cubrimiento reducido que a la suma se extiende a una población. De ahí su diferencia con los grandes monopolios representados por las cadenas radiales y emisoras comerciales.

El Gobierno, al darle un tratamiento represivo y no brindarles una mínima oportunidad en el tiempo para ordenar y presentar los requisitos, viola fragantemente los artículos 20 y 70 de la Carta Política, impidiendo el acceso a la cultura y el derecho a informar y recibir información, propiciando así una absurda discriminación, afectando las comunidades que buscan pacíficamente una identidad nacional desarrollando y difundiendo los valores culturales de la Nación.

De igual manera viola al artículo 25 de la Constitución Política, pues el trabajo es y será siempre un factor decisivo para la transformación de la sociedad. De ahí que la norma constitucional fija unos parámetros y principios a fin de evitar el desempleo inmediato de las personas.

Dicho amparo constitucional es desconocido por el artículo 1° del acto acusado, cuando determina de manera enfática "... no podrán prestar ese servicio al público hasta tanto obtengan la correspondiente licencia".

La norma demandada crea desorden social en los campos y poblaciones azotadas por la violencia, fomentándose así una situación inaudita y una transición de pronto peligrosa pues por una medida injusta e inconstitucional, las comunidades dedicadas a difundir la cultura al verse sin un medio de subsistencia pueden convertirse en grupos inconformes.

El acto demandado transgrede el derecho al trabajo, ya que el Estado no cumple con su obligación social y por el contrario fomenta el desempleo y la angustia popular.

2.- LA ACTUACIÓN

Mediante proveído del 11 de noviembre de 1994 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos acusados.

Del auto admisorio de la demanda se notificó a la Nación -Ministerio de Comunicaciones-, quien a través de apoderada manifestó que el Decreto No. 2158 de 1994 fue expedido en ejercicio de las facultades contenidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, la ley 74 de 1966 y los Decretos 1900 y 1901 de 1990.

El numeral 11 del artículo 189 consagra la potestad reglamentaria del Presidente de la República ajustándose el Decreto demandado al ordenamiento constitucional y legal.

El artículo 75 de la Carta dispone que corresponde al Estado la gestión y control del espectro electromagnético, en concordancia con los artículos 5o. de la ley 72 de 1989, 4o. y 41 del Decreto-Ley 1900 de 1990 y 35 de la ley 80 de 1993, que impone que para

la prestación del servicio de radiodifusión sonora se requiere de concesión otorgada por el Ministerio de Comunicaciones.

En este sentido, tanto el artículo 10o. de la ley 72 de 1989, como los artículos 50 del Decreto de 1900 de 1990, 3o. numeral 8 del Decreto 1901 del mismo año y el Decreto 1480 de 1994, establecen que los servicios y redes de telecomunicaciones que operen sin previa autorización del Gobierno, serán considerados clandestinos y por lo tanto el Ministerio de Comunicaciones y las autoridades de policía procederán a suspender los equipos. En consecuencia, quien no esté autorizado, no puede prestar el servicio de radiodifusión sonora.

Si bien el Gobierno Nacional había expedido los decretos reglamentarios Nos. 1480 y 1695 de 1994 señalando el período durante el cual se puede solicitar la apertura de una licitación pública o el otorgamiento en forma directa de licencia para la presentación del servicio de radiodifusión sonora comunitaria, no puede interpretarse esto como que estaba legalizado situación de hecho y por tal razón no se pueden entender como suspendidas las normas de orden legal tales como los artículos 10o. de la ley 72 de 1989, 50 del Decreto 1900 de 1990 y 3o. numeral 8 del Decreto 1901 de 1990.

El Decreto 2158 siguiendo los lineamientos de la Política del Gobierno frente a las emisoras que venían operando ilegalmente reiteró que no podrían operar aquellas que no tuviesen licencia o autorización expedida por el Ministerio de Comunicaciones. Se demuestra así que el acto acusado se ajusta a las previsiones normativas jerárquicamente superiores, en cuanto prohibe la operación de emisoras en forma clandestina.

3. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación es partidaria de que se denieguen las súplicas de la demanda, por cuanto el acto administrativo cuya anulación se impetra tiene respaldo legal, ya que ante todo se trata del uso del espectro electromagnético que es bien público inajenable e inprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado, a mas de que la radiodifusión sonora es un servicio público a su cargo y en atención a ello la prestación del servicio comunitario requiere de licencia especial.

El poder de gestión y control del Estado sobre espectro electromagnético y el servicio público de radiodifusión sonora se ejerce a través del Ministerio de Comunicaciones, estando sometido el otorgamiento de licencia para la prestación del servicio al cumplimiento de claros requerimiento legales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El texto de las normas acusadas del Decreto 2158 de 1994 es el siguiente:

> "Artículo 1o. Mientras se cumplen los términos establecidos en los artículos 131 del Decreto 1480 de 13 de julio de 1994 y 40 del Decreto 1695 de agosto 3 de 1994, y se realicen las licitaciones públicas o se expidan las licencias que con base en ellos

sean pertinentes, las emisoras de radiodifusión sonora que vienen operando en el país sin concesión otorgada por el Ministerio de Comunicaciones, no podrán prestar ese servicio al público hasta tanto no tengan la correspondiente licencia.

"Artículo 2o. El cumplimiento a lo dispuesto en el artículo anterior dará lugar a la imposición de las sanciones contempladas en los artículos 10°, de la Ley 72 de 1989, 50 del Decreto 1900 y el 126 del Decreto 1480 de 1994, sin perjuicio de las competencias de otras autoridades".

Por su parte, el contenido de las normas de la Constitución Política que se consideran violadas es como sigue:

"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 la 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.

"Artículo 25.- El trabajo en un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

"Artículo 70.- El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

"La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación".

En primer término la Sala reitera lo expuesto en la providencia de 11 de noviembre de 1994 por medio de la cual denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, en el sentido de que el artículo 1o. del acto demandado impide las emisoras de radiodifusión sonora que vienen operando sin concesión del Ministerio de Comunicaciones, prestar ese servicio al público, hasta tanto obtenga la correspondiente licencia y se den algunas condiciones establecidas en otras normas legales. Ese sometimiento a otras normas le quitan contenido imperativo al artículo y hacen de él una regla transitoria. No puede por tanto un texto estar sujeto a una comparación con las normas constitucionales señaladas como transgredidas pues en relación con éstas no dispone nada en sí, excepto la prohibición de prestar el servicio a la radiodifusión sonora, mientras las emisoras no cumplan con los requisitos legales a que deben someterse.

Del artículo 2o. del acto demandado puede predicarse lo mismo, ya que es complemento del primero, toda vez que dispone que si no se da cumplimiento a lo

ordenado en el artículo anterior, ello dará lugar a la imposición de las sanciones que señalan las disposiciones allí mismo citadas.

En efecto, el demandante afirma que el Gobierno mediante las normas acusadas desconoce el contenido de los artículos 20 y 70 de la Carta Política, pues considera que aquellas le dan a las emisoras comunitarias un tratamiento represivo, propiciando una absurda discriminación.

El primero de los preceptos constitucionales aludido establece que toda persona es libre de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, de informar y recibir información veraz e imparcial y de fundar medios masivos de comunicación, y el segundo le asigna al Estado el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades.

Para la Sala las disposiciones acusadas, en manera alguna están impidiendo la libre expresión y difusión del pensamiento y de las opiniones, ni el ejercicio del derecho de informar y ser informado, ni el de fundar medios masivos de comunicación, sino precisamente están reglamentando la actividad de las emisoras de radiodifusión sonora en los términos de los artículos 131 del Decreto 1480 de 1994 y 40 del Decreto 1695 del mismo año, para que sea ejercido conforme a la ley previa la obtención de la respectiva licencia, de que trata los artículos 10o. de la ley 72 de 1989; 50 del Decreto 1900 y 3o. numeral 8 del Decreto 1901 del mismo año, y en ejercicio de las facultades 189-11 de la Carta Política.

Además, debe anotarse respecto al artículo 70 de la Constitución Política que precisamente dicha norma habla de igualdad de oportunidades, circunstancia que no se daría, si se admiten que presten el servicio de radiodifusión al público las emisoras que, a diferencias de las estaciones que han cumplido con los requisitos, ni siquiera han obtenido la correspondiente licencia.

De otra parte, el artículo 25 de la Carta Política que consagra la protección al derecho del trabajo, no puede considerarse vulnerado por las normas impugnadas del derecho 2158 de 1994, pues siendo el servicio de radiodifusión sonora un servicio público a cargo del Estado, corresponde al Gobierno en virtud de la potestad reglamentaria desarrollar su ejercicio, sin que ello implique que se esté fomentado el desempleo, como lo pretende hacer ver el demandante.

Finalmente, esta Corporación observa que el artículo 26 en concordancia con el artículo 84 de la Constitución Política permiten que la autoridad competente, en este caso el Ministerio de Comunicaciones, reglamente el ejercicio de la prestación del servicio de radiodifusión sonora, cuestión que a través del Decreto demandado No. 2158 de 1994 y los Decretos Nos. 1480 y 1695 por las cuales se reglamenta el servicio comunitario de radiodifusión sonora, pues estas normas consagran las disposiciones generales y lo relativo a la concesión del servicio comunitario de radiodifusión sonora, derechos y obligaciones del concesionario, programación, procedimientos y tarifas.

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:

DENIÉGASE las súplicas de la demanda.

DEVUÉLVASE a la parte actora el depósito efectuado para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 25 de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995)

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

YESID ROJAS SERRANO

SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Improcedencia/**ACTO ADMINISTRATIVO/PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA**

El inciso segundo del numeral 1o. del artículo 6o. del Decreto 2591 fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en sentencia del 11 de noviembre de 1993, la circunstancia anterior lleva a la Sala a considerar que el acto, cuya suspensión provisional se solicita, perdió fuerza ejecutoria, en virtud de la inexequibilidad del acto que le servía de fundamento, y en consecuencia , ha cesado en su vigencia de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3o. del artículo 66 del C.C.A. y, si la norma respecto de la cual se pide la medida cautelar, no tiene vigencia, tal petición resulta improcedente.

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

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3331. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: HÉCTOR JUSTINO JARAMILLO ULLOA.

El ciudadano de la referencia ha presentado ante esta Corporación demanda de nulidad, mediante la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, contraparte del Decreto reglamentario No. 306 del 19 de febrero de 1992, por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991".

La demanda será admitida por llenar los requisitos de ley. Se resolverá también sobre la suspensión provisional del acto acusado que en ella se solicita previas la siguientes consideraciones:

SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Lo que se demanda es la nulidad de los artículos primero y segundo del Decreto No. 0306 de 1992, "por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991".

El actor solicita la suspensión provisional del artículo primero del Decreto 306 de 1992, "por ser manifiestamente violatorio del artículo 6o., numeral primero del Decreto 2591 de 1991".

El actor solicita la suspensión provisional del artículo primero del Decreto 306 de 1992, "por ser manifiestamente violatorio del artículo 6o., numeral primero del Decreto 2591 de 1991".

Dice el solicitante que "Se fundamenta esta petición especial y previa, en razón, como se explicó de manera mas detallada a lo largo de la demanda, en que la norma que se pretendió reglamentar, que lo fue el inciso segundo del numeral primero del supradicho artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991, fue retirado del ordenamiento jurídico nacional como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad producida mediante sentencia constitucional No. 531 proferida el día 11 de noviembre del año 1993. Huelga decir, desaparecida del ámbito normativo nacional la matriz legal, es consecuencia obligada que las normas reglamentarias deben sufrir las mismas consecuencias que aquella. Y ello se hace más imperioso en casos como *sub-lite* para evitar que dichas disposiciones puedan seguir produciendo consecuencias jurídicas adversas a los derechos fundamentales de los ciudadanos colombianos.

"La simple confrontación entre la norma violada (artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 en su numeral primero), teniendo en consideración que su inciso segundo desapareció de la vida jurídica y el contenido del artículo 1o., cuya suspensión provisional se solicita, evidencia se encuentran dados los requisitos previstos por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989, modificatorio del artículo 152 del C.C.A."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se solicita la suspensión provisional del artículo 1o. del Decreto 306 de 1992, "Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991".

La precitada norma se ocupa "De los casos en que no existe perjuicio irremediable", citando para el efecto la circunstancia de que el interesado pueda solicitar a la autoridad judicial competente que se disponga el restablecimiento o protección del derecho, mediante la adopción de algunas medidas que trae la misma norma a título de ejemplo.

Así mismo, la disposición comentada, se remite, en su encabezamiento al inciso segundo del numeral primero del artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991, hasta el punto de consagrar su contenido, de conformidad con él.

El inciso segundo del numeral primero del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en sentencia de 11 de noviembre de 1993.

La circunstancia anterior lleva a la Sala a considerar que el acto, cuya suspensión provisional se solicita, perdió fuerza ejecutoria en virtud de la inxequibilidad del acto que le servía de fundamento, y en consecuencia, ha cesado en su vigencia de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3o. del artículo 66 del C.C.A.

Y, si la norma, respecto de la cual se pide la medida cautelar, no tiene vigencia, tal petición, resulta improcedente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

RESUELVE:

1o. ADMITIR la demanda de nulidad parcial interpuesta contra el Decreto Reglamentario No. 306 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional. En consecuencia:

a) Notifíquese a los señores Ministros de Gobierno y de Justicia y del Derecho, en la forma prevista por el artículo 150 del Código Contencioso Administrativo. Entréguese les copia de la demanda y sus anexos.

b) Notifíquese personalmente al señor Procurador Delegado ante esta Corporación.

c) El actor deberá depositar, en el término de cinco (5) días, la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo) M/cte., para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

d) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada y demás intervenientes puedan contestar la demanda proponer excepciones y pedir pruebas.

e) Por Secretaría, solicítese a los Ministerios de Gobierno y de Justicia y del Derecho el envío, en el término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del Decreto acusado.

2o. DESESTIMAR por improcedente la solicitud de suspensión provisional del acto demandado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 25 de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

YESID ROJAS SERRANO

CONTADOR DE ENERGÍA/RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO/DERECHO DE DEFENSA

Desde el 5 de diciembre conoció la demandante la anomalía presentada en el contador, y en consecuencia que desde este mismo momento tuvo la oportunidad de desvirtuar la responsabilidad a ella atribuída por tal hecho. No queda duda para la Sala que en el presente caso la Administración cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 35 del C.C.A., concedió a la parte interesada la oportunidad de expresar sus opiniones y de solicitar las pruebas tendientes a demostrar que la anomalía sufrida en el contador de su propiedad no era atribuible a ella. El hecho de que la sociedad demandante no haya demostrado lo anterior ni en la etapa gubernativa ni en el curso de este proceso, no puede considerarse como desconocimiento al derecho de defensa. En consecuencia, la presunción de legalidad de las Resoluciones expedidas por la Empresa de Enérgia Eléctrica de Bogotá, aquí demandadas, no logró ser desvirtuada, razón por la cual la sentencia apelada será confirmada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3216. AUTORIDADES DISTRITALES. Actora: SOCIEDAD FLORES RUBY S.A.

Entra la Sala a conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual declaró no probada la excepción de ilegitimidad de personería por activa y denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

La sociedad Flores Ruby S.A. por medio de apoderado judicial demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho las Resoluciones Nos. 3374 de 19 de mayo de 1991 y 5567 de 26 de agosto del mismo año emanadas de la División de Suscriptores - zona rural - de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, D.C., así como la Resolución No. 25 de 10 de enero de 1992 proferida por la Subgerencia Comercial de la misma Empreea, por medio de las cuales, respectivamente, se impuso a la empresa demandante una sanción pecuniaria por fraude, y se resolvieron los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la primera de las citadas, confirmándola.

En los hechos se narra que la Sociedad Flores Ruby S.A., o Sociedad Hacienda Agrícola Durán Ltda. son una misma persona jurídica como se desprende de la Escritura Pública No. 5009 de 13 de diciembre de 1989 de la Notaría 32 de Bogotá, en la que consta que la primera de las mencionadas compró a la segunda el lote donde se cayó el transformador y al que corresponde el contador que se dice adulterado, sólo que los recibos correspondientes llegan a nombre del anterior propietario y por ello las resoluciones demandadas impusieron a él la sanción.

A finales de noviembre de 1990, el transformador instalado en los predios de la parte demandante se cayó de los postes donde estaba colocado y en consecuencia, toda la instalación eléctrica, el transformador, la caja, el contador, etc., sufrieron grandes destrozos. De lo anterior se dio inmediato aviso al Departamento de Reparaciones, quien acudió prontamente a reparar los daños causados.

Por causa de dicha reparación que se realizó el 5 de diciembre de 1990, hubo necesidad de cambiar el transformador, los postes, los cables, etc. Igualmente se arregló el contador correspondiente, trabajo que realizó la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

El 12 de diciembre de 1990 la empresa demandada visitó las instalaciones por ella reparadas, afirmando el jefe de dicha visita que los sellos del contador estaban rotos, hecho que fue negado por la demandante sentando su protesta en el acta de visita, protesta que fue tachada por el funcionario de la Energía.

La demandada a través de las resoluciones aquí acusadas impuso a la sociedad representada una sanción de tres millones doscientos noventa y siete mil ochenta y nueve pesos ($3'297.089.oo), en razón de que en la visita practicada encontró los sellos abiertos.

Como normas violadas se señalan:

El artículo 64 del Código Civil por falta de aplicación, toda vez que las resoluciones demandadas se encuentran viciadas de falsa motivación, pues en ellas no se tuvo en cuenta que de ser cierto que los sellos se encontraban rotos, ello se debió a las circunstancias accidentales de la caída del transformador y al consecuente destrozo de las instalacionea eléctricas, de lo cual tuvo conocimiento la demandada, lo que conatituye una causal de eximente de responsabilidad, pues se está frente al caso fortuito o fuerza mayor.

De igual manera se desconoció el artículo 29 de la Constitución Política, ya que no se tuvo en cuenta la manifestación que se hizo ante el jefe de la visita practicada el 12 de diciembre de 1990 violándose el derecho de defensa, pues se ha condenado a la demandante sin controvertir los hechos constitutivos de su defensa, alegándose en la Resolución No. 25 que las circunstancias accidentales si se tuvieron en cuenta, sin que se explique el por qué de tal afirmación.

Se desconoció el artículo 4o. del C. de P. C., por cuanto a la accionante no se le han atendido los motivos aducidos en los hechos y en consecuencia no pudo impugnar los motivos específicamente alegados en las mencionadas resoluciones, ya que allí se aducen hechos que no son materia de la controversia.

Los artículos 177 del C. de P. C. y 1757 del C. C. fueron transgredidos por interpretación errónea, pues la información unilateral hecha por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá es un claro abuso del derecho, con lo cual se viola de pasada el artículo 8o. del C. C. que menciona dicho abuso, ya que es la misma entidad interesada quien afirma la existencia de un hecho culposo, sin que la Administración tenga en cuenta la posibilidad de haber incurrido en su propia culpa cuando cambió la instalación eléctrica el 5 de diciembre de 1990.

La actuación de la demandada al tachar la proteeta escrita por la demandante en el acta de la diligencia del 12 de diciembre de 1990, violó por falta de aplicación los artículos 31 y 35 del C.C.A. sobre el deber que tiene la Administración de responder las peticiones y la obligación de dar oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones.

Se violó por falta de aplicación el inciso 2o. del artículo 59 del C.C.A., toda vez que la demandada en la Resolución No. 5587 de 26 de agosto de 1991 no se refirió a los hechos específicos aducidos por la defensa y por tanto no resolvió todas las cuestiones planteadas.

Se infringió en forma directa el artículo 267 del C.C.A. que remite al C. de P. C. lo que en aquél no se contempla, y por ello directamente se violó el artículo 177 del C. de P. C. sobre carga de la prueba, pues le correspondía a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá probar el hecho que afirmaba, así como también se violó el artículo 1757 del C.C. que señala que incumbe probar a quien alega las obligaciones o su extinción, aquéllas o ésta.

EL FALLO APELADO

En sentencia del 24 de noviembre de 1994, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probada la excepción de ilegitimidad de personería por activa y denegó las pretensiones de la demanda.

Para tomar la anterior decisión, el *a-quo* en primer término examinó la excepción propuesta, llegando a la conclusión de que no prospera, pues el artículo 85 del C.C.A. dispone que podrá demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho quien tenga un interés que defender protegido por una norma jurídica.

Las resoluciones demandadas imponen una sanción al "SUSCRIPTOR RESPONSABLE DEL INMUEBLE UBICADO EN LA CARRETERA OCCIDENTE KILÓMETRO 14 AGRÍCOLA DURÁN DE FACA", y el artículo 1o. del Reglamento de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá establece que la persona o entidad que suscriba un contrato de servicio de energía o utilice los servicios de fluido eléctrico de la empresa, acatará dicho reglamento, con lo que se escinde en dos las personas a quienes está dirigido el reglamento: suscriptores y usuarios.

La Empreea de Energía Eléctrica de Bogotá no puede ahora alegar que no le asiste interés alguno a la demandante, pues lo cierto es que la sanción está dirigida inicialmente al suscriptor, pero la Administración hizo parte a dicha demandante en la etapa gubernativa al notificarle en su calidad de usuaria del servicio los actos proferidos y al aceptarle los recursos presentados por la sociedad.

Sobre el fondo del asunto, el fallador de primera instancia señala que es un hecho probado que funcionarios de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá acudieron a las instalaciones de Agrícola Durán de Faca con el fin de realizar las reparaciones de postes y de transformador, es decir, que la avería de los artefactos es un hecho en parte cierto, pero de ahí a concluir que las observaciones anotadas por la Empresa de Energía sobre el estado del contador No. 277694521 dependieron de dicha avería, no es un hecho que resultó probado en el curso del proceso.

En efecto, en la misma oportunidad en que se cambiaron los postes de energía se dejó constancia en la orden de trabajo No. 140 (folio 131, cdno. ppal.), que los tres sellos de caja verificadora se encontraban abiertos, acta que fue firmada por el señor Bernardo Villegas (representante legal), luego no puede la parte actora afirmar válidamente que desconocía por completo que el día que se atendieron las averías en cuestión se detectaron daños en el contador de energía y que tales daños estaban en dicho contador, pues de la documentación aportada se desprende que si se detectó tal anomalía (la cual fue el sustento de los actos demandados), y que además en esa fecha se puso en conocimiento de los usuarios, al haberse efectuado la respectiva anotación en el acta de visita. Debe entonces colegirse que si se citó a la actora era por el asunto tratado en el acta de visita. La actora no acudió a tal cita, practicándose luego una nueva visita con el fin de retirar el contador, razón por la cual no puede alegarse que la Administración no enteró al

interesado de los hechos, ni le dio oportunidad de defenderse, porque seguramente cuando se le citó el 5 de diciembre de 1990 para que asistiera, tal cita tenía íntima conexión con las anotaciones que contempla la orden de trabajo No. 140.

Aunque en los actos acusados se menciona la visita del día 12 de diciembre de 1990, la Sala encontró que fue el 5 de diciembre de dicho año que la Administración detectó las anomalías del contador de que dan cuenta las resoluciones demandadas.

Al usuario se le dio oportunidad de explicar lo relativo al hecho detectado por la Empresa de Energía Eléctrica y si tales explicaciones no se rindieron, no fue por la omisión de la Administración sino porque aquél no hizo uso de tal oportunidad.

Además, no debe olvidarse que las resoluciones demandadas fueron notificadas en legal forma e impugnadas dentro de la vía gubernativa y si no se tuvieron en cuenta los planteamientos de la parte actora para revocar los actos acusados, fue por falta de prueba de las aseveraciones contenidas.

Finalmente, la afirmación de que no hubo fraude por cuanto el consumo registrado luego de que se instalara un nuevo contador en las instalaciones de Flores Ruby S.A. no aumentó sino que por el contrario disminuyó, correspondía ser probada por la parte actora, quien no presentó los recibos de energía que así lo demostrasen.

Como la presunción de legalidad subsiste, vale la pena anotar que no era a la entidad demandada a quien correspondía probar la legalidad de las decisiones, sino que precisamente correspondía a la demandante desvirtuar dicha presunción.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El apoderado de la demandante apeló el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en memorial visible de folios 6 a 8 del cuaderno No. 2, sustentándolo así:

La sentencia recurrida tiene su fundamento principal en el hecho de que en la visita del 5 de diciembre de 1990 –cuando se solicitó el cambio de la instalación eléctrica por la caída de los postes–, la Empresa de Energía detectó los sellos abiertos en el contador, visita que consta en la orden que obra a folio 131 del cuaderno principal y que fue firmada por el representante legal de la demandante.

La visita se efectuó a petición del señor Villegas (representante legal) lo que supone que éste no tenía conocimiento de que los sellos de su contador estuviesen rotos. Ello supone la carencia de culpa de la demandante y por consiguiente es un indicio de la inexistencia del hecho a ella imputable.

El Tribunal de primera instancia no tuvo en cuenta que el día 5 de diciembre de 1990 al practicarse la visita, la Empresa de Energía manifestó que los tres sellos se encontraban abiertos de lo cual dejó constancia en el acta, y que frente a lo anterior, el señor Villegas expresó su protesta en ese momento y a continuación estampó su firma mediante iniciales, según rasgos que aparecen en el renglón siguiente.

El jefe de la visita en forma por demás incorrecta tachó lo escrito y firmado por el señor Villegas, manifestándole que no podía protestar, lo que constituye por sí solo un indicio en contra de la actora, pues atropelló su derecho de defensa.

Al no tener en cuenta tales indicios (la protesta de la parte actora y la tacha de la misma por parte del funcionario de la energía), el *a-quo* deeconoció su valor probatorio en cuanto éstos indican claramente un proceder irregular por parte de la Administración, y los cuales al menos deben resaltar el beneficio de la duda en favor de la demandante.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación se encuentra de acuerdo con las consideraciones y la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ya que la parte actora ni en la vía gubernativa ni dentro del proceso, desvirtuó el hecho del daño en el contador de energía, ni el cálculo del consumo fraudulento que hiciera la Administración.

Los argumentos que esgrime el recurrente son de tal ingenuidad que apenas pueden considerarse como distractores.

El demandante no demostró que el daño en el contador se hubiera debido a la avería de los postes, así como tampoco que hubiese sido ocasionado por un tercero de mala o buena fe.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En síntesis, la sociedad recurrente sostiene que el Tribunal ha debido tener en cuenta dos indicios que a su juicio constituyen prueba en su favor:

Como primer indicio el hecho de que la visita practicada fue a solicitud de la demandante, lo que indica que ella desconocía el hecho de que los sellos se encontraban abiertos.

Al respecto, observa la Sala que si bien es cierto que la visita se practicó a solicitud de la parte actora (a raíz de que los postes de la instalación eléctrica se cayeron), también lo es que no por este hecho debe asumirse que no sabía de la ruptura de los sellos. Es más, aún aceptando que lo desconocía, debió demostrar que no fue ella quien los rompió, cuestión que en manera alguna efectuó.

El segundo indicio que alega en su favor la demandante es la supuesta tacha que el funcionario de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá efectuó sobre su protesta, cuando aquél hizo la observación en el acta de que los sellos se encontraban rotos, con lo cual desconoció el derecho de defensa.

Aceptando que el accionante presentó la protesta, no por ello puede decirse que se le violó el derecho de defensa, pues bien tuvo la oportunidad dentro de la etapa gubernativa de demostrar que la conducta a ella endilgada no fue por ella ejecutada.

En el expediente obran todos los antecedenes administrativos que dieron origen a la sanción impuesta en los actos administrativos acusados.

En efecto, a folio 114 del cuaderno principal obra la citación (diciembre 5 de 1990) que se hizo por parte de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá a la demandante, donde se le indica que de no atenderla se le suspenderá el servicio.

A folio 131 *ibídem* igualmente obra la orden de revisión de fecha 5 de diciembre de 1990, suscrita por el representante legal de la parte actora, donde en las observaciones se lee: "3. sellos de caja verificadora abiertos".

Asímismo a folio 130 *ibídem,* figura la orden de fecha 12 de diciembre de 1990, donde consta el retiro del contador No. 29694521 y donde también se lee dentro de las observaciones: "3 sellos de caja verificadora abiertos. No registran consumo los elementos S y T".

Se concluye entonces que desde el 5 de diciembre conoció la demandante la anomalía presentada en el contador, y en consecuencia, que desde este mismo momento tuvo la oportunidad de desvirtuar la responsabilidad a ella atribuída por tal hecho.

En manera alguna puede hablarse de violación del derecho de defensa, toda vez que la sanción impuesta mediante la Resolución No. 3374 de 9 de mayo de 1991 fue debidamente notificada, siendo precisamente en ejercicio de su derecho de defensa que la parte actora interpuso contra dicha resolución los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos, respectivamente, a través de las Resoluciones Nos. 5567 de 26 de agosto de 1991 y 25 de 10 de enero de 1992, todas las cuales fueron demandadas.

No queda duda para la Sala que en el presente caso la Administración en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 35 del C.C.A., concedió a la parte interesada la oportunidad de expresar sus opiniones y de solicitar las pruebas tendientes a demostrar que la anomalía sufrida en el contador de su propiedad no era atribuíble a ella.

El hecho de que la sociedad demandante no haya demostrado lo anterior ni en la etapa gubernativa ni en el curso de este proceso, no puede considerarse como desconocimiento al derecho de defensa.

En consecuencia, la presunción de legalidad de las Resoluciones expedidas por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, aquí demandadas, no logró ser desvirtuada, razón por la cual la sentencia apelada será confirmada.

Esta misma Sala, en providencia de 11 de octubre de 1994, proferida en el expediente 2761, actora: Incubadora de Pollos Emperador, con ponencia de quien ahora elabora la presente providencia, sostuvo:

> "En términos generales podríamos considerar que en casos como el presente al usuario le cabe una responsabilidad objetiva estructurada por Josserand cuando

llama la atención sobre el siguiente fragmento del Código de Napoleón "... por el hecho ... de las cosas que se tienen bajo su guarda" (Código Civil Francés, art. 1384 inciso 1o).

"El aspecto revolucionario de la tesis de Josserand radica, en que, según ella, siempre que en la producción de un daño interviene alguna cosa (que no sea un animal o un inmueble) estaremos frente a la aplicación del artículo 1384 del Código Civil Francés, y por ende, el damnificado no se verá obligado a probar la culpa del ofensor para obtener la correspondiente indemnización. Nos encontraremos entonces en presencia de la responsabilidad que incumbe al guardián de una cosa, cuya responsabilidad se establece por el solo hecho de que la víctima pruebe la relación de causa a efecto entre el hecho de esa cosa y el daño que en virtud de ella ha sufrido"'. (Peirano Facio, Jorge. Responsabilidad Extracontractual. 3a. Ed. Bogotá, Temis, 1981).

"'La teoría objetiva se apoya en razones de justicia, más justa y equitativa que la tesis de la culpa. Resulta imposible en la generalidad de los casos justificar la culpa del agente, ya se deba a motivos de carácter probatorio, o a que el daño posee una causa propiamente desconocida. En tal situación –se dice– resulta totalmente insueto el perjuicio de la víctima. La incidencia de los daños –dice Josserand– no puede quedar librada al destino o al azar; la incidencia fortuita del perjuicio no puede ser mantenida definitivamente sin justicia"'. (Josserand, Curs. T2, pág. 215 No. 416) (Person et DE VILLE Traité. T.1. pág. 13 No. 41).

"'El responsable es el "guardián" de la cosa, dice nuestra jurisprudencia. En este aspecto es donde más se nota la influencia de la jurisprudencia francesa puesto que allá la norma ha determinado la guardianía como elemento esencial. Entre nosotros no. Ya indicamos que la guardianía es un requisito que la legislación francesa exige para la responsabilidad en el hecho de los animales y que le sirvió para aplicarla a la responsabilidad por el hecho de las cosas, pero en Colombia el art. 2353 fija la responsabilidad del hecho de los animales en el dueño o propietario, luego la presunción de responsabilidad es contra el dueño, quien generalmente es el guardián jurídico. En igual forma el art. 2350 fija la responsabilidad en el propietario o dueño. Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha determinado que el responsable es el guardián de la cosa. Pero no ha sido consecuente en la calidad de guardián. En una época responsabilizó al guardián jurídico, al propietario. Últimamente ha responsabilizado al guardián material, es decir, al tenedor. Y ha admitido que el propietario se presume guardián mientras no se demuestre que la guardia, cuidado y vigilancia de la cosa está en poder de otra persona. Creemos sinceramente que la responsabilidad debe recaer sobre el propietario o titular del derecho de propiedad o dominio. Ante el perjudicado debe responder el titular del derecho de propiedad o guardián jurídico. Sólo que éste, dentro del mismo proceso, a través del llamamiento en garantía que contempla el art. 57 del Código de Procedimiento Civil, o por fuera en otra acción, puede exigir al tenedor o guardián material la

responsabilidad que le corresponda con fundamento en el contrato celebrado en relación con la cosa o de acuerdo con la ley. Pero no se puede desvincular al propietario o guardián jurídico para obligar al perjudicado a vincular al guardián material, a quien muchas veces no se conoce porque los contratos entre el guardián jurídico y el guardián material pueden ser privados sin necesidad de estar registrados en ninguna oficina Jurídica"". (La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia, de Gilberto Martínez Rave).

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:

CONFÍRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 24 de noviembre de 1994.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 22 de junio de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ
Ausente

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera la providencia de 11 de octubre de 1994, Exp. 2761.

PROCESO DE EXTINCIÓN DEL DOMINIO/FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD/BIEN DE ENTIDAD PÚBLICA

La ley atendiendo a la función social que debe desempeñar la propiedad y sin referirse específicamente a propietario alguno, considera procedente el proceso de extinción del derecho de dominio sobre los inmuebles sin construir, mientras que la norma reglamentaria excluye de tal proceso con base en un aspecto extraño a la ley, el de la calidad de propietario, los bienes de propiedad de las entidades de derecho público, entre los cuales se encuentran los fiscales que a diferencia de los bienes de uso público no son imprescriptibles.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., ventitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3359. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: HUGO ESCOBAR SIERRA.

El actor de la referencia, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de la Corporación, la nulidad, previa suspensión provisional, del artículo 1o. Decreto 633 de 1995, expedido por el Gobierno Nacional, "Por el cual se reglamenta la Ley 9a. de 1989".

LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA

Como quiera que el libelo demandatorio reúne los requisitos exigidos en la ley, deberá admitirse tal como se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Se fundamenta en las siguientes consideraciones del actor:

"... tal como lo hemos demostrado al comparar las normas superiores con el texto del acto administrativo acusado, que se han vulnerado de manera ostensible, manifiesta, flagrante, burda y grosera el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política que le otorga la potestad reglamentaria al señor Presidente de la República el artículo 151 *ibídem* que le atribuye al Congreso la potestad de hacer las leyes orgánicas y por medio de ellas interpretarlas, reformarlas y derogarlas; el artículo 63 del mismo ordenamiento constitucional que determina los bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables, al igual que el artículo 342 de la misma en cuanto expresa que las leyes orgánicas reglamentarán todo lo relacionado con los procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución de los planes de desarrollo y dispondrán los mecanismos apropiados para su armonización y para la sujeción a ellos de los presupuestos oficiales".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El acto acusado es del siguiente tenor:

"Artículo 1o. Los procesos de extinción del derecho de dominio a que hace referencia la Ley 9a. de 1989, no proceden respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de Derecho Público".

Y, los artículos de la Carta Política que para efectos de la suspensión provisional ha citado el demandante como manifiesta y ostensiblemente violados, expresan:

Artículo 189, numeral 11:

"Corresponde el Presidente de la República como jefe de Estado, Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa:

".....

"11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".

Artículo 150:

"El Congreso expedirá las leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara".

Artículo 63:

"Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables".

Artículo 342:

"La correspondiente ley orgánica reglamentará todo lo relacionado con los procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución de los planes de desarrollo y dispondrá los mecanismos apropiados para su armonización y para la sujeción a ellos de los presupuestos oficiales. Determinará, igualmente, la organización y funcionamiento del Consejo Nacional de Planeación y de los Consejos Territoriales, así como los procedimientos conforme a los cuales se hará efectiva la participación ciudadana en la discusión de los planes de desarrollo, y las modificaciones correspondientes, conforme a lo establecido en la Constitución".

En relación con cada una de las normas constitucionales citadas como violadas en la solicitud de suspensión provisional y después de haber conocido en términos generales el concepto de la violación expuesto en la demanda, la Sala observa lo siguiente:

No se advierte a primera vista la violación manifiesta del artículo 150 de la Carta Política por parte del acto acusado por cuanto se refiere a diferentes actos jurídicos en los cuales se contemplan materias distintas. El ordenamiento constitucional ha sido dispuesto, en tratándose de leyes orgánicas propias para determinadas actividades del Congreso y en relación con los requisitos para su aprobación, no para los decretos reglamentarios, dictados por el Congreso Nacional, autorizado por la Constitución Nacional.

Respecto del artículo 63 de la Constitución Nacional también citado en la solicitud de suspensión provisional como flagrantemente vulnerado, observa la Sala que antes de ser violado por parte del acto acusado guarda con él cierta conformidad por lo menos respecto de la imprescriptibilidad y la inalienabilidad de algunos bienes, entre otros, los de uso público y los que determine la ley. El ordenamiento constitucional señala que estos bienes son inalienables, imprescriptibles e inembargables y a su vez, el decreto reglamentario impugnado no admite respecto de bienes imprescriptibles la procedencia de los procesos de extinción del derecho de dominio. El objetivo de ambas normas parece ser el de procurar la defensa de la integridad del dominio público, a través del cual los bienes de uso público están llamados a cumplir la función social que les corresponde.

Se dice también en la solicitud de suspensión provisional que el decreto reglamentario acusado infringe el artículo 342 de la Carta Política. No comparte la Sala por ahora tal apreciación, pues de la simple comparación de las dos normas supuestamente enfrentadas

se observa que tratan de materias diferentes. La constitucional, de la ley orgánica y sus objetivos y la reglamentaria de la improcedencia de los procesos de extinción del derecho de dominio a que se hace referencia la ley 09 de 1989 respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público.

En relación con la violación del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional, el actor, a pesar de reconocer que el acto acusado fue expedido por el Gobierno Nacional en virtud de la potestad reglamentaria que le confiere la mencionada disposición, expresa en el libelo de la demanda que hubo exceso, arbitrariedad e irregularidad en el ejercicio de dicha potestad, "porque la norma acusada tiene un carácter sustantivo que excede y modifica loa artículos 80 y 87 de la Ley 09 de 1989...", y "... limitó o restringió los inmuebles objeto de la Reforma Urbana toda vez que excluye los que pertenezcan a las entidades de derecho público cuando la ley solo había excluido de los procesos de extinción de dominio aquellos inmuebles ubicados en zonas donde hayan ocurrido desastres naturales...".

Realizada la comparación entre las normas contempladas en los literales a) y b) del artículo 80 de la Ley 09 de 1989 y la acusada, advierte la Sala una evidente contradicción en ellas, por las siguientes razones:

La ley atendiendo a la función social que debe desempeñar la propiedad y sin referirse específicamente a propietario alguno, considera procedente el proceso de extinción del derecho de dominio sobre los inmuebles urbanizables pero no urbanizados y sobre los inmuebles sin construir, mientras que la norma reglamentaria excluye de tal proceso con base en un aspecto extraño a la ley, el de la calidad de propietario, los bienes de propiedad de las entidades de derecho público, entre los cuales se encuentran los fiscales que a diferencia de los bienes de uso público no son imprescriptibles.

En concordancia con lo anterior, la Sala decretará la suspensión provisional del artículo 1o. del acto acusado en cuanto dispone la no procedencia del proceso de extinción del derecho de dominio de bienes de propiedad de las entidades de Derecho Público.

Finalmente, lo expresado en relación con el artículo 80 de la Ley 09 de 1989, no puede predicarse respecto del artículo 87 del mismo estatuto, ya que esta norma no está propiamente excluyendo del proceso de extinción del derecho de dominio los inmuebles ubicados en zonas donde hayan ocurrido desastres naturales, sino condicionando la declaratoria de dicha extinción a los términos y plazos que señale el Gobierno.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. ADMITIR la demanda de nulidad instaurada por el doctor Hugo Escobar Sierra contra el Decreto No. 633 de 17 de abril de 1995, expedido por el Gobierno Nacional.

Para su trámite, se dispone:

a) Notificar a los señores Ministros de Gobierno, de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico, en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos.

b) Notificar personalmente al señor Procurador Delegado ante esta Corporación.

c) El actor deberá depositar, en el término de cinco (5) días, la suma de CINCO MIL PESOS ($5.000.oo) M/cte., para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

d) Fijar el negocio en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada y demás intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y pedir pruebas.

e) Por Secretaría, solicítese a los Ministerios de Gobierno, de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico el envío, en el término de diez (10) días de los antecedentes administrativos del acto acusado.

2o. DECRETAR la suspensión provisional de los efectos de la expresión "... o de propiedad de las entidades de Derecho Público", contenida en el artículo 1o. del Decreto 633 de 1995.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 22 de junio de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ
Ausente

YESID ROJAS SERRANO

SERVICIO DE RADIOAFICIONADOS/CONSEJO ASESOR-Funciones/**OBLIGATORIEDAD DE LAS RECOMENDACIONES**-Inexistencia/**GOBIERNO NACIONAL/POTESTAD REGLAMENTARIA/CONSEJO ASESOR**-Integración/**CONSEJO ASESOR/QUÓRUM PARA SESIONAR**

Las funciones del Consejo Asesor, no Superior como lo llaman los demandantes, son las de asesorar al Ministerio de Comunicaciones en los asuntos relacionados con el servicio de radioaficionados, y en consecuencia, proponerle y recomendarle medidas para su buen funcionamiento. Las recomendaciones de tal organismo deben ser escuchadas, aunque, en ningún caso obligan al Ministerio de Comunicaciones o al Gobierno Nacional. La circunstancia de que deban escucharse tales recomendaciones, no es un requisito de validez del acto, ni elemento vinculante que determine su conformación, ni mucho menos condición a la cual deba supeditarse el ejercicio de la potestad reglamentaria que en virtud del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional ostenta el Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, para la cumplida ejecución de las leyes. Las funciones de asesoría y las recomendaciones que puede desempeñar y proponer el Consejo señaladas en la Ley 94 de 1993 son propias y adecuadas frente a las medidas administrativas adoptadas en el decreto acusado, pero en manera alguna pueden considerarse establecidas para condicionar la potestad reglamentaria del Gobierno, la cual es de la esencia del Estado y obedece a la necesidad de reglamentar la ley en procura de su aplicación y desarrollo. Si bien es cierto en el literal e) de su artículo 18 citado como violado se dispone que el Consejo Asesor del servicio de Radioaficionados estará integrado, entre otros, por "Dos (2)

representantes de las distintas asociaciones de radioaficionados de carácter nacional, elegidos por las mismas", no establece la forma ni el procedimiento de la elección, de tal manera que lo relacionado a esta materia bien puede ser objeto de reglamentación, por parte del decreto acusado y así lo ordena la misma ley en el inciso final del artículo 18 al disponer que "El Ministerio de Comunicaciones reglamentará la elección de los representantes mencionados en los literales e) y f) de este artículo". Ante el silencio de la ley respecto del quórum para sesionar, lo natural y lógico es que sea el reglamento dictado por el Presidente, el que contenga normas como la acusada con el fin de darle aplicación práctica a dicho organismo creado por la ley, en ejercicio de la potestad reglamentaria que les confiere la Constitución Nacional para la realización de tareas relativas al funcionamiento de la administración y para el desarrollo de las normas legales correspondientes.

SERVICIO DE RADIOAFICIONADOS-Concepto/**ESTACIÓN DE SERVICIOS**-Modalidades/**ASIGNACIÓN DE BANDAS**

Los artículos 1o., 2o. y 3o. del acto acusado se limitan a definir lo que se entiende por estación fija, móvil y portátil que a su vez, son las modalidades de estación de servicio de radioaficionados que trae el artículo 6o. de la Ley 94 de 1993, cuando en su parte final dice: "...la estación puede ser fija o portátil, dependiendo de la categoría de licencia, que para tal efecto expida el Ministerio de Comunicaciones de Colombia". El servicio de aficionados sigue siendo un servicio de radiocomunicaciones que tiene por objeto la instrucción individual, la intercomunicación y los estudios técnicos efectuados por aficionados con fines exclusivamente personales y sin ánimo de lucro; la estación de servicio de radioaficionados una infraestructura que comprende uno o más transmisores o receptores con las instalaciones accesorias para ser operada en las bandas y frecuencias asignadas por el Ministerio de Comunicaciones; y las estaciones fijas, móviles y portátiles, modalidades de la estación de servicio de radioaficionados, según la categoría de la licencia, que para el efecto expida el Ministerio de Comunicaciones. Mediante la disposición acusada se asignaron bandas de frecuencia para la prestación del servicio de radioaficionado. En el texto del artículo objetado, no se habla de supresión de bandas, y si tal evento ocurrió resulta difícil verificarlo porque tal como se advirtió en el auto que denegó la suspensión provisional, los demandantes no acompañaron el Reglamento de Radiocomunicaciones y tampoco lo transcribió la ley que lo aprobó.

ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO-Utilización/**BIEN PÚBLICO/SERVICIO DE RADIOAFICIONADOS**-Requisitos/**LICENCIA/PERMISO PREVIO DEL MINISTERIO DE COMUNICACIONES**

La Constitución de la Unión internacional de Telecomunicaciones en su artículo 33 al tratar sobre la "Utilización del espectro de frecuencias

radioeléctricas y de la órbita de los satélites geoestacionarios" recomienda a los países miembros limitar las frecuencias y el espectro utilizado al mínimo indispensable para obtener el funcionamiento satisfactorio de los servicios necesarios y tener en cuenta en la utilización de bandas de frecuencia para las radiocomunicaciones "que las frecuencias y la órbita de los satélites geoestacionarios son recursos naturales limitados que deben utilizarse en forma racional, eficaz y económica, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Radiocomunicaciones, para permitir el acceso equitativo a esta órbita y a esas frecuencias a los diferentes países o grupo de países, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desrrollo y la situación geográfica de determinados países". El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado (art. 75 C.N.); que para operar una estación de radioaficionados y para la licencia de radioaficionados se requiere de autorización del Ministerio de Comunicaciones, previa reglamentación de los requisitos y trámites correspondientes (arts. 8 y 9 de la Ley 94 de 1993), y que el uso de las frecuencias radioeléctricas necesitan permiso previo otorgado por el Ministerio ya mencionado (art. 20 del Decreto 1900 de 1990).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis de junio de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3047. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: FERNANDO RIVERA GUTIÉRREZ Y OTRO.

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro de la acción pública de nulidad instaurada por los actores de la referencia, contra el Decreto Reglamentario No. 1696 de 3 de agosto de 1994 expedido por el señor Presidente de la República "Por el cual se reglamenta la Ley 94 de 1993".

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., los señores Fernando Rivera Gutiérrez y Juan Bernardo Henao Valencia solicitaron ante la Corporación la nulidad del Decreto 1696 de 1994, por la cual se reglamenta la Ley 94 de 1993.

En subsidio de la pretensión anterior los actores solicitan la nulidad de las siguientes disposiciones del acto acusado:

> "...los artículos 1o.; 2o.; 3o., 9o.; la frase "y en el presente Decreto del artículo 13o.; la frase "y dos letras para la categoria AVANZADA," del artículo 14o.; el numeral 4o. del artículo 16; la frase "fija" del artículo 23; el parágrafo del artículo 26o; la expresión "colombianas o personas naturales extranjeras residentes en

Colombia" del artículo 28o; numeral 3o. del artículo 28o; el parágrafo del artículo 29o; la expresión "colombianas o personas naturales extranjeras residentes en Colombia" del artículo 30o; numeral 6o. del artículo 30o; la expresión "colombianas o personas naturales extranjeras residentes en Colombia" del artículo 31o; numeral 6o. del artículo 30o; numeral 5o. del artículo 31o; la expresión "recibo de pago a favor del Fondo de Comunicaciones por un valor equivalente a quince (15) salarios mínimos legales diarios y paz y salvo por todo concepto con el Ministerio de Comunicaciones" del artículo 33o; la expresión "y pagar los derechos correspondientes por la prestación del servicio de que trata el presente Decreto" del artículo 35o. Transitorio; artículo 37o. conjuntamente con su respectivo parágrafo; 52o; numeral 5o. del artículo 53; 54o., con su respectivo parágrafo; numeral 5o. del artículo 54o; numeral 4o. del artículo 59o; la frase "deberán pagar una multa equivalente hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales y..." del artículo 60o; 61o. junto con su parágrafo; 68o. junto con su parágrafo; 71o. y numeral 1o. del artículo 76o. del mismo Decreto Reglamentario 1696 de agosto 3 de 1994".

En el numeral 3o. de las "Declaraciones", pretenden los actores que "se ordene al señor Ministro de Comunicaciones de Colombia, a (sic) devolver a todos y cada uno de los radioaficionados y Asociación de Radioaficionados, los valores que hubieren pagado, a partir de la sanción de la Ley 94 de diciembre de 1993".

DISPOSICIONES QUE SE CITAN COMO VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Consideran los demandantes que con la expedición del Decreto acusado, se han violado los siguientes preceptos constitucionales: 4, 13, 38, 83, 103 inciso 2o., 121, 150 numeral 12 y 338. Los artículos 6, 12, 13, 15, 18, 19, 20 y 28 de la Ley 94 de 1993, y la Ley 46 de 1985, por medio de la cual Colombia ratifica el Convenio Internacional de Telecomunicaciones, plasmado en el Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

De las normas citadas como infringidas y del concepto de la violación, se deducen los cargos que la Sala sintetiza así:

1o. El Decreto acusado, en su integridad, por vicios de procedimiento en su expedición, viola directamente los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 94 de 1993, e indirectamente el artículo 121 de la Constitución Nacional, porque para su expedición, el Gobierno no obtuvo el concepto previo del Consejo Superior del Servicio de Radioaficionados, una de cuyas funciones, según el artículo 19 de la Ley 94 de 1993, es la de asesorar, proponer y recomendar al Ministerio de Comunicaciones, todas las medidas tendientes al buen funcionamiento del servicio de radioaficionados, las cuales deberán ser escuchadas, de acuerdo con el parágrafo de la norma precitada.

2o. Los artículos 1o., 2o. y 3o., violan el artículo 6o. de la Ley 94 de 1993 y Ley 46 de 1985, pues el Ejecutivo, excediéndose en la facultad reglamentaria y con verdadero

desconocimiento de las acepciones gramaticales, entra a definir y a confundir el servicio, ya sea fijo, móvil o portátil, con la estación misma.

3o. El artículo 9o. del Decreto Reglamentario viola abiertamente la asignación de bandas y frecuencias atribuidas a los radioaficionados colombianos por el reglamento de radio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) del que Colombia es signatario, en virtud de la ratificación por la Ley 46 de 1985. El acto acusado suprimió varios segmentos previstos para el servicio de radioafionados en Colombia en el reglamento de la UIT.

4o. El Presidente de la República carece de competencia para imponer cargas pecuniarias, facultad que le está reservada al legislador conforme al artículo 150 de la Constitución Nacional. En algunos artículos se establece un impuesto disimulado o disfrazado al servicio social de los radioaficionados de Colombia.

5o. La frase "y en el presente Decreto" del artículo 13 del acto acusado viola el artículo 6o. de la ley 94 de 1993 y el reglamento de la UIT, ya que solamente se podrán utilizar aquellas bandas, frecuencias y tipos de emisión previamente atribuidas al servicio de radioaficionados en el reglamento de la UIT por expresa remisión que hace la ley 94 de 1993, y jamás por el Decreto que se acusa, el cual debe someterse en su momento a los acuerdos o convenios internacionales que en el futuro firme Colombia.

6o. La frase "y de dos letras para la categoría AVANZADA" del artículo 14 viola abiertamente el artículo 13 de la Carta Política, ya que el otorgamiento de licencias de categoría avanzada se vería limitado a unos pocos radioaficionados.

En efecto, de acuerdo con la conformación y definición indicada en el mismo artículo, existe la posibilidad de otorgar licencia de radioaficionado a no más de 600 personas, situación que contradice el artículo 13 de la Constitución Nacional según el cual, toda persona es igual ante la ley y recibe las mismas oportunidades sin ninguna discriminación.

7o. La palabra "fija" del artículo 23 desconoce el espíritu del artículo 6o. de la ley 94 de 1993 porque limita a los radioaficionados a operar solamente estaciones fijas olvidando que conforme a la norma precitada la estación del servicio de radioaficionados puede ser fija, móvil o portátil, dependiendo de la categoría de la licencia.

En otras palabras, a los radioaficionados se les limita la operación de otra clase de estación diferente a la fija, limitación que no hace la ley 94 de 1993 en su artículo 6o., que de manera enunciativa establece tres clases de estaciones: fijas, móviles o portátiles.

8o. Las frases "colombianas o personas naturales o extranjeras residentes en Colombia" de los artículos 28, 30 y 31 violan abiertamente el artículo 12 de la ley 94 de 1993 y el artículo 13 de la Constitución Nacional, pues se está haciendo una discriminación entre personas naturales colombianas y personas naturales extranjeras, no establecida en la ley reglamentada.

9o. El artículo 52 del Decreto reglamentario viola el reglamento de la UIT en el aspecto relacionado con la conformación de los indicativos de la llamada porque configura unos que son contrarios al reglamento de radio.

10o.- El artículo 54 del acto acusado viola el inciso 2o. del artículo 103 de la Constitución Nacional y el artículo 15 de la ley 94 de 1993, porque de una manera confusa y con desconocimiento total de las acepciones gramaticales de las palabras que emplea (Nacional y Regional), el Ejecutivo asimila las entidades regionales con las nacionales, incluyendo en éstas las regionales para darles el carácter de nacional.

11. El artículo 68 del Decreto reglamentario viola el literal e) del artículo 18 de la Ley 94 de 1993, toda vez que exige un común acuerdo entre las asociaciones de carácter nacional registradas como tales ante el Ministerio de Comunicaciones para el nombramiento de dos representantes consagrados en la ley 94 de 1993, cuando el mencionado literal indica que la selección se debe efectuar por las mismas, sin ninguna otra consideración.

12. El artículo 71 del Decreto impugnado viola el capítulo cuarto de la ley 94 de 1993 pues el Ejecutivo desborda las facultades reglamentarias consagradas en el artículo 189 de la Carta Política, ya que en ninguno de los artículos que integran dicho capítulo se establece con qué número podrá funcionar el Consejo Asesor del Servicio de Radioaficionados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación –Ministerio de Comunicaciones– en la contestación de la demanda se opone a las pretensiones del actor, con base en los argumentos que la Sala resume de la siguiente manera:

El Decreto 1696 por el cual se reglamenta la Ley 94 de 1993, se expidió con fundamento en las facultades constitucionales conferidas al Presidente de la República en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional.

Las definiciones contenidas en los artículos 1o., 2o. y 3o. del decreto acusado, fueron elaboradas con base en el Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT).

Por recomendación de la UIT, el Gobierno Nacional puede limitar el número de frecuencias y la extensión del espectro utilizado al mínimo indispensable para asegurar el funcionamiento de los servicios necesarios.

El alcance del Reglamento de la UIT está supeditado a la soberanía de cada Estado y por lo tanto Colombia tiene la facultad de reglamentar en lo interno sus telecomunicaciones ateniéndose sólo a las reglas generales en cuanto a la prestación de servicios internacionales y a la no causación de interferencias perjudiciales a los servicios que se prestan en otros países.

Es clara la facultad del Gobierno de asignar las bandas y frecuencias que considere racionalmente utilizables por los radioaficionados sin que deba entender que el reglamento de la UIT le impone al Gobierno las frecuencias utilizables para este servicio.

Frente a las disposiciones que hacen relación con los valores que deben ser consignados por diferentes conceptos a favor del Tesoro Nacional –Ministerio de Comunicaciones–, se debe recordar que por virtud del Decreto Ley 1900 de 1990, artículo 59, "Todas las concesiones, autorizaciones, permisos y registros de que trata el presente decreto, darán lugar, sin excepción alguna, al pago de derechos, tasas o tarifas a la entidad otorgante. Su fijación lahará el Ministerio de Comunicaciones en los términos señalados en la Ley 72 de 1989, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 20 ibídem".

El servicio de radioaficionados que define el artículo 4o. de la Ley 94 de 1993, es un servicio de radiocomunicaciones, lo que significa que para que opere éste debe hacerse uso del espectro electromagnético, un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado.

La normatividad impugnada es el resultado de un estudio realizado con base en el mismo Reglamento de la UIT, contenido en la Ley 46 de 1985, en el cual se determinan las clasificaciones de los servicios, dependiendo de la categoría que para el efecto expida el mismo Ministerio de Comunicaciones. Por esto, y habida consideración de los principios generales de la interpretación del derecho, la frase "y en el presente Decreto" del artículo 13 del acto acusado, no viola el artículo 6o. de la Ley 94 de 1993.

La frase "y de dos letras para la categoría AVANZADA" del artículo 14, no viola el derecho fundamental de igualdad, por cuanto se está regulando un servicio de telecomunicaciones, estableciendo categorías, que a su turno obedecen a calidades que deben acreditar, quienes pretendan a acceder a cada una de ellas.

La palabra "fija" no puede desaparecer del texto del artículo 23 del decreto acusado, porque se refiere única y exclusivamente a ella, y no a la móvil ni a la portátil en el sentido de exigir para su operación que el Ministerio de Comunicaciones por intermedio de la Dirección de Telecomunicaciones y Servicios Postales, expida una resolución que la autorice.

Las expresiones "colombianas o personas naturales extranjeras residentes en Colombia" no violan el artículo 12 de la Ley 94 de 1993 ni el 13 de la Constitución Nacional, ya que de una parte, establece uno de los requisitos conforme a lo dispuesto en el artículo 9o. de la Ley 94 de 1993, y de otra, es la misma Constitución Nacional la que consagra el tratamiento que pueden recibir tanto los nacionales colombianos, como los extranjeros residentes en Colombia.

El artículo 52 del acto censurado, no viola el Reglamento de la UIT en el aspecto relacionado con la conformación de los indicativos de llamada, pues el Ministerio de Comunicaciones tomando como parámetro la reglamentación de la UIT, optó, por la

asignación de los indicativos de llamadas para las ligas o asociaciones, por el uso de la letra "N", para las de carácter nacional y la letra "R", para las de carácter regional, para diferenciarlas.

El artículo 54, no puede violar el inciso segundo del artículo 103 de la Constitución Nacional ni el artículo 15 de la Ley 94 de 1993, pues no existe relación entre ellas; el artículo 103 de la Constitución Política prevé la contribución del Estado para la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, precepto que encuentra desarrollo tanto en la Ley 94 de 1993, como en su decreto reglamentario.

Respecto de la presunta violación del literal e) del artículo 18 de la Ley 94 de 1993, debe entenderse que la misma ley, en el inciso final de la norma acusada, facultó al Ministerio de Comunicaciones para reglamentar lo concerniente a la elección de los representantes de las Asociaciones de carácter nacional y regional.

Ante el silencio del reglamento sobre el número de miembros que deben estar presentes para deliberar y el de la conformación de la mayoría para decidir, se debe atender, para los dos eventos, el concepto de la "mayoría absoluta", esto es, la mitad más uno.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación estima que deben denegarse las súplicas de la demanda. Fundamenta su apreciación en los argumentos que a continuación se sintetizan:

La ley 46 de 1985 que aprobó el "Convenio de Telecomunicaciones y el Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT", apenas se remite a ellos al señalar que la ratificación de este convenio implicará la aceptación de los reglamentos administrativos, pero su texto no se promulgó con la ley.

Según el artículo 75 de la Constitución Nacional el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Para evitar las prácticas monopolísticas, en la misma norma se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso, en los términos que fije la ley.

Consecuente con el postulado anterior, la Ley 94 de 1993, estableció que el servicio de radioaficionados es un servicio de radiocomunicaciones que requiere la autorización del Ministerio de Comunicaciones para el funcionamiento de la estación y la licencia de su operador, previa su reglamentación con los requisitos y trámites correspondientes.

La consignación por concepto de autorizaciones, licencias y carnés, constituyen una contraprestación por utilizar un bien del Estado y las multas obedecen a una sanción por incurrir en irregularidades, sin que esas tasas sean una contribución fiscal.

El artículo 28 extiende la licencia de segunda categoría para la prestación del servicio de radioaficionado a personas naturales colombianas o extranjeras siempre y cuando llenen los mismos requisitos. Igual cosa se indica en los artículos 30 y 31 para obtener la licencia en las categorías primera y avanzada. No se ve entonces quebrantamiento legal y constitucional alguno.

El artículo 23 para operar una estación "fija", no infringe el espíritu del artículo 6o. de la Ley 94 de 1993. Según esta norma la estación puede ser fija, móvil o portátil y todas ellas ellas requieren autorización del Ministerio de Comunicaciones "...dependiendo de la categoría de la licencia...". En todo caso, la falta de la licencia convierte la estación en estación pirata.

El inciso segundo del artículo 103 de la Carta Política dice que el Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación. No hay confusión semántica entre Liga de carácter nacional y regional, seis de éstas hacen una nacional. No se ve cómo la norma acusada pueda quebrantar la Constitución Nacional.

Respecto de los argumentos generales que trae la demanda contra el decreto 1696 de 1994, cabe considerar que las recomendaciones del Consejo Asesor del Servicio de Radioaficionados deberán ser escuchadas, pero en ningún caso obligan al Ministerio de Comunicaciones o al Gobierno Nacional. Por lo demás, el acto acusado fue expedido con base en la atribución contenida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional.

ALEGATO DE CONCLUSIÓN DE LA DEFENSA

En esta oportunidad la apoderada del Ministerio de Comunicaciones ratifica los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala que los actores a pesar de manifestar que ejercen la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., entre las declaraciones que solicitan, incluyen la de que "Se ordene al Señor Ministro de Comunicaciones de Colombia, a (sic) devolver a todos y cada uno de los radioaficionados y Asociaciones de radioaficionados, los valores que hubieren pagado, a partir de la sanción de la Ley 94 de diciembre de 1993".

Pese a lo anterior, la Sala procede a decidir la acción planteada tomándola como de simple nulidad, no solamente porque así la denomina el actor, sino primordialmente porque es la procedente dado el carácter general del acto demandado, dentro de la cual no es posible esgrimir pretensiones de restablecimiento del derecho.

La demanda trae en primer término un cargo contra la totalidad del Decreto 1696 de 1994 consistente en la violación de los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 94 de 1993,

en razón a que para su expedición no se obtuvo el concepto previo del Consejo Superior del Servicio de Radioaficionados.

Consultando la Ley 94 de 1993, se tiene que su artículo 18, señala las personas que integran el Consejo Asesor del Servicio de Radioaficionados; el 19, establece sus funciones, y el 20, dispone que el Ministerio de Comunicaciones proveerá lo necesario para su instalación y funcionamiento.

Según el artículo 19 ya citado, son funciones del Consejo Asesor del Servicio de Radioaficionados:

> "a) Asesorar al Ministerio de Comunicaciones para los asuntos relacionados con el servicio de radioaficionados.
>
> "b) Proponer y recomendar las medidas necesarias para el buen funcionamiento del servicio de radioaficionados.
>
> "Parágrafo. Las recomendaciones del Consejo Asesor del Servicio de Radioaficionados deberán ser escuchadas, pero en ningún caso obligan al Ministerio de Comunicaciones o al Gobierno Nacional".

En la disposición pretranscrita, se dice que las funciones del Consejo Asesor, no Superior como lo llaman los demandantes, son las de asesorar al Ministerio de Comunicaciones en los asuntos relacionados con el servicio de radioaficionados, y en consecuencia, proponerle y recomendarle medidas para su buen funcionamiento.

Según la misma norma, las recomendaciones de tal organismo deben ser escuchadas, aunque, en ningún caso obligan al Ministerio de Comunicaciones o al Gobierno Nacional.

En el caso que nos ocupa previas a la expedición del Decreto impugnado no hubo recomendaciones del Consejo Asesor porque tal como lo informó la Oficina Jurídica del Ministerio de Comunicaciones en oficio 000382 de 14 de febrero de 1995, visible al folio 125 del expediente "... a la fecha no se ha instalado formalmente el Consejo Asesor de Radioaficionados creado por la Ley 94 de diciembre 14 de 1993 y, en consecuencia, los documentos que nos solicita en su oficio en referencia, por sustracción de materia, no se han producido".

En los anteriores términos respondió el Ministerio de Comunicaciones la solicitud del Despacho, en el sentido de que se le enviara "copia auténtica de la instalación del Consejo Asesor de Radioaficionados creado por la Ley 94 de 1993 y copia auténtica de las actas de deliberación en las cuales se sometió a discusión y votación el decreto reglamentario...".

Para la Sala, la circunstancia anterior en manera alguna podría originar la nulidad del acto acusado si en cuenta se tiene que tal como lo dispone el parágrafo del artículo 19 de la misma Ley 94 de 1993, las recomendaciones del Consejo Asesor "...en ningún caso

obligan al Ministerio de Comunicaciones o al Gobierno Nacional", de lo que se deduce que la circunstancia de que deban escucharse tales recomendaciones, no es un requisito de validez del acto, ni elemento vinculante que determine su conformación, ni mucho menos condición a la cual deba supeditarse el ejercicio de la potestad reglamentaria que en virtud del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional ostenta el Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, para la cumplida ejecución de las leyes.

Las funciones de asesoría y las recomendaciones que puede desempeñar y proponer el Consejo señaladas en la Ley 94 de 1993 son propias y adecuadas frente a las medidas administrativas adoptadas en el decreto acusado, pero en manera alguna pueden considerarse establecidas para condicionar la potestad reglamentaria del Gobierno, la cual es de la esencia del Estado y obedece a la necesidad de reglamentar la ley en procura de su aplicación y desarrollo.

Por estas consideraciones el cargo no prospera.

Descartada la nulidad de la totalidad del Decreto acusado por vicios de procedimiento en su expedición, de que trata el primer cargo, procede la Sala a referirse a cada uno de los otros cargos formulados contra el Decreto impugnado.

Segundo cargo: Es formulado concretamente contra los artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto impugnado, porque, según la demanda, hay exceso de la facultad reglamentaria y violación del artículo 6o. de la Ley 94 de 1993 y la Ley 46 de 1985 (no cita el artículo), porque se desconocen las acepciones gramaticales de las palabras utilizadas en la Ley.

Los artículos 1o., 2o. y 3o. del acto acusado se limitan a definir lo que se entiende por estación fija, móvil y portátil que a su vez, son las modalidades de estación de servicio de radioaficionados que trae el artículo 6o. de la Ley 94 de 1993, cuando en su parte final dice: "...La estación puede ser fija o portátil, dependiendo de la categoría de licencia, que para tal efecto expida el Ministerio de Comunicaciones de Colombia".

Los términos empleados en el Decreto reglamentario no se oponen a los consagrados en la Ley 94 de 1993 y tampoco confunden el servicio de radioaficionados con la estación misma, pues como ya se expresó, con ellos, no se hace cosa distinta que definir las distintas modalidades de una estación de servicio.

Las definiciones de estación fija, móvil o portátil, en nada afectan los conceptos que de "servicio de radioaficionados" y de "estación de servicio de radioaficionados" traen los artículos 4o. y 6o. de la Ley 94 de 1993, pues, pese a tales definiciones, el servicio de aficionados sigue siendo un servicio de radiocomunicaciones que tiene por objeto al instrucción individual, la intercomunicación y los estudios técnicos efectuados por aficionados con fines exclusivamente personales y sin ánimo de lucro; la estación de servicio de radioaficionados una infraestructura que comprende uno o más transmisores o receptores con las instalaciones accesorias para ser operada en las bandas y frecuencias asignadas por el Ministerio de Comunicaciones; y las estaciones fijas, móviles y portátiles,

modalidades de la estación de servicio de radioaficionados, según la categoría de la licencia, que para el efecto expida el Ministerio de Comunicaciones.

En relación con la hipotética violación de la Ley 46 de 1985, como ya se observó los demandantes no citan la norma que consideran violada, circunstancia esta que releva a la Sala de hacer mayores consideraciones al respecto.

Sin embargo, consultada la ley precitada se observa que por medio de ella se aprueban el "Convenio de Telecomunicaciones", firmado en Nairobi el 6 de noviembre de 1982 y el "Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones", adoptado en Ginebra el 6 de diciembre de 1979, estatutos éstos, que los actores no acompañaron a la demanda.

Por las consideraciones anteriores, el cargo no prospera.

Tercer cargo: En virtud de esta censura se impugna concretamente el artículo 9o. porque, según el actor, viola abiertamente la asignación de bandas y frecuencias atribuidas a los radioaficionados colombianos por el reglamento de radio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), del que Colombia es signatario, por ratificación en la Ley 46 de 1985.

Mediante la disposición acusada se asignaron bandas de frecuencia para la prestación del servicio de radioaficionado.

En el texto del artículo objetado, no se habla de supresión de bandas, y si tal evento ocurrió resulta difícil verificarlo porque tal como se advirtió en el auto que denegó la suspensión provisional, los demandantes no acompañaron el Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y tampoco lo transcribió la ley que lo aprobó.

De otro lado, Colombia no ha ratificado la Constitución ni el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones adoptado en Ginebra el 22 de diciembre de 1982, según lo expresa la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores en oficio 07041 de 3 de marzo de 1995, en el que también se informa que "El citado Estatuto y Convenio están surtiendo su trámite constitucional en el Honorable Congreso de la República de acuerdo al Artículo 150.16 de la Carta Fundamental. En el Senado está radicado bajo el número de proyecto 124-94" (folio 127).

Aparece sí en el expediente el texto de la Ley 28 de 1992, "Por medio de la cual se aprueban, la "Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y el Protocolo Facultativo sobre la solución de controversias relacionadas con la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y los reglamentos administrativos", hechos en Niza el 30 de junio de 1989". (folio 151 y ss.).

La Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones en su artículo 33 al tratar sobre la "Utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas y de la órbita de los satélites geoestacionarios" recomienda a los países miembros limitar las frecuencias y el espectro utilizado al mínimo indispensable para obtener el funcionamiento satisfactorio de los servicios necesarios y tener en cuenta en la utilización de bandas de frecuencia para las radiocomunicaciones "que las frecuencias y la órbita de los satélites geoestacionarios son recursos naturales limitados que deben utilizarse de forma racional, eficaz y económica, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Radiocomunicaciones, para permitir el acceso equitativo a esta órbita y a esas frecuencias a los diferentes países o grupo de países, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo y la situación geográfica de determinados países".

Por lo demás y como fundamento para la asignación de bandas de frecuencia, hay que tener en cuenta que el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado (art. 75 C.N.L); que para operar una estación de tradioaficionados y para la licencia de radioaficionados se requiere de autorización del Ministerio de Comunicaciones, previa reglamentación de los requisitos y trámites correspondientes (arts. 8 y 9 de la Ley 94 de 1993), y que el uso de las frecuencias radioeléctricas necesitan permiso previo otorgado por el Ministerio ya mencionado (art. 20 del Decreto 1900 de 1990).

En razón de lo expuesto, este cargo tampoco prospera.

Cuarto cargo: Se acusa en este cargo al Decreto 1696 en la medida en que establece a cargo de los radioaficionados y a favor del Ministerio de Comunicaciones consignaciones por determinados salarios mínimos y paz y salvo por todo concepto para obtener y renovar la licencia de aficionado, expedir duplicados, prestar el servicio de radioaficionado, para registrar una Liga o Asociación de Radioaficionados, instalación y funcionamiento de estaciones repetidoras, etc., porque al parecer de los actores "El Presidente de la República carece de competencia para imponer cargas impositivas pecuniarias, facultad que le está reservada al Legislador de conformidad con los claros mandatos del artículo 150 de la Constitución Nacional".

También son objetados dentro de este cargo algunas disposiciones que imponen multas al radioaficionado, Liga o Asociación de Radioaficionados que incumplan las disposiciones del Decreto.

Al respecto procede observar que el ya citado Decreto-Ley 1900 de 1990, "Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines, en su artículo 59 prescribe que "Todas las concesiones, autorizaciones, permisos y registros de que trata el presente decreto darán lugar, sin excepción alguna, al pago de derechos, tasas y tarifas a la entidad otorgante. Su fijación la hará el Ministerio de Comunicaciones, en los términos señalados en la Ley 72 de 1989".

Por su parte el artículo 20 del mismo estatuto dispone que "El uso de frecuencias radioeléctricas requiere de permiso previo otorgado por el Ministerio de Comunicaciones y dará lugar al pago de los derechos que correspondan...".

Las anteriores normas son conformes con lo que ahora ordena el artículo 338 de la Constitución Nacional, según el cual, "La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen las tarifas de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen...".

Si a las consideraciones anteriores le sumamos la circunstancia de que es al Ministerio de Comunicaciones al que le corresponde reglamentar los requisitos y trámites correspondientes a la autorización para el funcionamiento de la estación y a la licencia de su operador, debe concluirse en la facultad del autor del decreto para disponer la reglamentación de las licencias, las consignaciones correspondientes a los distintos servicios y la imposición de las multas, medidas éstas de que se quejan los demandantes en esta censura.

Por lo anterior el cargo no prospera.

Quinto cargo: Se formula contra la frase "y en el presente Decreto" contenida en el artículo 13 del acto acusado, porque dice la demanda, viola el artículo 6o. de la Ley 94 de 1993 y el Reglamento de la UIT, ya que solamente se podrán utilizar aquellas bandas, frecuencias y tipos de emisión previamente atribuidas en el reglamento de la UIT por expresa remisión que hace la Ley 94 de 1993, y jamás por el Decreto que se acusa, el cual se debe someter, en su momento, a los acuerdos o convenios internacionales que en el futuro firme Colombia.

El artículo 13 donde aparece la frase impugnada que la Sala se permite subrayar, expresa:

> "La utilización de las bandas de frecuencia y los tipos de emisión para la prestación del servicio de radioaficionados, sólo podrán operar de conformidad con las normas establecidas en la ley y en el presente decreto".

El artículo 6o. de la Ley 94 de 1993, por su parte se limita a definir la estación de servicio de radioaficionados y si bien hace mención del reglamento de radiocomunicaciones de la UIT, es para indicar que debe comprender uno o más transmisores o receptores con las instalaciones accesorias para ser operadas en las bandas y frecuencias de acuerdo con el citado reglamento.

La frase acusada en manera alguna debe entenderse en el sentido de que excluye el reglamento de la UIT en la utilización de las bandas de frecuencia, sino en la medida en que el decreto, dado su carácter de reglamentario, busca la aplicación de la ley atinente a la materia, la que en su artículo 6o., citado como violado, dispone tenerlo en cuenta en la operación de la estación de servicio de radioaficionados en las bandas y frecuencias asignadas por el Ministerio de Comunicaciones.

Así las cosas, este cargo no prospera.

Sexto cargo: Se dice en esta censura que la frase "y dos letras para la categoría AVANZADA", del artículo 14 del acto acusado, viola el artículo 13 de la Carta Política, ya que el otorgamiento de licencias de categoría avanzada, se vería limitado a no más de seiscientas personas.

El artículo 14 del Decreto 1696 de 1994 donde se encuentra la frase acusada, dice:

> "Las licencias para la prestación del servicio de radioaficionados asignarán a cada operador un distintivo de llamada formado por el prefijo HJ para las licencias de SEGUNDA categoría; HK para la PRIMERA y AVANZADA, seguido por su dígito para designar la zona de operación; además tres letras para las dos primeras categorías y dos letras para la categoría AVANZADA, asignadas por el Ministerio de Comunicaciones". (subrayas fuera del texto).

Mediante la norma pretranscrita simplemente se asigna a los operadores el distintivo de llamada para cada una de las distintas categorías de licencias. En estas condiciones no se presenta la violación del derecho de igualdad, pues el Ministerio está regulando el servicio, concretamente asignando el indicativo de llamada a los usuarios, teniendo en cuenta las diferentes clases de licencias, las que a su vez obedecen a calidades distintas y deben satisfacer diferentes requisitos.

Por las razones anteriores, este cargo no prospera.

Séptimo cargo: En él se dice que la frase "fija" del artículo 23 viola y desconoce el espíritu del artículo 6o. de la Ley 94 de 1993.

El artículo 23 del Decreto, expresa:

> "Para operar una estación fija de radioaficionados se requiere la autorización para el funcionamiento, la cual se otorgará mediante resolución expedida por la Dirección de Telecomunicaciones y Servicios Postales del Ministerio de Comunicaciones".

Al parecer de la Sala el precitado artículo no está limitando la operación del servicio a la estación fija, sino estableciendo un requisito para operar esta clase de estaciones; ni prohibiendo la operación de las estaciones móvil y portátil para las cuales el mismo artículo 6o. de la Ley 94 de 1993 prevé su funcionamiento y su licencia.

Al establecer el requisito contemplado en el artículo acusado, para la estación fija, el Gobierno está obrando de conformidad con los artículos 8o. y 9o. de la Ley 94 de 1993 los cuales condicionan la operación de una estación a la autorización para el funcionamiento y al otorgamiento de la licencia por parte del Ministerio de Comunicaciones, previa reglamentación de los requisitos y trámites correspondientes.

Por las apreciaciones anteriores, el cargo no prospera.

Octavo cargo: Se formula contra las expresiones "colombianas o personas naturales extranjeras residentes en Colombia", contenidas en los artículos 28, 30 y 31 del Decreto acusado, porque, según los actores, violan los artículos 12 de la Ley 94 de 1993 y 13 de la Constitución Nacional.

Los artículos impugnados hacen referencia a las personas naturales colombianas o personas naturales extranjeras residente en Colombia, para disponer que podrán obtener la licencia para la prestación del servicio de radioaficionado en las categorías primera, segunda o avanzada, previo el cumplimiento de requisitos que para cada categoría señala la norma correspondiente.

El artículo 12 de la Ley 94 de 1993 por su parte y en lo pertinente, dispone que "Toda persona que desee obtener una licencia para operar los aparatos de una estación de radioaficionados deberá aprobar un examen que certifique su aptitud".

Y, el artículo 13 de la Carta Política al consagrar el principio de igualdad expresa que "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".

Según la demanda, los artículos en este cargo censurados "...hacen una discriminación entre las personas naturales colombianas y personas naturales extranjeras, no establecida en la ley reglamentada...".

En cuanto a este cargo la Sala, desde cuando denegó la solicitud de suspensión provisional observó que los artículos objetados simplemente disponen que las personas naturales colombianas o naturales extranjeras podrán obtener las diferentes categorías de licencia que contempla el decreto en su artículo 27 mediante el cumplimiento de determinados requisitos, sin que se observe discriminación alguna entre dichas personas, pues para todas se establece la posibilidad de acceder a las diferentes categorías de licencias previstas en la ley, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos y reglamentados por el Ministerio de Comunicaciones en virtud de la competencia otorgada por el artículo 9o. de la Ley 94 de 1993.

Así las cosas, este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad.

Noveno cargo: Se impugna el artículo 52 del Decreto reglamentario por violación al Reglamento de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en el aspecto relacionado a la conformación de los indicativos de llamada que en acto acusado, según la demanda, son contrarios al citado reglamento porque entra a configurar unos indicativos conformados por cuatro caracteres y una cifra, seguido de una letra.

El cargo no prospera por las razones expuestas por la Sala al responder el tercer cargo y que dicen relación con la ausencia del reglamento citado como violado y con la falta

de ratificación de la Constitución y del Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Por lo demás, si las circunstancias anteriores no fueren suficientes para desechar el cargo habría que decir que la medida acusada introduce como componente del indicativo las letras N y R para distinguir las llamadas de carácter nacional de las regionales, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le asignan la propia Constitución Nacional, dentro de las circunstancias anotadas en la parte inicial de esta providencia.

El cargo entonces, no prospera.

Décimo cargo: Se endilga contra el artículo 54 del Decreto acusado por violación del inciso 2 del artículo 103 de la Constitución Nacional y del 15 de la Ley 94 de 1993.

La disposición impugnada, dice en lo pertinente:

> "Para registrar una Liga o Asociación de radioaficionados de carácter nacional, la Liga o Asociación deberá tener afiliadas seis (6) Asociaciones Regionales debidamente reconocidas por el Gobierno Nacional, con sede en por lo menos seis (6) zonas, de las diez en que está dividido el territorio nacional...".

Expresan los actores que la norma desconoce las acepciones gramaticales "nacional" y "regional" empleadas en el artículo 15 de la Ley 94 de 1993 cuando establece que "...las ligas o asociaciones de radioaficionados serán de carácter nacional y regional"; y además que viola el inciso 2 del artículo 103 de la Constitución Nacional, en la parte según la cual "el Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las Asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales sin detrimento de su autonomía, con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan".

No ve la Sala cómo pueda la disposición acusada infringir el artículo 15 de la Ley 94 de 1993, según el cual las ligas o asociaciones de radioaficionados serán de carácter nacional y regional, pues aquélla no está prohibiendo la existencia de una liga o asociación de carácter regional, sino reglamentando, en ejercicio de la atribución que le confiere el mismo artículo 15 de la Ley 94 de 1993, los requisitos de una de las categorías de ligas o asociaciones, en este caso la de carácter nacional.

No desconoce la norma impugnada la existencia de las ligas regionales, sino que por el contrario, las está reconociendo y ofreciéndoles la posibilidad de afiliarse a la liga o asociación de carácter nacional.

Asimismo, no se encuentra contradicción entre el artículo acusado y lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 103 de la Constitución Nacional, pues con aquel lo que se pretende es la organización y promoción de las mencionadas asociaciones mediante su

afiliación a una de carácter nacional, sin detrimento de la autonomía ni de su papel como posible mecanismo democrático de participación ciudadana.

Por lo demás, el decreto acusado, les da a las ligas o asociaciones regionales el derecho al indicativo de llamada (artículo 52) y contempla la posibilidad y establece los requisitos para el efecto de que se registren cuando agrupen por lo menos cincuenta (50) miembros de dos o más departamentos de una misma zona, debidamente licenciados indicando los correspondientes distintivos de llamada.

Lo anterior es suficiente para considerar que el cargo no prospera.

Décimoprimer cargo: Aquí se dice que el artículo 68 del Decreto enjuiciado viola el literal e) del artículo 18 de la Ley 94 de 1993, porque exige un común acuerdo entre las asociaciones de carácter nacional para el nombramiento de los dos representantes consagrados en la Ley 94 de 1993.

El artículo objetado dispone que las Ligas o Asociaciones de carácter nacional, elegirán en común acuerdo los dos representantes al Consejo Asesor del servicio de radioaficionados, creado por el artículo 18 de la Ley 94 de 1993.

En el caso planteado no se puede, al parecer de la Sala, hablar de la violación de la Ley 94 de 1993, porque, si bien es cierto en el literal e) de su artículo 18 citado como violado se dispone que el Consejo Asesor del servicio de Radioaficionados estará integrado, entre otros, por "Dos (2) representantes de las distintas asociaciones de radioaficionados de carácter nacional, elegidos por las mismas", no establece la forma ni el procedimiento de la elección, de tal manera que lo relacionado a esta materia bien puede ser objeto de reglamentación, por parte del decreto acusado y así lo ordena la misma ley en el inciso final del artículo 18 al disponer que "El Ministerio de Comunicaciones reglamentará la elección de los representantes mencionados en los literales e) y f) de este artículo".

Por las anteriores apreciaciones, este cargo tampoco prospera.

Décimo segundo cargo: Se formula este último cargo contra el artículo 71 del Decreto 1696 de 1994 con el argumento de que desborda las facultades reglamentarias, ya que en ninguno de los artículos que integran el capítulo IV de la Ley 94 de 1993, "se establece con qué número podrá funcionar el Consejo Asesor del Servicio de Radioaficionados".

El artículo que se acusa dispone que "El Consejo Asesor sesionará con la mayoría absoluta de sus miembros".

Para la Sala la norma pretranscrita tampoco infringe la Ley 94 de 1993, precisamente porque ella en la parte que se ocupa del Consejo Asesor del Servicio de Radioaficionados, no establece nada en relación con el quórum deliberatorio ni decisorio. Establece sí en el parágrafo del artículo 20 la obligación para el Ministerio de Comunicaciones de proveer

lo necesario para el funcionamiento del Consejo como sería, por ejemplo, el señalamiento de las pautas para sesionar.

Ahora, ante el silencio de la ley respecto del quórum para sesionar, lo natural y lógico es que sea el reglamento dictado por el Presidente, el que contenga normas como la acusada con el fin de darle aplicación práctica a dicho organismo creado por la ley, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere la Constitución Nacional para la realización de tareas relativas al funcionamiento de la administración y para el desarrollo de las normas legales correspondientes.

Ha dicho la jurisprudencia que,

> "Los límites del poder reglamentario de la ley los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado. Si los ordenamientos expedidos por el Congreso suministran todos los elementos indispensables para su ejecución, el Órgano Administrativo nada tendrán que agregar, y de consiguiente, no habrá oportunidad al ejercicio de la función reglamentaria. Pero si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer a la regulación de esos detalles". (Sentencia de 10 de octubre de 1962, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: doctor Carlos Gustavo Arrieta, Expedientes acumulados Nos. 937 y 1541, actor: Víctor Domínguez Gómez).

Por lo expuesto, este cargo tampoco prospera.

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:

DENIÉGANSE las peticiones de la demanda.

DEVUÉLVASE a la parte actora el depósito constituido para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 15 de junio de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Improcedencia/**SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE/TARIFA**-Fijación/**PACTO SOCIAL**

El inciso final del artículo 6o. de la ley 105 de 1993 facultó el Ministerio de Transporte para señalar los parámetros que las autoridades competentes del orden metropolitano, distrital y municipal deben tener en cuenta para la fijación de las tarifas del transporte, incluyendo el rubro "recuperación de capital" con base en esta disposición se expidió el Decreto acusado. Si bien es cierto el artículo 97 del Decreto No. 1787 de 1990 señala unos criterios para la fijación de las tarifas, no lo es menos que es menester dilucidar si con la expedición del acto acusado dejaron de estar vigentes o no las regulaciones de aquel, ya que conforme al artículo 69 transitorio de la ley 105 de 1993, las normas para la regulación, control y vigilancia del servicio público del transporte terrestre seguirán vigentes hasta cuando se hayan expedido las nuevas normas. De tal manera que es preciso esclarecer si las disposiciones del acto acusado constituyen o no las nuevas normas a que hace alusión el precepto transitorio, finalmente, para poder concluir, como lo hace el actor, que la obligación de las autoridades competentes del orden metropolitano, distrital y municipal de informar y comunicar al Ministerio de Transporte y a la comisión de seguimiento de pacto social sobre las decisiones adoptadas en materia tarifaria afecta la autonomía de aquellas debe consultarse previamente el contenido y alcance de las funciones que dichos organismos se les ha atribuido.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3337. Acción: Nulidad. Actor: PEDRITO TOMÁS PEREIRA CABALLERO.

El ciudadano PEDRITO TOMÁS PEREIRA CABALLERO, 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, previa suspensión provisional, del Decreto No. 105 de 13 de enero de 1995 "por el cual se reglamenta la ley 105 de 1993", expedido por el Gobierno Nacional.

I.- LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA

Como la demanda y sus anexos se ajustan a las previsiones de los artículos 137 a 142 del C.C.A., es del caso decretar su admisión, y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

II.- LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

II. 1.- Aparece sustentada en escrito separado de la demanda, del cual se extrae, principalmente, lo siguiente:

1o): El Decreto acusado viola el artículo 150 numeral 21 de la Constitución Política por que las regulaciones en el contenido constituyen, sin lugar a dudas, un mecanismo de intervención económica ya que establecen, fijan e imponen mecanismos reales y ciertos respecto de los costos y fijación de tarifas para una industria y un sector, que requieren inversiones cuantiosas para reemplazar al Estado e n la prestación de un servicio, necesario e indispensable para cubrir la demanda social en todos los campos de la diaria actividad tanto de la empresa pública como de la privada, lo cual genera costos no solo económicos sino financieros que deben ser recuperados, pero ello no se consigue con las arbitrarias medidas adoptadas en el acto acusado, que están muy distantes de la realidad.

El Gobierno buscó una intervención de tipo económico por que no de otra manera se entiende que hubiera señalado un único factor para la fijación de las tarifas de transporte, como es el de terminar que el cálculo para el incremento de los costos y fijación de las tarifas solo podría realizarse con base en la meta de la inflación y que el incremento tarifario solo podría cumplirse de manera escalonada y separada de las fechas de ajuste en el precio de los combustibles y reducir el primer ajuste de las tarifas a un monto no superior al 10% y que el incremento total solo puede realizarse en tres (3) instalamentos como mínimo. Al proceder de esta manera se arrogó funciones que corresponden al Legislador Ordinario, a la vez que violó el artículo 13 de la Carta pues a las demás industrias y sectores se le invitó a colaborar en la política del Gobierno para lograr el cometido del programa del Pacto social, pero al sector del transporte urbano se le sometió en forma desigual y discriminada a las exigencias impuestas en el acto acusado.

2o): El Decreto acusado viola el artículo 113 ibídem por que el ejecutivo invadió la órbita del órgano legislativo extralimitándose en sus funciones.

3o): Se violó el artículo 287 *ibídem* porque en la forma como fue redactado el Decreto acusado se impidió a los municipios el goce de la autonomía que les otorgó el Decreto Ley No. 80 de 1987 y a las autoridades competentes del Distrito Especial de Bogotá y de los demás municipios del país ejercer las competencias contempladas en el Decreto No. 1787 de 1990, pues les impuso unos criterios distintos de los señalados en estas normas y estableció una nueva forma de tutela contraria a los principios de descentralización administrativa dispuestos por el precepto constitucional, al establecer la obligación de los Alcaldes de informar previamente al Ministerio de Transporte y a la comisión de seguimiento del Pacto Social sus decisiones en materia tarifaria y enviar posteriormente copia del acto expedido.

4°): Se violó el artículo 333 *ibídem* cuando el Decreto acusado señala un tope a los costos para la fijación de la tarifa y le impide superar el porcentaje de 18%, indicando que por lo menos deben existir tres (3) instalamentos para el incremento de la tarifa, que no es otra cosa que establecer requisitos sin autorización de la ley, contrariando y derogando los que se encuentran establecidos y determinados en el artículo 97 del Decreto No. 1787 de 1990, vigente por voluntad de la ley 105 de 1993 (artículo 69 transitorio).

5°): Se violó el artículo 334 ibídem, pues como se expresó en el primer cargo el Gobierno se arrogó funciones que solo competen a los órganos legislativos.

6°): Se violó el artículo 1o. del Decreto Ley No. 080 de 1987 por que el Decreto acusado esta modificado tácitamente la facultad allí conferida hasta el punto que los Alcaldes Municipales para poder expedir los Decretos respectivos tuvieron que hacer consultas y solicitar asesores bien del Ministerio de Transporte y en especial del Ministerio de Desarrollo para cumplir con las disposiciones de aquel, como es el caso de los municipios de Barranquilla, Cúcuta y Bucaramanga, entre otros, lo cual además de ser contrario al régimen de la descentralización administrativa, constituye una intromisión del poder central en la autonomía que la ley le otorga a los municipios.

7°): Se violó el artículo 97 del Decreto No. 1787 de 1990 por que el Decreto acusado señala parámetros totalmente distintos de los allí previstos.

8°): Se violó el artículo 6o. de la Ley 105 de 1993, por lo siguiente:

a) Los parámetros que deben tenerse en cuenta para calcular los costos del transporte no se ha diseñado ni establecido.

b) No determinó el Decreto acusado la forma técnica para realizar el cálculo de rubro recuperación de capital y por lo tanto esta causando un deterioro del inversionista, atentando contra el proceso de actualización y modernización del parque automotor dejando de cumplir la obligación del Estado prevista el literal e del artículo 2o. de la ley 105 de 1993.

c) El Decreto acusado confundió y desbordó el límite de la facultad otorgada por la Ley 105 de 1993 pues usó la palabra factor para el cálculo de los costos del transporte, cuando lo que la ley dispuso fue el establecimiento de unos parámetros, obligación que no ha sido cumplida y por el contrario modificada en forma distinta al sentido de la ley reglamentada.

II.2.- La demanda fue coadyuvada por los ciudadanos RAFAEL ARTURO PATIÑO LONDOÑO Y FRANCISCO ANTONIO DÍAZ RUBIO, a quienes habrá de reconocerles como tales en la parte resolutiva de este proveído.

II.3.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El Decreto No. 105 de 13 de enero de 1995, que constituye el acto acusado, dispuso que el único factor que pueden tener en cuenta las autoridades competentes del orden metropolitano, distrital y municipal para la fijación de las tarifas del transporte en el costo del transporte metropolitano y/o urbano, incluyendo el rubro "recuperación de capital", para 1995, es el incremento del 18% que se estableció como meta de inflación: que dicho incremento de manera escalonada y separada de las fechas de ajuste en el precio de los combustibles, en tres (3) instalamentos, no pudieron el primero de los ajustes superar el 10%; y que para el adecuado control del cumplimiento de dichas disposiciones y demás normas concordantes tales autoridades deben informar previamente al Ministerio de Transporte y a la Comisión de Seguimiento del Pacto Social las decisiones adoptadas en materia tarifaria y comunicar posteriormente con copia del acta respectivo a los mencionados organismos.

Para establecer las violaciones constitucionales y legales que invoca el actor por parte de las disposiciones del acto acusado no basta la simple confrontación de unas y otras, como lo reclama el artículo 152 del C.C.A. para la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional.

El inciso final del artículo 6o. de la ley 105 de 1993 facultó al Ministerio de Transporte para señalar los parámetros que las autoridades competentes del orden metropolitano, distrital y municipal deben tener en cuenta para la fijación de tarifas del transporte, incluyendo el rubro recuperación de capital". Con base en esta disposición se expidió el Decreto acusado.

De otra parte es necesario dilucidar, entre otros aspectos, en que consiste y cual es el sustento normativo del pacto social que principios lo gobiernan, cuales son sus propósitos, si estos resultan ajenos o no al sector del transporte y si en desarrollo del mismo era imperioso hacer la invitación a dicho sector a colaborar en la Política del gobierno para lograr el cometido de aquel.

Si bien es cierto que el artículo 97 del Decreto No. 1787 de 1990 señala unos criterios para la fijación de las tarifas, no lo es menos que es menester dilucidar si con la expedición del acto acusado dejaron de estar vigentes o no las regulaciones de aquel, ya que, conforme el artículo 69 transitorio de la ley 105 de 1993 las normas para la regulación, control y

vigilancia del servicio público del transporte terrestre seguirán vigentes HASTA CUANDO SE HAYAN EXPEDIDO LAS NUEVAS NORMAS. De tal manera que es preciso esclarecer si las disposiciones del acto acusado constituyen o no las nuevas normas a que hace alusión el precepto transitorio.

Finalmente, para poder concluir, como lo hace el actor que la obligación de las autoridades competentes del orden metropolitano, distrital y municipal de informar y comunicar al Ministerio de Transporte y a la comisión de Seguimiento del Pacto Social sobre las decisiones adoptadas en materia tarifaria afecta la autonomía de aquellas debe consultarse previamente el contenido y alcance de las funciones que a dichos organismos se les ha atribuido.

Todo lo anterior entraña un análisis de fondo que no es propio de efectuar en esta etapa inicial del proceso sino en la sentencia que dirima la controversia, y que justifica la denegatoria de la medida precautoria impetrada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

RESUELVE:

I.- **ADMÍTESE** la demanda promovida por el ciudadano PEDRITO TOMÁS PEREIRA CABALLERO. En consecuencia, se dispone:

1°): **NOTIFÍQUESE** personalmente esta providencia a la señora Procuradora Segunda Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado. Entréguesele copia de la demanda y de sus anexos.

2°): **NOTIFÍQUESE** personalmente esta providencia a los señores Ministros de Transporte, Hacienda y Crédito Público. Entrégueseles copia de la demanda y de sus anexos.

3°): **DEPOSITE** el actor la suma de diez mil ($10.000.oo) pesos moneda legal, dentro de los diez (19) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría para atender los gastos ordinarios del proceso.

4°): **SOLICÍTESE** a las Secretarías Generales de los Ministerios de Transporte, Hacienda y Crédito Público y Desarrollo Económico que en el término de ocho (8) días envíen los antecedentes administrativos del acto acusado.

5°): **FÍJESE** el proceso en lista por el término de cinco (5) días para que la demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

II.- **TIÉNESE** como demandante al ciudadano PEDRITO TOMÁS PEREIRA CABALLERO y como coadyuvantes a los ciudadanos RAFAEL ARTURO PATIÑO LONDOÑO y FRANCISCO ANTONIO DÍAZ RUBIO.

III.- **TIÉNESE** como demandada a la Nación –Ministerios de Transporte, Hacienda y Crédito Público y Desarrollo Económico–.

IV.- **DENIÉGASE** la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día quince (15) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

YESID ROJAS SERRANO

SERVICIO POSTAL/MENSAJERÍA ESPECIALIZADA/SERVICIO PÚBLICO/INTERVENCIÓN DEL ESTADO/TARIFAS–Fijación/**PRESTACIÓN DEL SERVICIO POSTAL**–Requisitos

El servicio de mensajería especializada forma parte del servicio postal y desde antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991 constituye un monopolio estatal. De otra parte el inciso 4o. del artículo 37 de la Ley 80 de 1993 facultó al Gobierno Nacional para reglamentar las calidades, condiciones y requisitos que deben reunir las personas naturales y jurídicas para la prestación de los servicios postales. Igualmente lo autorizó para fijar los derechos, tasas y tarifas que regulan las condiciones y licencias para la prestación de los servicios postales. De tal manera que la tarifa del 15% de los ingresos brutos de explotación que por concepto del uso de las licencias deben pagar las personas naturales o jurídicas por la prestación del servicio postal de mensajería especializada encuentra pleno respaldo en el mencionado inciso 4o. del artículo 37, que expresamente autorizó al Gobierno Nacional para tales efectos, por lo cual habrá de desestimarse el cargo en estudio. Si el Gobierno Nacional está facultado por ministerio de la Ley (inciso 4o. del artículo 37 de la Ley 80 de 1993) para reglamentar las calidades, condiciones y requisitos para la prestación del servicio postal, incluido dentro del mismo el de la mensajería especializada, no resulta ajeno a tal reglamentación el señalamiento de las obligaciones de los licenciatarios del servicio, las causales de exención de responsabilidad, los objetos de prohibida circulación, la prohibición de prestar el servicio sin la previa obtención de la licencia, las sanciones en caso de contravención a esta prohibición o por el no pago de los derechos pecuniarios o por irregulari-

dades en la prestación del servicio, a que se contraen los artículos 26 a 29 y 37 a 41 acusados, ya que tales aspectos están íntimamente relacionados con las calidades, condiciones y requisitos que corresponde al Gobierno reglamentar para la prestación del servicio en referencia.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3056. Acción: Nulidad. Actor: LUIS CARLOS SÁCHICA APONTE.

El ciudadano y abogado LUIS CARLOS SÁCHICA APONTE, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C. C. A., ha ocurrido ante esta Corporación a fin de que mediante sentencia se declare la nulidad de los artículos 1o., 2o., 6o., 13, 17 24 a 29 y 37 al 41 del Decreto Reglamentario No. 1697 del 3 de Agosto de 1994 "por el cual se reglamenta el Servicio Postal" expedido por el Gobierno Nacional.

I –. EL ACTO ACUSADO

Son las partes subrayadas de los artículos del Decreto No. 1697 del 3 de agosto de 1994 que se detallan a continuación:

"**Artículo 1o. Servicios Postales.** Se entiende por servicios postales, el servicio de recepción, transporte y entrega de servicios de correspondencia y otros objetos postales. Los servicios postales comprenden la prestación del servicio de correos nacionales e internacionales y del servicio de mensajería especializada."

"**Artículo 2o. Envíos de correspondencia y otros objetos postales.** Se entiende por envíos de correspondencia y otros objetos postales, los aerogramas, facturas, extractos de cuentas, los recibos de toda clase, los impresos, los periódicos, los envíos publicitarios, cecogramas, muestras de mercadería, los pequeños paquetes, y los demás objetos que cursen por las redes postales del servicio de correos y del servicio de mensajería especializada, hasta dos (2) kilogramos de peso."

"**Artículo 6o. Servicios de mensajería especializada. Se entiende por servicio de mensajería especializada, la clase de servicio postal registrado, prestado con independencia de las redes postales oficiales del correo nacional e internacional que exige la aplicación y adopción de características especiales, para la administración, recolección y entrega de envíos de correspondencia y demás objetos postales, transportados vía superficie o aérea, en el ámbito nacional y en conexión con el exterior.**

Parágrafo: Las características oficiales que deben cumplir los servicios de mensajería especializada son:

a. Registro individual de cada envío. Todo envío de mensajería especializada debe tener un número de identificación individual.

b. Recolección a domicilio. Si el cliente lo solicita, el servicio de mensajería debe efectuar la recolección en el domicilio del usuario o cliente solicitante.

c. Admisión. El servicio de mensajería debe expedir un recibo de admisión, por cada envío, en el cual debe constar:

Número de identificación del envío.

Fecha y hora de admisión.

Peso del envío en gramos.

Valor del servicio.

Nombre y dirección completa del remitente y destinatario.

Fecha y hora de entrega.

d) Curso del envío. Todo envío de mensajería debe cursar, con una copia del recibo de admisión, adherido al envío.

e) Tiempo de entrega. Los envíos de mensajería especializada se caracterizan por la rapidez en la entrega. El servicio de mensajería debe prestarse con unos tiempos de entrega no superiores a:

a. Veinticuatro (24) horas en servicio urbano.

b. Cuarenta y ocho (48) horas en servicio nacional a cualquier lugar del país.

c. Noventa y seis (96) horas en servicio internacional.

f) Prueba de entrega. El cliente usuario del servicio de mensajería especializada puede exigir la prueba de entrega del envío, donde conste fecha y hora de entrega y firma e identificación de quién recibe."

"Artículo 13. Formas de contratación. La prestación de servicio del correo nacional se concederá mediante contrato, previa licitación pública, por el procedimiento de selección objetiva. La prestación del servicio de mensajería se concederá directamente mediante licencia."

"Artículo 17. Otorgamiento de la licencia para el servicio de mensajería especializada. La prestación del servicio de mensajería especializada nacional, y en conexión con el exterior, se concederá directamente, en régimen de libre competencia, a personas naturales o jurídicas, mediante licencia, con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad de que trata la Ley 80 de 1993.

Para el otorgamiento de la licencia se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Solicitud escrita, donde se deberá informar en forma clara y precisa, sobre las siguientes características esenciales del servicio:

a. Clase de mensajería especializada que prestará la empresa, según sea urbana, nacional o en conexión con el exterior.

b. Localidad del país y países desde y hacia donde se prestará el servicio.

c. Razón social y nombre con el que se distinguirá el servicio.

d. Tarifas que aplicará el servicio. En ningún caso las tarifas del servicio de mensajería especializada, por envío de correspondencia y objeto postal, podrán ser inferiores a dos (2) veces las tarifas vigentes de la Administración Postal Nacional para las cartas de 50 gramos de peso, en los servicios de correo urbano, nacional y en conexión con el exterior, respectivamente.

e. Tiempo de entrega que ofrecerá a los usuarios. En ningún caso los tiempos de entrega que se ofrezcan podrán ser superiores a los exigidos en el artículo 6o. del presente Decreto.

f. Clase de documentos que garantizarán la admisión, transporte y entrega de los envíos, en concordancia con el artículo 6o. del presente Decreto.

g. Clase de garantías que ampararán el pago de indemnizaciones, incluido el servicio asegurado, cuando el cliente así lo solicite.

h. Descripción de la organización administrativa y operativa, infraestructura física y técnica ; recursos humanos y esquema del plan de recolección, admisión, transporte y distribución.

2. Acreditar ser persona natural o jurídica, consorcio o unión temporal inscrita en la Cámara de Comercio, cuya actividad mercantil u objeto social contemple la prestación de los servicios de mensajería especializada.

3. Ser capaz para contratar y no estar incurso en las causales de incompatibilidad, inhabilidad y prohibiciones, de que trata el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

4. Presentar los Manuales de Operación del Servicio para su aprobación por parte del Ministerio de Comunicaciones."

"Artículo 24. Cánones del servicio de mensajería especializada. Todas las personas naturales o jurídicas que obtengan licencia para la prestación del servicio postal de mensajería especializada, pagarán al Ministerio de Comunicaciones:

a. Por concepto del otorgamiento de la licencia una suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales.

b. Por concepto de uso de las licencias, el 15% de sus ingresos brutos de explotación. El cual debe ser pagado en forma trimestral.

Parágrafo 1o. Cuando se otorgue la primera licencia para la prestación del servicio de mensajería especializada a un operador distinto a Adpostal, ésta última comenzará a pagar al Fondo de Comunicaciones el canon por concepto de uso de la licencia establecida en el numeral b) de este artículo.

Parágrafo 2o. Los dineros recibidos por el Ministerio de Comunicaciones por concepto de pago de los cánones por las licencias de servicios de correo y mensajería especializada, ingresarán al Fondo de Comunicaciones y se podrá destinar a proyectos de correo social, rural o urbano, y cubrir los gastos de vigilancia y control de las concesiones y licencias otorgadas, así como a las demás actividades del Fondo.

Parágrafo 3o. El Ministerio de Comunicaciones dispondrá todo lo necesario para ejercer la vigilancia y control del servicio de mensajería especializada y podrá contratar con firmas públicas o privadas de auditoría el control de pagos por uso de las licencias."

"**Artículo 25. Tarifas de los servicios postales.** Las tarifas de servicios postales gozarán de un régimen de libertad vigilada por el Ministerio de Comunicaciones, el cual podrá intervenir cuando así lo considera necesario. Con todo, el ministerio de Comunicaciones podrá fijar cuando lo estime conveniente, parámetros tarifarios mínimos o máximos, a fin de regular la prestación de algunos de los servicios postales, sin perjuicio de: **Los regímenes tarifarios establecidos por el decreto para el servicio de Mensajería Especializada** y de los que en materia tarifaria dispongan las normas internacionales.

El Ministerio de Comunicaciones publicará trimestralmente las tarifas determinada por la Administración Postal para los servicios de correo, a efecto de lo dispuesto en el literal d), numeral 1o. del artículo 17 del presente Decreto."

"Artículo 26. **Obligaciones de los concesionarios y licenciatarios.** Es obligación de los concesionarios y licenciatarios entregar los envíos de correspondencia y demás objetos postales a los destinatarios, en las mismas condiciones en que fueron confiados al servicio postal.

Los concesionarios y licenciatarios de los servicios postales, responderán directamente por las fallas del servicio de acuerdo con lo dispuesto en el presente Decreto."

"Artículo 27. **Exención de responsabilidad.** El servicio postal quedará exento de toda responsabilidad de pérdida, avería o expoliación de los envíos de los servicio postales, en los siguientes casos:

a. En los casos de fuerza mayor comprobada o caso fortuito.

b. Cuando se trate de envíos cuyo contenido se encuentre comprendido dentro de las limitaciones previstas en el artículo 28 del presente Decreto, o cuando la pérdida o avería hubieses sido ocasionada por error o negligencia del remitente o provenga de la naturaleza misma del objeto.

c. Cuando el remitente y/o el destinatario no hubieren formulado reclamación alguna dentro del término de noventa (90) días a partir de la fecha de introducción del envío, sin perjuicio de lo establecido en los Convenios Postales Internacionales para el servicio de correos.

d. Cuando la declaración del valor sea fraudulenta, por no corresponder al valor del contenido.

En los servicios postales, no se asumirá responsabilidad alguna por los envíos decomisados bien sea por contener objetos sometidos a derechos de aduana o confiscados por las autoridades aduaneras debida a la falsa declaración de su contenido y por cualquier otra autoridad administrativa o judicial.

Todo concesionario o licenciataria dejará de ser responsable, desde el momento en que los destinatarios o sus representantes, personas autorizadas, residentes y en fin cualquier persona que se encuentre habilitada merced a su oficio o funciones, hayan recibido o tomado posesión del envío."

"Artículo 28. Objetos de prohibida circulación en el servicio postal. El servicio postal tiene limitaciones impuestas por razones de conveniencia general de defensa de la moral pública, de seguridad nacional, de defensa del tesoro público y también por razones de interés del propio servicio postal y de sus funciones."

Parágrafo: Los concesionarios o **licenciatarios** de los servicios postales de correos y **mensajería especializada,** podrán exigir a sus clientes o usuarios, presentar sus envíos abiertos para verificar su contenido, antes de ser admitidos o recibidos en el servicio respectivo.

"Artículo 29. Manuales operativos. Le corresponde a cada concesionario o licenciatario de los servicios postales, elaborar manuales o reglamentos operativos del servicio conferido, a fin de garantizar procedimientos eficientes en la prestación del servicio. Los manuales serán aprobados y deberán reposar en el Ministerio de Comunicaciones."

"Artículo 37. Regla General. Ninguna persona natural o jurídica podrá prestar servicios postales sin haber obtenido previamente la concesión, por contrato o licencia, otorgada por el Ministerios de Comunicaciones.

Tampoco podrán prestarse servicios de admisión, clasificación, transporte y entrega de envíos de correspondencia, sin sujeción al presente Reglamento, cualquiera sea la denominación o modalidad que se adopte".

"Artículo 38. Actuaciones sancionatorias. Cuando el Ministerio de Comunicaciones establezca o tenga conocimiento de la existencia de personas naturales o jurídicas que presten servicios postales sin el correspondiente contrato o licencia procederá:

1. Ordenar el cese de actividades ilegales e iniciar el correspondiente proceso sancionatorio.

2. Solicitar a las autoridades de las entidades territoriales o la de policía correspondiente, que dentro de su competencia, procedan a la cancelación de la licencia de funcionamiento y al cierre de los establecimientos donde se presten ilegalmente los servicios.

3. Demandar a la Superintendencia de Industria y Comercio la aplicación de las medidas tendientes a evitar el desarrollo de las actividades que constituyan competencia desleal y a impedir que se preste un servicio postal, para lo cual no se cuente con autorización debidamente otorgada."

"Artículo 39. Prácticas ilegales. Cuando el Ministerio de Comunicaciones establezca la existencia de Empresas de Transporte Terrestre o Aéreo que presten servicios postales sin el correspondiente contrato o licencia, procederá a demandar al Ministerio de Transporte o a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, respectivamente, la aplicación de las sanciones que correspondan de conformidad con las disposiciones legales vigentes."

"Artículo 40. Defraudaciones en el pago de derechos. Cuando el Ministerio de Comunicaciones compruebe alguna irregularidad por parte de los concesionarios y licenciatarios de los servicios postales en el pago de los derechos pecuniarios o cánones a los que están obligados, sancionará al concesionario o licenciatario con multas sucesivas cuyo valor podrá oscilar entre cien (100) y quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de que, por reincidencia se ordene la caducidad del contrato o la revocatoria de la licencia."

"Artículo 41. Fallas en el servicio. Cuando el Ministerio de Comunicaciones compruebe irregularidades en la prestación de los servicios postales, por parte de los concesionarios o licenciatarios, sancionará con multas sucesivas, cuyo valor podrá oscilar entre cincuenta (50) y trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de las demás sanciones de la ley, de la caducidad del contrato o revocatoria de la licencia, en caso de reincidencia."

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1o). Las disposiciones demandadas violan los artículos 15, 333 y 365 de la Constitución Política, porque distinguen y separan en el concepto de servicio postal el

servicio de correo propiamente dicho, el tradicional servicio público que el Estado ha prestado directamente o ha concedido a particulares por la vía contractual, y el servicio de mensajería especial, modalidad de servicio postal no oficializada, prestada por particulares, por sus redes propias e independientes, y con procedimientos específicos diferentes de los que aquél utiliza.

La diferencia establecida por el Decreto acusado determina que el correo es el estatuto del respectivo servicio público monopolizado por el Estado, mientras el otro servicio postal es el de una actividad económica particular regida por la ley común.

Ello significa que el correo es un servicio que solo lo presta el Estado directamente o por sus concesionarios, a través de contratos, y, en cambio, la mensajería especializada pertenece al ámbito privado, sin perjuicio de la vigilancia estatal que podría establecer la ley. Esta concepción parte de la propia Constitución, cuando en el artículo 15 reconoce el derecho de todos a la comunicación privada mencionando expresamente la correspondencia como una de sus manifestaciones, lo que significa que no es exclusivo ni obligatorio el uso del correo estatal y que los particulares pueden, por lo tanto, organizar sus propios medios de comunicación y correspondencia.

Ello determina que las modalidades específicas de mensajería son los que cada empresario adopte en un régimen de libre competencia. En consecuencia, la mensajería especializada no es un servicio público, no forma parte del mismo, no es un servicio público prestado por concesión hecha a los particulares. Por lo mismo, no está sujeto en su prestación a un estatuto de derecho público, no está intervenido por el Estado, no es obligación prestarlo a todo el que lo requiere, sus tarifas son señaladas por el empresario y, en general, se desenvuelve dentro de un régimen contractual privado.

Definir la mensajería especializada, como lo hace el artículo 1o. del Decreto acusado, como servicio postal con el pretexto de reglamentar el estatuto contractual de la administración pública–Ley 80 de 1993, para someterlo a controles propios de los servicio públicos, es una violación manifiesta tanto del artículo citado como del 365, tanto más si esa definición y esos controles no están establecidos directamente por la ley, como lo prescriben los mencionados artículos 333 y 365, dado que se trata de un simple Decreto Reglamentario, cuyas disposiciones deben limitarse a adoptar las medidas administrativas indispensables para dar cumplimiento a la Ley 80 en lo tocante con la contratación administrativa.

De lo anterior se desprende la necesaria conclusión de que como el otorgamiento de licencias a particulares para operar servicios de mensajería especializada, con toda evidencia, no es materia de contratación estatal en sentido estricto, su regulación no solo es inconstitucional por intervención indebida en actividades comerciales libres, sino en cuanto legisla en dicha materia, dictando regulaciones que no caben en la potestad reglamentaria y que únicamente pueden emanar de la ley, pues sólo ella puede restringir la libertad económica por razones de interés cultural, público o ecológico, en los términos del artículo 333 de la Constitución Política, lo que implica la violación del artículo 189 numeral 11 de la misma.

2o). Igualmente el Decreto acusado viola los artículos 338, 339, 2o. y 113 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

Sólo el Congreso, a través de la ley, y nunca el Gobierno, es el que puede establecer cargas tributarias, las cuales no son una tasa o tarifa en sentido riguroso, ni tampoco una contribución, en el sentido doctrinario, jurisprudencial y constitucional del concepto, y que tampoco equivale al de regalía o derecho por concesión de una actividad monopolizada o de una explotación de bienes que se haya reservado el Estado, por cualquier razón, ni menos un recurso parafiscal.

Aquí, el pago del 15% del ingreso bruto establecido en el literal b) del artículo 24 del Decreto acusado no corresponde a ninguna de esas relaciones fiscales entre el Estado y los particulares. Obedece exclusivamente a la obtención de un permiso, un acto del Estado a cambio de una licencia para emprender la explotación de un negocio, mediante el pago de una suma que se causa automáticamente cada trimestre y cuya fijación arbitraria no responde a ningún criterio económico, como sucede precisamente con los impuestos en que no hay proporcionalidad, gradualidad ni equidad, situación en la cual, además, el contribuyente no recibe contraprestación específica.

En verdad, el particular adquiere el permiso de explotación de una actividad comercial a cambio de reconocer una participación estatal sobre el producto de su negocio, a partir de que un reglamento definió como servicio postal sujeto a licencia un servicio de transporte especial de objetos que los particulares contratan libremente, lo que constituye un impuesto encubierto.

La concesión, en todas sus modalidades, y, por tanto, en la prestación de servicios es, como lo dice la palabra, una decisión unilateral, aunque no gratuita, del Estado, en favor de un particular para que pueda prestar el servicio concedido, de acuerdo con la ley, el reglamento y el contrato que la formaliza.

A lo mismo equivale el otorgamiento de licencia estatal para que un particular pueda desarrollar alguna de aquellas actividades económicas que la Constitución Política o la Ley someten a dicho requisito, aunque esta relación no es contractual.

La contraprestación legal de la licencia a cargo de quienes recibieron la autorización es una regalía o canon sin que por su parte el Estado contraiga ninguna obligación frente al licenciatario que justifique tamaña carga, ya que en el presente caso se trata nada menos que del pago al Estado de la exorbitante suma del 15% de los ingresos brutos de la explotación, pagadera trimestralmente.

Es evidente que bajo el nombre de canon el Decreto acusado está estableciendo, sin duda, un impuesto sobre los servicios de mensajería, sin cumplir ninguno de los requisitos de la Constitución Política y en especial, los del artículo 338 y concordantes.

Imponer un derecho fiscal por el otorgamiento de una licencia administrativa no es facultad que esté comprendida en la potestad reglamentaria.

El Gobierno al hacerlo así mediante un Decreto Reglamentario, no está adoptando las medidas para que se cumpla la ley. Esto es lo que caracteriza la potestad reglamentaria. En este caso se trata de reglamentar la Ley 80 citada, no de establecer las condiciones para que los particulares puedan desarrollar cierta explotación económica, la de la mensajería especializada, que la ley ha sometido a tal requisito, disposiciones que no pueden ser medidas administrativas sino prescripciones legislativas.

Es la propia ley, según la Constitución Política, la que debe establecer las condiciones, requisitos, procedimientos y garantías a que quedan sujetos los administrados para desarrollar cierta explotación económica que esté sometida a tal requisito, pero dicha disposición no puede originarse en una simple medida gubernamental.

Si se trata de concesión de permisos para actividades restringidas por la ley, a menos que se trate de monopolios fiscales, que no es el caso, dichas limitaciones, esta vez consistentes en una descomunal carga tributaria, únicamente puede emanar, y en forma directa, del propio legislador y nunca del Gobierno, que es la administración misma autoregulándose y creando la ley, rompiendo la separación de poderes consagrada en el artículo 113 de la Constitución Política, y llevándose de calle el principio de legalidad, proclamado en artículo 2o. de la misma.

3o). Los artículos 26 a 29 y 37 a 41 del Decreto acusado violan el literal a) del artículo 152 de la Constitución Política porque, regular las responsabilidades que genera el ejercicio de una determinada actividad económica frente a quienes entran en relación con los empresarios de la misma ; definir las faltas y señalar las acciones derivadas del ejercicio irregular de dicha actividad, constituye un exceso manifiesto de la potestad reglamentaria, pues tales cuestiones son objeto propio de la legislación interna y sobre ellas también hay regulaciones internacionales ya que tocan con los derechos de las personas y con sus libertades, materias estas que están reservadas a la Constitución y la Ley.

4o). Las disposiciones acusadas violan el artículo 336 ibídem al extender arbitrariamente el monopolio fiscal sobre el correo ordinario a la mensajería especializada y someterla a concesión y licencia estatales, como sí formara parte de los servicios postales, sustraídos por la ley a la libre iniciativa de los particulares.

Las leyes 110 de 1912 (artículos 137, 141 y142), 124 de 1913 (artículo 1o.) y 76 de 1914 (artículo 17) ; los Decretos Nos. 3267 de 1963, 129 de 1967 y 75 de 1984, se refieren exclusivamente al monopolio fiscal del correo público ordinario y no autorizan extender sus relaciones a la mensajería especializada, cuyas modalidades son extrapostales.

III.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

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.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación –Ministerio de Comunicaciones–, a través del apoderado, contesto la demanda y para oponerse a las pretensiones del actor adujo, en esencia lo siguiente:

1o): En cuanto a la nulidad de la frase "...y del servicio de mensajería especializada" del artículo 10. Del Decreto Reglamentario acusado debe tenerse en cuenta la sentencia proferida por la Corte Constitucional el 15 de Septiembre de 1994 en cuanto a que la "distinción establecida por el artículo 37 de la Ley 80 de 1993 entre mensajería especializada y correos –como especie del género común de servicios postales–, lejos de buscar instaurar un régimen de monopolio oficial o de reserva estatal para una actividad anteriormente de libre iniciativa de los particulares, tenía como único objeto determinar el régimen contractual aplicable a una y otra actividad así: Contrato de concesión mediante selección objetiva para los servicios de correo, y licencia para los servicios de mensajería especializada...". Las anteriores referencias permiten concluir que la mensajería especializada no ha sido –como lo sugiere el demandante– un contrato de transporte entre particulares fundado en la libertad comercial sino una manifestación especializada del servicio postal en general. Por ello es una actividad que ha estado sujeta a una reserva estatal y que, específicamente al entrar en vigencia la nueva Constitución, era de titularidad pública exclusiva".

2o): En cuanto a la misma frase del artículo 2o. "...y del servicio de mensajería especializada", se aplica el mismo criterio establecido por la Corte Constitucional citado anteriormente.

3o): Sobre la nulidad del artículo 6o. en su totalidad, se considera que es del esencia del reglamento, determinar de manera precisa la forma como se debe prestar el servicio de mensajería especializada, para garantizar a los usuarios su efectivo y eficaz funcionamiento como verdaderamente lo requiere la prestación de un servicio público que es.

4o): En relación con la nulidad de la frase del artículo 13 "La prestación del servicio de mensajería especializada se concederá directamente mediante licencia", debe tenerse en cuenta lo que establece el parágrafo 1o. del mismo artículo 37 de la Ley 80 de 1993, exequible en su totalidad en la mencionada sentencia C – 407 del 15 de septiembre de 1994.

5o): En cuanto a la nulidad del artículo 17 en su totalidad, se considera que es de la esencia del reglamento, mencionar de manera precisa la forma como se debe prestar el servicio de mensajería especializada, para garantizar a los usuarios su efectivo y eficaz funcionamiento como verdaderamente lo requiere la prestación de un servicio público que es.

6o): Sobre la nulidad del artículo 24 en su totalidad, se debe afirmar que no se trata de un tributo (impuesto) como asevera el actor, toda vez que es una tarifa y, la ley faculta a la Nación –Ministerio de Comunicaciones– para fijarla.

De otra parte, el inciso 2o. del artículo 338 de la Carta Política, establece que la ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen las tarifas de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, "como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que le proporcionen ; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos".

Cotejando esa disposición con la facultad otorgada al Ministerio de Comunicaciones por virtud de los artículos 20 y 59 del Decreto Ley 1900 de 1990, debe concluirse que es obligación de la Nación –Ministerio de Comunicaciones– hacer efectivo el pago de los derechos, tasas o tarifas a cargo del servicio de mensajería especializada por su prestación.

7o): Sobre la nulidad del parágrafo, la palabra "licenciatarios" y la frase "mensajería especializada" del artículo 28, debe anotarse lo siguiente:

La facultad de que están investidos quienes presten servicios postales "de exigir a sus clientes, usuarios, presentar sus envíos abiertos para verificar su contenido antes de ser admitidos o recibidos en el servicio respectivo" relacionada en el parágrafo, encuentra su asidero en el interés general, el cual debe primar frente a intereses particulares. Es de público conocimiento, cómo a través de los diversos sistemas de los servicios postales se logran envíos de armas y sustancias, psicotrópicas o alucinógenos, los cuales logran su destino final.

Así las cosas, y para evitar el tráfico de estos elementos, se faculta a los licenciatarios de mensajería especializada y a los concesionarios de correos, para inspeccionar en presencia del remitente (no violando el artículo 15 de la Constitución Política), todos los objetos que se incluyan en los paquetes antes de ser admitidos o recibidos. No se encuentra porque deben excluir a los licenciatarios como lo solicita el actor por cuanto ellos son de manera especial los mayores prestadores de este servicio público.

8o): Sobre la nulidad del inciso 2o. del artículo 37, debe decirse que el inciso 1o., del mismo, establece prohibición para prestar servicios postales sin haber obtenido la concesión por contrato o licencia otorgada por el Ministerio de Comunicaciones. Si se entiende que los servicios postales conllevan las actividades de recepción, transporte y entrega de envíos de correspondencia y otros objetos postales (artículo 1o. del Decreto acusado) se debe concluir que el inciso impugnado complemente y reitera la prohibición aludida, toda vez que consagra una serie de servicios que se deben acatar para la prestación de éste.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su alegato, manifiesta que la mensajería especializada es un servicio público postal, que se concede a particulares mediante licencia, con derechos, tasas y tarifas fijadas por el Gobierno Nacional y que las normas reglamentarias se ajustan al régimen legal vigente.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

El fundamento de los cargos 1o. y 4o. descansa en el supuesto de que la mensajería especializada no forma parte del servicio postal, no es un servicio público ni forma parte del mismo, y por lo tanto no puede ser intervenido por el Estado, por ser de carácter particular y no constituir un monopolio estatal.

Sobre el particular, advierte la Sala lo siguiente:

El inciso 1o. del artículo 37 de la Ley 80 de 1993 prevé:

> "Del régimen de concesiones y licencias de los servicios postales. Los servicios postales comprenden la prestación de los servicios de correo y del servicio de mensajería especializada".

La Corte Constitucional en sentencia C – 407/94 del 15 de Septiembre de 1994 (Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte, Magistrado ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero), al estudiar la demanda de inexequibilidad frente a la norma transcrita expresó lo siguiente:

> "...Según el demandante, la norma impugnada también es inconstitucional por cuanto viola la libertad económica, consagrada en el artículo 333 de la Constitución, puesto que convierte la mensajería especializada –actividad que no estaba monopolizada por el Estado– en una modalidad de servicio postal, objeto de concesión y licencia...".
>
> "...Ahora bien, el análisis de la evolución legislativa relativa a los servicios postales demuestra que desde principios de siglo y hasta nuestros días, estos servicios han constituido un monopolio estatal. En efecto, en virtud del artículo 137 de la Ley 110 de 1912, el servicio postal era de libre iniciativa de los particulares. Más tarde, se monopolizó el mencionado servicio modificando la libre iniciativa mediante la Ley 142 de 1913, la cual nacionalizó el servicio de correos, y la Ley 76 de 1914 que en su artículo 37 estableció que el servicio de correos de Colombia correspondía exclusivamente al Gobierno Nacional. Estas definieron como servicio público de exclusiva prestación estatal a los correos, correspondiéndole a esa palabra, en aquella época, un sentido genérico. Esta titularidad pública exclusiva de los servicios postales, a veces denominados servicios de correo, se ha mantenido hasta nuestros días. Los cambios que han introducido las normas posteriores están relacionados con la posibilidad de que los particulares puedan prestar el servicio, mediante un régimen de concesión o licencia, como es obvio, bajo la vigilancia, inspección y control del Estado, pero en ningún momento se ha puesto en cuestión la reserva estatal de los servicios postales.
>
> Igualmente la anterior la anterior historia legislativa demuestra que estos servicios postales, que han sido monopolio estatal, también han incluido el servicio de

mensajería especializada. Así, el Decreto Reglamentario No. 1418 de 1945 desarrolló el monopolio estatal (capítulo II del título I) en favor del Gobierno Nacional y reglamentó todo lo relacionado con la correspondencia postal, determinando que la denominación de objetos de correspondencia (art. 35) se aplicaría a "las cartas, tarjetas postales sencillas o con respuesta pagada, papeles de negocios, impresos, periódicos, impresiones con relieve para el uso de ciegos, muestra de mercadería, objetos agrupados, pequeños paquetes y envíos "fonopost", artículos que delimitan el ámbito de acción de la mensajería especializada. Esta definición de correspondencia incorporada por este decreto es prácticamente una reproducción de la que se ha establecido a nivel internacional. Así, según la U.P.U. (Unión Postal Universal), se entiende por correspondencia "las cartas, las tarjetas postales sencillas y con respuesta pagada, los papeles de negocios, los impresos, las impresiones de relieve para uso de los ciegos, las muestras de mercadería, los pequeños paquetes y los envíos fonopostales ; sea la circulación ordinaria o certificada y terrestre, marítima y aérea". Como se puede constatar, esta definición internacional de correspondencia incluye las actividades propias de los servicios de mensajería especializada...".

"...Así mismo, el decreto antes citado determinó que el correo particular (arts. 384 a 410), solo podía operar bajo el permiso del gobierno y cumpliendo un estricto régimen en el despliegue de la actividad, tanto, que se estableció la figura del contrabando postal (art.385), en el evento en que el envío de correspondencia se presentara fuera de los despachos postales y sin el pago de los derechos correspondientes.

Más tarde, el Decreto Ley No. 1635 de 1960, al reorganizar el Ministerio de Comunicaciones, le asignó a este último la prestación de los servicios postales (art. 1o.).

Seguidamente, el Decreto Ley No. 3267 de 1963, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente por la Ley 21 de 1963, creó la Administración Postal Nacional, ADPOSTAL, entidad a la cual se atribuyó específicamente la prestación de los servicios postales.

Luego, el Decreto Reglamentario No. 75 de 1984 nuevamente reafirmó que la prestación del servicio de correos compete exclusivamente al Estado, el cual lo prestará en el territorio nacional y en conexión con el exterior, a través de la Administración Postal Nacional (art. 1o.). Este decreto definió las actividades que hacen parte del servicio de correos a cargo exclusivo del Estado así:

> Artículo 4o. El servicio de correos a cargo exclusivo del Estado comprende además de los previstos en los convenios universales, lo siguiente:
>
> a) Las cartas;
>
> b) Las tarjetas postales;

c) Los impresos hasta 1.000 gramos;

d) Los envíos publicitarios;

e) Los envíos o recibos de todo tipo con la dirección del destinatario;

f) Los envíos agrupados de cartas;

g) Las encomiendas postales hasta 2.000 gramos de peso;

h) El servicio de correo electrónico.

Acto seguido, el decreto señaló las actividades que no correspondían a la reserva estatal del servicio de correos, en los siguientes términos:

> Artículo 7o. Sin embargo no corresponde al servicio de correo a cargo exclusivo del Estado:
>
> a) La conducción por particulares de envíos de correspondencia que vayan a ser depositados en la oficina de correos más cercana.
>
> b) El reparto de avisos, propaganda u otros documentos que no estén dirigidos a una persona determinada.
>
> c) Las cartas de recomendación o presentación abiertas que lleven los mismos interesados.
>
> d) Los envíos de correspondencia conducida por empresas de transporte terrestre, aéreas, marítimas o fluviales, siempre que tiendan a satisfacer las propias necesidades de la empresa, y que se refieran exclusivamente a sus documentos internos.
>
> e) Los envíos de facturas, documentos de aduana, consulares, de rentas, de embarques u otros similares que amparen y acompañen despachos de mercancías, a condición de que tales documentos vayan en sobres abiertos.
>
> f) La conducción de la propia correspondencia de las empresas privadas y de las entidades públicas por mensajeros de planta de las mismas.

Ahora bien, las anteriores definiciones muestran que lo que se conoce como mensajería especializada se entiende incorporado al servicio de correos de reserva estatal.

De la misma forma la Ley 72 de 1989 determinó que los servicios postales están dentro del sector de las comunicaciones (art. 1o.) y estableció que éstos pueden ser prestados a través de concesiones, las cuales pueden otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias (art. 7o.).

Finalmente, el Decreto No. 2122 de 1992, expedido en virtud del 20 transitorio de la Carta, consagró como funciones del Ministerio de Comunicaciones, el ejercicio, a nombre de la Nación, de la titularidad de los servicios postales, el otorgamiento de concesiones y licencias para la prestación de servicios postales a personas naturales o jurídicas, y el ejercicio de funciones de vigilancia, inspección y control de los servicios en comento (art. 1o.).

Las anteriores referencias permiten concluir que la mensajería especializada no ha sido –como lo sugiere el demandante– un contrato de transporte entre particulares fundado en la libertad comercial, sino una manifestación especializada del servicio postal en general. Por ello es una actividad que ha estado sujeta a una reserva estatal y que, específicamente al entrar en vigencia la Constitución, era de titularidad pública exclusiva.

Por consiguiente, el artículo impugnado, lejos de establecer un monopolio estatal de la mensajería especializada –como lo señala el demandante–, por el contrario acentúa la posibilidad de que los particulares se involucren en la prestación de los servicios postales, al prever expresamente que ellos podrán ser adjudicados a particulares mediante el régimen de concesión (correos) y licencia (mensajería especializada). La distinción establecida por el artículo 37 de la Ley 80 de 1993 entre mensajería especializada y correos –como especies del género común de servicios postales–, lejos de buscar un instaurar un régimen de monopolio oficial o de reserva estatal para una actividad anteriormente de libre iniciativa de los particulares, tenía como único objeto determinar el régimen contractual aplicable a una y otra actividad así: contrato de concesión mediante selección objetiva para los servicios de correos, y licencia para los servicios de mensajería especializada".

Las consideraciones de la sentencia cuyos apartes han sido transcritos y que la Sala prohija, desvirtúan los cargos 1o. y 4o. del libelo demandatorio.

En lo que respecta al 2o. cargo, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

El artículo 24 literal b) del Decreto acusado prevé que todas las personas naturales o jurídicas que obtengan licencia para la prestación del servicio postal de mensajería especializada pagarán en forma trimestral al Ministerio de Comunicaciones por concepto de uso de las licencias el 15% de sus ingresos brutos de explotación.

Según el actor la disposición antes citada está gravando una actividad de los particulares, que no constituye un monopolio, sin que exista ley que lo autorice, lo cual convierte la medida adoptada en un impuesto disfrazado que conduce a la violación de los artículos 2o., 113, 338 y 339 de la Constitución Política.

Para la Sala no asiste razón al actor en esta censura dado que, como quedó expresado en la sentencia de la Corte Constitucional antes mencionada, el servicio de mensajería

especializada forma parte del servicio postal y desde antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, constituye un monopolio estatal.

De otra parte, el inciso 4o. del artículo 37 de la Ley 80 de 1993 facultó al Gobierno Nacional para reglamentar las calidades, condiciones y requisitos que deben reunir las personas naturales o jurídicas para la prestación de los servicios postales. Igualmente lo autorizó para los derechos, tasas y tarifas que regulan las concesiones y licencias para la prestación de los servicios postales.

De tal manera que la tarifa del 15% de los ingresos brutos de explotación que por concepto del uso de las licencias deben pagar las personas naturales o jurídicas por la prestación del servicio postal de mensajería especializada encuentra pleno respaldo en el mencionado inciso 4o. del artículo 37, que expresamente autorizó al Gobierno Nacional para tales efectos, por lo cual habrá de desestimarse el cargo en estudio.

Igual consideración cabe predicar frente al cargo 3o., pues si el Gobierno Nacional está facultado por ministerio de la Ley (inciso 4o. del artículo 37 de la Ley 80 de 1993) para reglamentar las calidades, condiciones y requisitos para la prestación del servicio postal, incluido dentro del mismo el de la mensajería especializada, no resulta ajeno a tal reglamentación el señalamiento de las obligaciones de los licenciatarios del servicio, las causales de exención de responsabilidad, los objetos de prohibida circulación, la prohibición de prestar el servicio sin la previa obtención de la licencia, las acciones en caso de contravención a esta prohibición o por el no pago de los derechos pecuniarios o por irregularidades en la prestación del servicio, a que se contraen los artículo 26 a 29 y 37 a 41 acusados, ya que tales aspectos están íntimamente relacionados con las calidades, condiciones y requisitos que corresponde al Gobierno reglamentar para la prestación del servicio en referencia.

En conclusión, las censuran endilgadas por el actor a las normas acusadas no tienen virtualidad de destruir la presunción de legalidad que las ampara, razón por la cual se impone denegar las súplicas del libelo demandatorio, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta sentencia.

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

FALLA:

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Devuélvase al actor 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 quince (15) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Se acoge al pronunciamiento de la Corte Constitucional, Sentencia C–407/94, de septiembre 15 de 1994, Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte, Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

DEMANDA-Requisitos/**ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLICIMIENTO DEL DERECHO**-Improcedencia/**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA/DEMANDA**-Ineptitud

> **Al no ser potestativo del demandante ejercer la acción que el desee, puesto que es la ley la que expresa los supuestos sobre los cuales habrán de utilizarse la que corresponda, o, como lo tiene sentado esta Corporación, "... no es el capricho de la parte lo que define la acción adecuada, sino la naturaleza del elemento generador del perjuicio" (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de julio 30 de 1992, Magistrado Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, Expediente No. 7024, citada en sentencia de mayo 21 de 1993, jurisprudencia y doctrina julio de 1993, pag. 665), ello fuerza a concluir que el asunto *sub-exámine* se presenta una ineptitud sustantiva de la demanda, la cual, en virtud de lo previsto por el art. 164 del C.C.A. habrá de declararse como probada a título de excepción en la parte dispositiva de esta providencia, que impone la revocatoria del fallo apelado e imposibilita decidir en el fondo la cuestión debatida.**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3203. Actor: NICOLÁS CALDERÓN HERRÁN.

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 Tolima el 2 de noviembre de 1994.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano Nicolás Calderón Herrán, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Tolima para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

– "Declárase que con responsabilidad omisiva de la Administración Municipal de Ibagué, se operó el fenómeno del silencio administrativo con efectos negativos, con respecto de las siguientes peticiones que se elevaron a la Alcaldía Mayor, a nombre del demandante, señor NICOLÁS CALDERÓN HERRÁN:

– "La del reconocimiento del valor de las mejoras (árboles frutales y maderables) que el actor estableció a sus expensas en la parte no construida del solar de la Escuela Urbana Mixta del Barrio "Las Brisas", hoy Escuela "JOSÉ MARÍA CARBONELL", las cuales están especificadas en la petición presentada el día 2 de septiembre de 1991 y reproducidas en el punto 2.3.2 de la demanda.

– "La del recurso de reposición que con la debida motivación se presentó el día 13 de enero del presente año, contra la decisión negativa expresada por el silencio.

– "Que a manera de restablecimiento del derecho, se condene al MUNICIPIO DE IBAGUÉ a reconocer y pagar al actor el valor actual de las mejoras y sus frutos civiles y naturales a partir de la fecha de su retiro al servicio del Municipio, como Celador Nocturno de la referida Escuela, de conformidad con la peritación. El valor estimativo de la demanda se establece en el acápite correspondiente a la cuantía.

– "Que a manera de reparación del daño a reconocer y pagar al actor una suma equivalente al valor de trescientos (300) gramos de oro fino, a la cotización legal que tuviere dicho metal precioso en la fecha del fallo definitivo.

– "Que se prevenga a la entidad demandada sobre su deber legal de dar cumplimiento al fallo definitivo, en los precisos términos y con todas las formalidades establecidas en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.".

b.- Los hechos de la demanda

Los hechos que cita el actor como fundamento de sus pretensiones son, en forma resumida, los siguientes:

1.- Durante los años de 1974 a 1987, tiempo en el cual se desempeñó como celador de la Escuela Urbana Mixta del Barrio "Las Brisas", hoy escuela "José María Carbonell", estableció a sus expensas, en la parte no construida del solar de la escuela, unos árboles frutales y maderables, e hizo limpieza de la mayor parte del lote con el consentimiento de la Administración Municipal.

2.- El día 2 de septiembre de 1991 formuló una petición ante el alcalde de Ibagué con el fin de que le fuera reconocido el valor del trabajo realizado, porque de lo contrario se operaría un enriquecimiento sin causa por parte del municipio.

3. Pasados los 3 meses que tenía la administración para resolver la petición, al no obtener respuesta alguna, interpuso el recurso de reposición contra la decisión negativa manifestada a través del silencio de la administración, impugnación que tampoco fue contestada en el término legal.

c.- Las normas presuntamente violadas el concepto de la violación

El actor considera que la actuación de la administración municipal de Ibagué contrarió la Constitución Nacional en sus artículos 2, 6, 23, 25, y el Decreto-Ley 01 de 1984 en sus artículos 2, 9, 40, 60, 76-5, 84 y 85, por cuanto la jurisprudencia, en desarrollo del artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, reprime el enriquecimiento sin causa y reconoce la *"actio in rem verso"*, que permite al legítimo dueño obtener la devolución de lo conseguido sin una causa legítima o sin una contraprestación real, "y sobre esta base de que nadie puede lucrarse a expensas de otro, tenemos que la Administración Municipal de Ibagué, en el caso del señor Calderón Herrán, con sus decisiones negativas y silenciosas quebrantó en forma directa y por la vía de la inaplicación..." las normas citadas.

d.- Las razones de la defensa

En los escritos de contestación de la demanda y de alegato de conclusión, la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 25 a 27 y 63):

1.- El actor carece de derecho para reclamar cualquier indemnización, ya que ésta solo surge cuando tiene como causa un acto o hecho administrativo, situación que en la presente no sucede, y por tanto la vía para perseguir la indemnización es otra, no la contencioso administrativa.

2.- Además, la acción entablada no tiene sustento jurídico ni fáctico, por cuanto no hay lugar a solicitar la nulidad de un acto ficto "... cuando ni siquiera era posible hablar de silencio de la Administración, ni mucho menos puede pretenderse el restablecimiento de un derecho del que el actor jamás ha gozado. Resulta imposible establecer lo que jamás ha ingresado al patrimonio del actor".

3.- El apoderado judicial de la demandada propone la excepción que denomina "CAUSA Y OBJETO ILÍCITO", pues se pretende obtener una indemnización por unos árboles frutales que el actor plantó a espaldas de la Administracion, "... DE MALA FE Y SIN DERECHO ALGUNO" en un bien de uso público de propiedad del Municipio. Agrega que "... siendo que el artículo 208 del C. Civil no consagra TAXATIVAMENTE LOS BIENES DE USO PÚBLICO, no hay causa real y lícita ni objeto lícito para intentar obtener la indemnización en la forma pretendida".

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 actuaciones:

Por auto de agosto 19 de 1992 se admitió la demanda y se dispuso el trámite de rigor (fl. 17 Cdno. Ppal.).

Mediante providencia de 29 de octubre de 1992 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 30 y 31 ib.).

Dentro del término para alegar de conclusión, hicieron uso de este derecho la parte demandada y el Agente del Ministerio Público ante el tribunal *a-quo* (fls. 63 y 64 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. 66 a 74):

1.- Conforme a lo previsto en el artículo 966 del C.C., se advierte que en el presente caso quien reclama las mejoras útiles simplemente tenía a su cargo la vigilancia del local donde funciona la escuela, sin que entre sus funciones estuviera la de sembrar árboles frutales.

2.- Según lo dispuesto por el artículo 674 del C.C., y conforme al artículo 166 del Decreto 1333 de 1986, el lote de terreno y el local donde funciona la escuela, se clasifican como un bien fiscal, y por tanto le son aplicables las normas del derecho privado.

3.- De contera, "... al no tener la siembra de estos árboles relación directa con la actividad funcional que desarrollaba el Actor, ni al tener el permiso correspondiente no surge para la Administración la obligación de cancelar dichas mejoras, porque sólo está obligado a abonar las mejoras útiles, no aquellas de carácter voluptuario... (...) ... que no aumentan el valor venal del inmueble, ni en el fondo constituye un incremento para la Administración, porque si bien es cierto que constituye un principio de justicia de que nadie puede enriquecerse sin causa en perjuicio de terceros, también lo es que en la plantación de mejoras en bienes fiscales debe contarse con el permiso de la Administración Pública correspondiente, y generar un mayor valor en el avaluo del inmueble, y específicamente tener el carácter de mejoras útiles".

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Ellos son, en síntesis, los siguientes (fls. 6 y 7 Cdno. No. 2):

1.- El tribunal se equivocó al motivar el fallo en disposiciones del Código Civil relativas al poseedor de buena fe "... cuando en realidad de verdad no se trataba ni se

trata de una contención reivindicatoria", lo cual refleja una falta de entendimiento de la cuestión propuesta en la demanda.

2.- Al negar que entre las funciones del actor se encontrara la de sembrar árboles, cuestión que no era objeto del debate, el tribunal desconoció el alcance del derecho al trabajo consagrado en el artículo 25 de la Constitución Nacional, además de que, a pesar de no existir autorización, sí hubo consentimiento de las autoridades educativas del plantel, sin que la intención fuera la de apropiarse u ocupar indefinidamente el inmueble.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Novena Delegada ante esta Corporación estima que debe revocarse la sentencia de primera instancia y declararse el Consejo de Estado inhibido de conocer las pretensiones de la demanda, con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 12 a 17 Cdno. No.2):

1. Contrario a lo afirmado por la parte demandada y el Procurador Judicial, es la jurisdicción contenciosa administrativa la competente para conocer la controversia planteada, por la naturaleza de las pretensiones y por ser la parte demandada un ente público como lo es el Municipio de Ibagué.

2.- Como lo controvertido en el proceso es que el Municipio de Ibagué podría haber obtenido un enriquecimiento sin causa, en razón a las mejoras plantadas en su predios a expensas del actor, "... la conducta de la administración se traduce en un hecho por lo cual la acción que debió interponerse es la de reparación directa, consagrada en el artículo 86 del C.C.A...." y no la de nulidad y restablecimiento del derecho intentada por el actor, lo que conlleva a una ineptitud de la demanda, y por tanto el tribunal no debió resolver en el fondo las pretensiones que originaron este proceso.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como quiera que en su concepto la señora Procuradora Novena Delegada ante esta Corporación estima que la acción que debió intentarse era la de reparación directa y no la de nulidad y restablecimiento del derecho ejercida por el actor, de lo cual deriva las consecuencias que en él se indican, la Sala abordará inicialmente dicho aspecto, pues de prosperar su tesis resultaría inútil el estudio de los fundamentos del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia.

Por tal efecto, se considera:

En ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., el actor invocando la ocurrencia del silencio administrativo negativo respecto de la petición que elevara ante el Alcalde Municipal de Ibagué el 2 de septiembre de 1991, tiende a obtener a título de restablecimiento del derecho el reconocimiento y pago de unas pretendidas mejoras que afirma haber realizado a sus expensas y con el beneplácito de la Administración en el lote de terreno donde funciona la Escuela Urbana Mixta del Barrio "Las Brisas", hoy Escuela

"José María Carbonell", de propiedad del Municipio, durante el tiempo en que se desempeñó como celador de dicho establecimiento educativo. Solicita, igualmente, que a título de reparación del daño se condene a la entidad demandada a reconocerle y pagarle "... una suma equivalente al valor de trescientos (300) gramos de oro fino".

El citado artículo 85 del C.C.A. consagra la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en los siguientes términos:

> "ARTÍCULO 85. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y que se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente".

De acuerdo con la norma transcrita y frente al problema jurídico planteado por el demandante, para la Sala es incuestionable que la acción ejercida no era la vía procesal adecuada para eventualmente obtener una decisión favorable sobre sus pretensiones, sino la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., la cual se podrá ejercer por la persona interesada para "demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos", por la sencilla y potísima razón de que el origen o causa eficiente del litigio fueron las mejoras a que antes se hizo alusión, presuntamente constitutivas de un enriquecimiento sin justa causa por parte de la administración municipal de Ibagué, y de ninguna manera los actos fictos negativos respecto de la solicitud elevada ante la Administración Municipal de Ibagué para que se reconociesen y pagasen las mismas y del recurso de reposición interpuesto contra el primero de ellos, cuya legalidad ni siquiera se cuestiona en la demanda ni se formula pretensión anulatoria alguna.

En consecuencia, la Sala considera que al no ser potestativo del demandante ejercer la acción que él desee, puesto que es la ley la que expresa los supuestos sobre los cuales habrá de utilizarse la que corresponda, o, como lo tiene sentado esta Corporación, "... no es el capricho de la parte lo que define la acción adecuada, sino la naturaleza del elemento generador del perjuicio" (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de julio 30 de 1992, Magistrado Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, expediente No. 7024, citada en sentencia de mayo 21 de 1993, Jurisprudencia y Doctrina julio de 1993, pág. 655), ello fuerza a concluir que en el asunto *sub-exámine* se presenta una ineptitud sustantiva de la demanda, la cual, en virtud de lo previsto por el artículo 164 del C.C.A., habrá de declararse como probada a título de excepción en la parte dispositiva de esta providencia, que impone la revocatoria del fallo apelado e imposibilita decidir en el fondo la cuestión debatida

Por lo anterior, a pesar de la preocupación de la Sala por evitar fallos inhibitorios, en el presente caso se encuentra ante una demanda que no debió haberse admitido por el tribunal de origen, lo cual, se repite, impide un pronunciamiento de fondo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo a través de su Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- REVÓCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 2 de noviembre de 1994 y, en su lugar:

a) DECLÁRASE PROBADA la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

b) Como consecuencia de lo anterior, DECLÁRASE INHIBIDO para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Segundo.- De conformidad con lo previsto por los artículos 171 del C.C.A. y 392-4 del C.de P. C., condénase a la parte actora en costas de las dos instancias.

Tercero.- En firme esta sentencia 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 primero de junio de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera lo dicho en la providencia del 30/92 exp. 7024.

EMERGENCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA/RESTRICCIÓN DE VISITAS FAMILIARES/DERECHOS DE LOS NIÑOS/RESTRICCIÓN DE VISITAS AL ABOGADO/DERECHO DE DEFENSA

No se puede afirmar con propiedád que con la medida de permitir, en los días de visitas de familiares y amigos, sólo el ingreso de 2 personas por cada interno, se esté violando en forma abierta y directa el derecho del niño a tener una familia, por cuanto no se está prohibiendo o eliminando la visita ni la comunicación de los hijos respecto del padre interno, sino restringiéndola en la medida en que el director del INPEC, previamente autorizado por normas legales lo considera conveniente para el cumplimiento del Plan de Emergencia Penitenciario y Carcelario. No aparece claro que con la restricción del número de los visitantes al recluso se afecte en sus hijos los derechos que éstos tienen a la vida, la integridad física, la alimentación, el cuidado, el amor, la educación, etc., no solamente por la falta de relación entre la medida acusada y los derechos consagrados en favor de los niños en la norma citada como infringida, sino también por la imposibilidad física del padre interno para asistir y proteger a sus hijos y garantizarles el desarrollo armónico e integral de sus derechos. Tampoco observa la sala que al restringirse a una hora la visita del abogado, se desconozca el derecho de defensa del interno, porque no se prohibe, ni se elimina la comunicación entre ellos, ni se le priva al sindicado del derecho a estar asistido por un abogado, ni del tiempo ni de los medios adecuados para la preparación y orientación de la defensa, lo anterior sin perjuicio de que el tiempo comtemplado en la disposición censurada pueda resultar suficiente para los efectos pretendidos en el artículo 029 de la Carta Política.

EMERGENCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA/SANCIÓN/FALTA GRAVE/AISLAMIENTO/PROHIBICIÓN DE TRATOS CRUELES/SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Improcedencia

El artículo 12 de la Carta Política de 1991 prohíbe terminantemente las torturas y los tratos crueles e inhumanos a toda persona incluyendo, desde luego dentro de tal concepto, a quienes están privados de la libertad y, el artículo 5o. de la Ley 65 de 1993 prohíbe toda forma de violencia psíquica, física o moral y prescribe, en los establecimientos de reclusión, la prevalencia del respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. Sin embargo, para resolver, en este aspecto el caso concreto, sería necesario determinar mediante reflexiones de carácter fisiológico y hasta sicológico si la medida acusada constituye una tortura o un irrespeto a la dignidad humana o alguna forma de violencia psíquica, física o moral; o si por el contrario, es consecuente con los motivos y los fines del estado de emergencia penitenciaria y carcelaria señalados en el artículo 168 de la Ley 65 de 1993. Tampoco observa la Sala la violación flagrante del artículo 123 de la Ley 65 de 1993 por parte del artículo 7o. del acto acusado; pues si bien es cierto aquella, en el artículo citado como violado, al establecer de manera general, que bien pudiera entenderse, dentro de la normalidad, las sanciones para las faltas graves, entre las cuales señala la del aislamiento en celda hasta por sesenta días con derecho a dos horas de sol diarias, no lo es menos que la misma ley en su artículo 168, inciso tercero, en los estados de emergencia penitenciaria y carcelaria, autoriza al Director General de INPEC para tomar las medidas necesarias, entre otras, el aislamiento, para superar hechos que perturben o amenacen perturbar grave o inminentemente el orden y la seguridad penitenciaria y carcelaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3339. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: PERSONERO DE MEDELLÍN.

El señor Personero de Medellín, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de la Corporación la nulidad de la Resolución No. 1157 del 6 de marzo de 1995, "por medio de la cual se dictan medidas especiales durante el Estado de Emergencia Penitenciario y Carcelario", dictada por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-.

Se solicita así mismo, la suspensión provisional de los artículos 2 y 7 del acto acusado.

Como quiera que la demanda reúne los requisitos de ley debe aceptarse, tal como se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Como ya se expresó, el actor impetra la suspensión provisional de los artículos 2 y 7 de la Resolución 1157 de marzo 6 de 1995 "al ser manifiesta, ostensible y prístina la violación de los artículos 2, 5, 12, 20, 29 y 44 de la Constitución Nacional y los artículos 5 y 123 de la Ley 65 de 1993, para cuyo efecto basta el simple cotejo o comparación de sus textos".

LA SALA CONSIDERA

Teniendo en cuenta que en la solicitud de la medida cautelar, el actor, aparte de lo expresado en el párrafo anterior, no da ninguna otra explicación sobre el concepto de la violación, la Sala resolverá sobre la petición en la medida en que la infracción resulte ostensible y manifiesta de la sola comparación entre las normas acusadas y las citadas como violadas en la petición.

Se acusa el artículo 2o. de la Resolución 1157, en cuanto "en los días de visitas de familiares y amigos sólo se permitirá el ingreso de 2 personas por cada interno" y "con respecto a la visita de abogados su duración se limitará a una hora y en lo posible se hará a través de cubículos".

Y se impugna el artículo 7o., en la medida en que "señala que el director del establecimiento de reclusión, para mantener la seguridad interna podrá ordenar el aislamiento hasta por el término de duración de la emergencia penitenciaria y carcelaria, con derecho a una hora diaria de sol".

Consultando el texto de la demanda, observa la Sala que el actor, al formular el cargo contra el artículo 2o. de la Resolución 1157 considera abiertamente vulnerado "el derecho fundamental que tienen los niños, hijos de quienes se encuentran privados de la libertad, a tener una familia, principio consagrado en el artículo 44 de la Constitución Nacional".

También, dentro de la censura contra el mismo artículo 2o., y en lo que respecta a la visita de los abogados, estima que su restricción a una hora, viola el derecho de defensa y el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, "toda vez que para que exista un proceso propio de un estado de derecho es esencial que el inculpado pueda tomar posición frente a los cargos formulados en su contra con miras a garantizar que la defensa judicial sea efectiva".

El artículo 44 de la Carta Política reza:

> "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener

una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

"La familia, la sociedad y el estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".

El artículo 29 de la Carta Magna dice:

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

"En materia penal, la ley permisiva o favorable,aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

"Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento;a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se aleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho".

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

La Sala por el momento no observa la violación flagrante, manifiesta y ostensible de los ordenamientos constitucionales pretranscritos, por parte del artículo 2o. del acto enjuiciado, en virtud de las siguientes apreciaciones:

No se puede afirmar con propiedad que con la medida de permitir, en los días de visitas de familiares y amigos, solo el ingreso de 2 personas por cada interno, se esté violando en forma abierta y directa el derecho del niño a tener una familia, por cuanto no se está prohibiendo o eliminando la visita ni la comunicación de los hijos respecto al padre interno, sino restringiéndola en la medida en que el director del INPEC, previamente autorizado por normas legales, lo considera conveniente para el cumplimiento del Plan de Emergencia Penitenciario y Carcelario.

No aparece claro que con la restricción del número de los visitantes al recluso se afecte en sus hijos los derechos que éstos tienen a la vida, la integridad física, la alimentación, el cuidado, el amor, la educación, etc., no solamente por la falta de relación entre la medida acusada y los derechos consagrados en favor de los niños en la norma citada como infringida, sino también por la imposibilidad física del padre interno para asistir y proteger a sus hijos y garantizarles el desarrollo armónico e integral de sus derechos.

Tampoco observa la Sala que al restringirse a una hora la visita del abogado , se desconozca el derecho de defensa del interno, porque no se prohibe ni se elimina la comunicación entre ellos, ni se le priva al sindicado del derecho a estar asistido por un abogado, ni del tiempo ni de los medios adecuados para la preparación y orientación de la defensa.

Lo anterior sin perjuicio de que el tiempo contemplado en la disposición censurada pueda resultar suficiente para los efectos pretendidos en el artículo 29 de la Carta Política.

Respecto del artículo 7o. de la Resolución 1157 se dice en el libelo demandatorio que al facultarse al Director del establecimiento de reclusión, para ordenar el aislamiento hasta por el término de duración de la emergencia penitenciaria y carcelaria, con derecho a una hora diaria de sol, se violan los artículos 12 de la Constitución Nacional y 5o. de la Ley 65 de 1993, que dicen respectivamente:

Artículo 12 de la C.N.:

> "Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes".

Artículo 5o. de la Ley 65 de 1993:

> "En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia psíquica, física o moral".

La norma constitucional que se acaba de transcribir prohibe terminantemente las torturas y los tratos crueles e inhumanos a toda persona incluyendo, desde luego dentro de tal concepto, a quienes están privados de la libertad.

Y, el artículo 5o. de la Ley 65 de 1993 prohibe toda forma de violencia psíquica, física o moral y prescribe, en los establecimientos de reclusión, la prevalencia del respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos.

Sin embargo, para resolver, en este aspecto el caso concreto, sería necesario determinar mediante reflexiones de carácter fisiológico y hasta sicológico si la medida acusada constituye una tortura o un irrespeto a la dignidad humana o alguna forma de

violencia psíquica, física o moral; o si por el contrario, es consecuente con los motivos y los fines del estado de emergencia penitenciaria y carcelaria señalados en el artículo 168 de la Ley 65 de 1993, que en lo pertinente dice:

> "ARTÍCULO 168. Estados de emergencia penitenciaria y carcelaria. El Director General de INPEC, previo concepto favorable del Ministro de Justicia y del derecho, podrá decretar el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria, en todos los centros de reclusión nacional, en algunos o alguno de ellos, en los siguientes casos:
>
> a) Cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar grave o inminentemente el orden y la seguridad penitenciaria y carcelaria;
>
> b) Cuando sobrevengan graves situaciones de orden sanitario que expongan al contagio al personal del centro de reclusión o que sus condiciones higiénicas no permitan la convivencia en el lugar, o cuando acaezcan o se adviertan graves indicios de calamidad pública".

Tampoco observa la Sala la violación flagrante del artículo 123 de la Ley 65 de 1993 por parte del artículo 7o. del acto acusado; pues si bien es cierto aquella, en el artículo citado como violado, al establecer de manera general, que bien pudiera entenderse, dentro de la normalidad, las sanciones para las faltas graves, entre las cuales señala la del aislamiento en celda hasta por sesenta días con derecho a dos horas de sol diarias, no lo es menos que la misma ley en su artículo 168, inciso tercero, en los estados de emergencia penitenciaria, autoriza al Director General de INPEC para tomar las medidas necesarias, entre otras, el aislamiento, para superar hechos que perturben o amenacen perturbar grave o inminentemente el orden y la seguridad penitenciaria y carcelaria.

Ahora como una circunstancia que hace menos posible la suspensión provisional de las dos normas acusadas, debe tenerse en cuenta que, como ya se expresó, el acto que ahora se impugna se dictó como una medida especial del estado de emergencia penitenciaria y carcelaria, durante el cual, de conformidad con lo dispuesto en el ya citado artículo 168 de la ley 65 de 1993, el Director General del INPEC, puede adoptar todas las medidas necesarias con el fin de superar la situación que dio lugar a él.

En relación con los artículos 2o. y 5o. de la Carta Política también citados como violados por parte de los actos cuya suspensión provisional se solicita, hecha la correspondiente comparación de ellos, observa la Sala que no se da tal violación, pues si bien es cierto que en el artículo 2o. del ordenamiento constitucional se consagra como uno de los fines del Estado "...garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución..." y uno de los objetivos de las autoridades proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus derechos y libertades; y en el artículo 5o. se establece la primacía de los derechos inalienables de la persona, no aparece claro, a primera vista, que tales derechos y libertades concretados en la solicitud de la medida cautelar, estén siendo desconocidos palmariamente con la restricción del

número de visitantes al interno y del tiempo de visita del abogado, ni con la imposición de la sanción de que tratan los actos impugnados, dictados, como ya se dijo dentro de un estado de emergencia penitenciaria y carcelaria, autorizado y reglamentado por la ley.

Finalmente, y en lo que dice relación con el artículo 20 de la Constitución Política, de la comparación que de él se hace con los actos demandados se observa que no existe entre ellos relación alguna, si en cuenta se tiene que mientras aquel trata de la garantía de la libertad de expresión, de pensamiento, de informar y ser informado y de fundar medios masivos de comunicación, éstos se refieren a medidas relacionadas con otros derechos.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. ADMITIR la demanda de nulidad instaurada por el Personero de Medellín, contra la Resolución No. 1157 de 6 de marzo de 1995, expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-. Para su trámite, se dispone:

a) Notifíquese al señor Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A. Entréguesele copia de la demanda y sus anexos.

b) Notifíquese personalmente al señor Procurador Delegado ante esta Corporación.

c) El actor deberá depositar, en el término de cinco (5) días, la suma de CINCO MIL PESOS ($5.000.oo) M/cte., para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

d) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada y demás intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y pedir pruebas.

e) Por Secretaría, solicítese al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- el envío, en el término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos de la Resolución acusada.

2o. DENEGAR la solicitud de suspención provisional de los actos acusados.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 1o. de junio de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE/GOBIERNO NACIONAL - Facultades/ **POTESTAD REGLAMENTARIA/REPOSICIÓN DE VEHÍCULOS/PARQUE AUTOMOTOR/COMPETENCIA**

El espíritu de la ley 105 de 1993 en la norma objeto de reglamentación es claro en cuanto a que debe haber un incentivo de las autoridades allí referidas para la reposición de los vehículos y que se puede suspender transitoriamente el ingreso de vehículos nuevos al servicio público de transporte de pasajeros de acuerdo con las necesidades de la localidad, supeditando la entrada de un vehículo nuevo al retiro del servicio público de uno que deba ser transformado o haya cumplido el máximo de su vida útil. Si bien es cierto que la citada ley no dice nada acerca de cuáles son las autoridades competentes del orden metropolitano, distrital o municipal, no lo es menos que precisamente esta es la labor que le corresponde al reglamento para hacer expedida la ley, de hacer explícito lo que está implícito en élla, en orden a su cabal ejecución y cumplimiento, y ello en manera alguna implica la consagración de nuevos requisitos diferentes a los contemplados en aquella Carta Política, es atribución de los Alcaldes cumplir y hacer cumplir, entre otras normas, la ley, y asegurar la prestación de los servicios públicos.

SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE/REPOSICIÓN DE VEHÍCULOS/ PARQUE AUTOMOTOR/MINISTERIO DE TRANSPORTE/COMPETENCIA

La Ley 105 de 1993 en el inciso 1o. del art. 6o., en los parágrafos 1o. 2o. y 3o. *ibídem* y en el parágrafo 1o. del art. 7o., señala al Ministerio de Transporte como la autoridad encargada de exigir la reposición del parque automotor, garantizando que se sustituyan por nuevos los vehículos que hayan cumplido

su ciclo de vida útil; para definir, reglamentar y fijar los requisitos para la transformación de vehículos; para establecer los plazos y condiciones para la reposición de vehículos; y para vigilar, en asocio con las autoridades territoriales competentes, los programas de reposición.

SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE/CONCEJO DISTRITAL-Funciones/ **ALCALDE MAYOR**-Funciones

Del texto de las normas enjuiciadas no se deduce que se esté asignando a las autoridades del orden metropolitano, distrital o municipal la función de dictar normas sobre tránsito y transporte, sino de ejecutar las medidas que previamente el legislador ha adoptado, como son en este caso, las de reposición de vehículos, lo cual armoniza con lo dispuesto en los numerales 1o. y 3o. del artículo 38 del decreto 1421 de 1993, que le impone al Alcalde Mayor la obligación de hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del Gobierno Nacional y los acuerdos del Concejo y dirigir la acción administrativa y asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los sevicios a cargo del Distrito.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3057. Acción: Nulidad. Actor: ÁLVARO RAFAEL AGUILAR BOLAÑO.

El ciudadano y abogado ALVARO RAFAEL AGUILAR BOLAÑO, 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 del Decreto Reglamentario No 1916 del 5 de agosto de 1994, "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 105 de 1993", expedido por el Gobierno Nacional.

I.- CAUSA PETENDI

En apoyo de sus pretenciones el actor adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1o): El Decreto acusado viola el artículo 150, numeral 1o. de la Constitución Política, puesto que está interpretando y reformando el inciso 2o. del artículo 6o. de la Ley 105 de 1993, al indicar unas autoridades (alcaldes metropolitanos, distritales y municipales) que dicha ley no determinó, dado que esta función legislativa es del resorte del Congreso Nacional. En consecuencia, la determinación específica de estas autoridades que hizo el Decreto demandado, solamente se puede hacer mediante una ley.

2o): También es violatorio del ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política, por cuanto el Presidente de la República extendió el ámbito de la potestad reglamentaria

al determinar en el artículo 1o. del Decreto acusado que las autoridades competentes son los Alcaldes, cuando precisamente la Ley 105 de 1993 no las especificó porque en varios municipios del país dichas autoridades competentes son los Secretarios o Directores de Tránsito y en el caso de Santa Fe de Bogotá, D.C., es el Concejo Distrital, tal como lo consagra el numeral 19 del artículo 12 del Decreto No. 1421 de 1993.

Igual situación sucede con el artículo 3o. del Decreto acusado, al consagrar la exigencia que para la determinación de las necesidades que sirvan de soporte para suspender transitoriamente el ingreso de vehículos nuevos al servicio público de pasajeros en los municipios, los Alcaldes deben solicitar asesoría técnica al Ministerio de Transporte, requisito que no establece el inciso 2o. del artículo 6o. de la Ley 105 en referencia.

3o): Viola igualmente el artículo 365 de la Carta Política, el cual establece que el régimen jurídico de los servicios públicos debe estar sometido a la ley y siendo el transporte urbano un servicio público, su regulación no se puede efectuar por un Decreto Reglamentario, como lo es el acusado, sino a través de una ley.

4o.): Hay violación manifiesta del numeral 19 del artículo 12 del Decreto No. 1421 de 1993, por cuanto la autoridad competente para suspender transitoriamente el ingreso de vehículos nuevos al servicio público de transporte de pasajeros, de acuerdo con las necesidades de su localidad, contenido en el inciso 2o. del artículo 6o. de la Ley 105 de 1993 en Santa Fe de Bogotá es el Concejo Distrital y no el Alcalde Mayor.

El Decreto acusado en sus artículos 1o. y 2o. está modificando o subrogando el numeral 19 del artículo 12 del citado Decreto 1421, el cual, al ser dictado con base en el artículo transitorio 41, tiene el carácter de ley y solo puede ser modificado o reformado a través de una norma de igual categoría.

5o): También hay transgresión del artículo 38 del Decreto No. 1421 de 1993, puesto que el Decreto acusado le está asignando nuevas funciones al Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá D.C., que le corresponden por mandato de la Ley al Concejo Distrital, tal como se consigna en el punto anterior.

II. - TRÁMITE DE LA ACCIÓN

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, alegaciones y concepto de la Agente del Ministerio Público.

II.1. - LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación –Ministerio de Transporte–, por medio de apoderado, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones y para el efecto adujo, principalmente, lo siguiente:

Si no fuera porque la misma Ley 105 de 30 de Diciembre de 1993, orgánica del transporte en Colombia, señala de manera taxativa los principios fundamentales sobre los cuales descansa dicha actividad, se podría pensar en el pretendido rebasamiento o desbordamiento de la potestad reglamentaria de que está investido el Presidente de la República, que es el argumento esgrimido por el actor para solicitar la nulidad del Decreto acusado.

En efecto, para cumplir con los altos fines determinados en el artículo 2o. literal b) de la citada Ley, el Presidente de la República con su Ministro de Transporte expidió el Decreto demandado, que si se analiza detenidamente y por virtud de los principios allí señalados, está muy lejos de rebasar como se dice en la demanda la potestad reglamentaria propia del Jefe de Estado.

Es más, con el Decreto simplemente se está acomodando la Ley 105 de 1993 para que sea viable y aplicable, señalando cuáles son las autoridades competentes para efectos de lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 6o. de dicha Ley. No se está apartando el Gobierno ni de la esencia, ni de los mandatos de ella, antes por el contrario, le está dando vida en aras de su aplicabilidad.

En sentencia de 11 de septiembre de 1969 del Consejo de Estado, que cobra validez en el caso que nos ocupa, se afirmó:

> "El Decreto Reglamentario debe limitarse a dar vida práctica a la Ley que tiende a desarrollar. La razón del decreto es la necesidad de hacer eficaz, activa y plenamente operante la norma de derecho superior, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la misma administración y de los particulares. Todo aquello que lógica y necesariamente esté contenido en la Ley debe desarrollarlo de manera detallada comprensiva el Decreto Reglamentario. Pero nada más que eso.
>
> La potestad reglamentaria debe respetar la letra y el espíritu de la Ley, aunque a primera vista resulta difícil precisar hasta donde llega la facultad del legislador para que empiece la del reglamento, esa dificultad desaparece si se tiene en cuenta conforme a nuestra legislación, los fines de la Ley y el carácter de la función reglamentaria, que es ejecutiva y administrativa. La Ley sienta los principios básicos, las normas fundamentales y los lineamientos esenciales de una cuestión y el reglamento establece las medidas necesarias para que el cumplimiento del mandato legislativo opere sin apartarse de su esencia, ni de su espíritu".

No se vislumbra en la demanda que se den las violaciones de los artículos 150, 189 ordinal 11 y 365 de la Constitución Política, 12 numeral 19 y 38 del Decreto No. 1421 de 1993.

Por lo tanto, el Decreto cuya nulidad se demanda no se apartó de la Ley que reglamenta en cuanto se refiere a su espíritu y esencia.

III. - CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Décima Delegada ante esta Corporación en su vista de fondo se muestra partidaria que se denieguen las súplicas de la demanda, porque al expedir el Decreto acusado y determinar los efectos del inciso 2o. del artículo 6o. de la Ley 105 de 1993, las autoridades competentes lo eran los respectivos Alcaldes , lo que hizo el Presidente de la República no fue cosa diferente de la de expedir, con base en la facultad reglamentaria otorgada en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, una norma cuya finalidad es dar vida al texto normativo, precisar lo que dicha Ley consagró como "autoridades competentes"; y esa precisión que hizo el Decreto no significa asignar una nueva función a los Alcaldes, ni interpretar ni reformar la Ley.

Si se hubiera indicado en la Ley, en forma clara y precisa las autoridades a las cuales les asignaba la competencia, el reglamento carecería de oficio, no habría necesidad de reglamentar y entonces éste sería una reiteración de lo establecido por el Legislador.

Siendo como es que el Legislador no explicitó la autoridad competente que se encargaría de ejecutar los planes de incentivación de reposición de vehículos automotores, resulta contradictoria la afirmación del actor de que la competencia está en el Concejo Distrital, dado que si éste tiene competencia para dictar normas sobre tránsito y transporte (numeral 19 del artículo 12 del Decreto No.1421 de 1993), esta facultad debe entenderse como las normas propias e inherentes asignadas por la Constitución y la Ley al Concejo y no a normas de ejecución que por esencia le corresponden al Ejecutivo Distrital (inciso 2o . del artículo 6o. de la Ley 105 de 1993), y no excluye ni resulta incompatible con la función encomendada al Alcalde.

El actor también confunde lo público a que alude el artículo 365 de la Constitución Política, dado que cuando la norma se refiere a lo público, hace relación a quienes se dirige o vá dirigido el servicio. En el Decreto acusado no se está legislando sobre el servicio público en sí mismo considerado, sino que se trata de medidas dirigidas a quienes como particulares, están prestando el servicio; lo que lleva a concluír que son medidas que el Gobierno debe dictar en ejercicio del poder de policia y de la dirección de la acción administrativa.

En fin, el Presidente de la República en ejercicio de la facultad del artículo 189 numeral 11 de la Carta Política explicitó en forma concreta, como no lo hizo la Ley, cual era la autoridad competente para efectos de desarrollar las políticas de incentivación de reposición de vehículos automotores destinados al servicio público de transporte de pasajeros.

LV. - CONSIDERACIONES DE LA SALA

Reza el acto acusado:

> "...Artículo 1o. Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 6o. de la Ley 105 de 1993, son autoridades competentes los alcaldes metropolitanos, distritales y decisión correspondiente de acuerdo con los estudios técnicos del caso.

Artículo 2o. Las normas que con base en este Decreto expidan los alcaldes son explicables al transporte público urbano de pasajeros.

Artículo 3o. Para la determinación de las necesidades de que trata el inciso 2o. del artículo 6o. de la Ley 105 de 1993, el Ministerio de Transporte prestará la asesoría técnica que soliciten los alcaldes...".

Estatuye el inciso 2o. del artículo 6o. de la Ley 105 de 1993:

"Las autoridades competentes del orden metropolitano, distrital y municipal, podrán incentivar la reposición de los vehículos, mediante el establecimiento de los niveles de servicio diferentes al corriente, que serán prestados con vehículos provenientes de la reposición. Así mismo podrán suspender transitoriamente el ingreso de vehículos nuevos al servicio público de transporte de pasajeros, de acuerdo con las necesidades de su localidad, supeditando la entrada de un vehículo nuevo al retiro del servicio público de uno que deba ser transformado o haya cumplido el máximo de su vida útil. Para la fijación de tarifas calcularán los costos del transporte metropolitano y/o urbano incluyendo el rubro de "recuperación de capital", de acuerdo con los parámetros que establezca el Ministerio de Transporte".

El punto central de la controversia gira en torno del señalamiento que hace el acto acusado de cuáles son las autoridades competentes del orden metropolitano, distrital y municipal, y a quién corresponde asesorar a tales autoridades en la determinación de las necesidades de la localidad en materia de la reposición de vehículos, a que se contrae el texto legal antes transcrito.

En lo concerniente a los cargos de violación de los artículos 150 numeral 1o., 189 numeral 11 y 365 de la Carta Política, como lo advirtió la Sala al pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional, y ahora lo reitera, no se observa su transgresión por parte del acto acusado ya que el espíritu de la Ley 105 de1993 en la norma objeto de reglamentación es claro en cuanto a que debe haber un incentivo de las autoridades allí referidas para la reposición de los vehículos y que se puede suspender transitoriamente el ingreso de vehículos nuevos al servicio público de transporte de pasajeros de acuerdo con las necesidades de la localidad, supeditando la entrada de un vehículo nuevo al retiro del servicio público de uno que debe ser transformado o haya cumplido el máximo de su vida útil.

Si bien es cierto que la citada Ley no dice nada acerca de cuáles son las autoridades competentes del orden metropolitano, distrital o municipal, no lo es menos que precisamente esta es la labor que le corresponde al reglamento para hacer expedita la ley, de hacer explícito lo que está implícito en ella, en orden a su cabal ejecución y cumplimiento, y ello en manera alguna implica la consagración de nuevos requisitos diferentes a los contemplados en aquella pues, como ya se dijo, del texto de la misma se infiere que existen algunas autoridades de dichas órdenes encargadas de incentivar

la reposición de vehículos y constituyendo los Alcaldes en estos órdenes la máxima autoridad en su jurisdicción, no puede resultar ajena a su función la ejecución de las medidas legales que en materia de tránsito y transporte puedan afectar a su localidad. Además, por mandato del artículo 315, en sus numerales 1o. y 3o. de la Carta Política, es atribución de los Alcaldes cumplir y hacer cumplir, entre otras normas, la ley, y asegurar la prestación de los servicios públicos.

Se trata pues de indicar a qué autoridades les corresponde ejecutar unas medidas previamente adoptadas por el legislador y no, como lo sugiere el actor, de regular el régimen jurídico de los servicios públicos.

De otra parte, en cuanto a la indicación del Ministerio de Transporte como autoridad encargada de asesorar a los Alcaldes del orden metropolitano, distrital y municipal para detrminar las necesidades de la localidad en materia de reposición de vehículos, que se hace en el artículo 3o. del Decreto acusado, tampoco observa la Sala que tal regulación sea violatoria de las normas constitucionales antes mencionadas pues la Ley 105 de 1993 en el inciso 1o. del artículo 6o., en los parágrafos 1o., 2o., y 3o. *ibídem* y en el parágrafo 1o. del artículo 7o., señala al Ministerio de Transporte como la autoridad encargada de exigir la reposición del parque automotor, garantizando que se sustituyan por nuevos los vehículos que hayan cumplido su ciclo de vida útil; para definir, reglamentar y fijar los requisitos para la transformación de vehículos; para establecer los plazos y condiciones para la reposición de vehículos; y para vigilar, , en asocio con las autoridades territoriales competentes, los programas de reposición.

De tal manera que el ejercicio de estas funciones lleva ínsito el de la asesoría a las citadas autoridades para determinar las necesidades de la localidad que ameriten la medida de reposición de vehículos.

Finalmente, en lo que toca con la censura que se le endilga al acto acusado de transgredir el artículo 12 numeral 19 del Decreto 1421 de 1993, que le atribuye al Concejo Distrital de Santa Fe de Bogotá la función de dictar normas sobre tránsito y transporte, para la Sala tampoco tiene vocación de prosperidad ya que del texto de las normas enjuiciadas no se deduce que se esté asignando a las autoridades del orden metropolitano, distrital o municipal la función de dictar normas sobre tránsito y transporte, sino de ajecutar las medidas que previamente el legislador ha adoptado, como son, en este caso, las de reposición de vehículos, lo cual armoniza con lo dispuesto en los numerales lo. y 3o. del artículo 38 del Decreto 1421 de 1993, que le impone al Alcalde Mayor la obligación de hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del Gobierno Nacional y los acuerdos del Consejo y dirigir la acción administrativa y asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a cargo del Distrito.

En conclusión, no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda, y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Concejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrtivo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Devuélvase al actor 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 1o. de junio de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente.

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

CÁMARA DE COMERCIO/ACTO DE REGISTRO MERCANTIL/NOTIFICACIÓN/PUBLICIDAD

Sobre la interpretacion que da el Tribunal al contenido del artículo 44 del Decreto 01 de 1984 en el sentido de que no puede tomarse exegéticamente el texto, que se refiere a que los actos de registro se entenderán notificados una vez se efectúe la anotación, la Sala debe precisar que dicha interpretación puede ser tenida en cuenta para aquéllos actos de registro que carezcan de un medio de publicidad como es el caso de los actos expedidos por la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos y Privados, y no así frente a los actos de registro mercantil, pues las Cámaras de Comercio tienen dentro de sus funciones, de conformidad con el numeral 4o. del artículo 86 del Código de Comercio: "Dar noticia en sus boletines u órganos de publicidad de las inscripciones hechas en el registro mercantil y de toda modificación, cancelación o alteración que se haga en dichas inscripciones", de donde se desprende que los particulares sí tienen un medio de publicidad para enterarse de los actos que en un momento dado puedan afectarlos en materia de registro mercantil.

NOMBRE COMERCIAL/CANCELACIÓN DE MATRÍCULA/ORDEN DE AUTORIDAD COMPETENTE-Inexistencia/**CAFÉ-BAR ENOS.**

El artículo 35 C. Co. impone la obligación de abstenerse de matricular a un comerciante o establecimiento de comercio con el mismo nombre de otro ya inscrito, considerando esta Corporación que en el presente caso no es dable entrar a estudiar si entre los dos nombres inscritos hay elementos diferenciadores como lo consideró la Cámara de Comercio o por el contrario

general confusión como lo sostiene el recurrente. Lo expuesto, porque se tiene que una vez inscrito un comerciante o establecimiento de comercio, de conformidad con el comentado artículo 35, las cámaras de comercio sólo podrán efectuar su cancelación por orden de autoridad competente o a solicitud del titular de la matrícula.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contenciso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3205. Actor: SOCIEDAD ENOS LIMITADA.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 6 de octubre de 1994, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

a).- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

La Sociedad Enos Limitada, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 de C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las Resoluciones Nos. 012 y 020 de 11 de mayo y 10 de julio de 1990 respectivamente, expedidas por el Presidente Ejecutivo de la Cámara de Comercio de Bogotá, así como de la Resolución No. 1887 de 7 de septiembre de 1990, proferida por el Superintendente de Industria y Comercio, y solicitó que como consecuencia de la declaratoria y a título de restablecimiento del derecho, se revoquen los actos administrativos acusados, ordenando la cancelación de la matrícula mercantil No. 229.238, correspondiente al establecimiento de comercio Café Bar Enos, y se condene a las entidades demandadas in genere o según se demuestra en el juicio, a los perjuicios a ella causados.

b.- Los actos acusados.

Son los siguientes:

1o.- La Resolución No. 012 de 11 de mayo de 1990, mediante la cual el Presidente Ejecutivo de la Cámara de Comercio de Bogotá no accede a la solicitud de la cancelación de la matrícula No. 229.238, correspondiente al establecimiento de comercio Café Bar Enos, así como tampoco a la solicitud de abstención por parte de la Cámara de efectuar su renovación.

2o.- La Resolución No. 020 de 10 de julio de 1990, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera de las citadas, confirmándola en todas sus partes.

3o.- La Resolución No. 1887 de 7 de septiembre de 1990, a través de la cual el superintendente de Industria y Comercio resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 012 de 11 de mayo de 1990, confirmándola.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

Primer cargo.- Violación del artículo 35 del Código de Comercio que reza:

> "Artículo 35. Las cámaras de comercio se abstendrán de matricular a un comerciante o establecimiento de comercio con el mismo nombre de otro ya inscrito, mientras éste no sea cancelado por orden de autoridad competente o a solicitud de quien haya obtenido la matrícula...".

La inflexión del verbo abstenerse señala la obligación legal de mantener una conducta negativa ante un determinado hecho. Por lo tanto, cuando las cámaras de comercio matriculan un comerciante o establecimiento de comercio con nombre igual o similar a otro ya inscrito, están violando una prohibición y por lo tanto están contraviniendo la norma legal a que debían sujetarse.

La ilegalidad de la cámara de comercio consistió en haber matriculado el Café Bar Enos, cuando ya existía una matrícula a nombre de la Sociedad Enos Limitada.

Segundo cargo.- Se vulneró el artículo 36 del Código de Comercio, pues éste consagra la facultad que tienen las cámaras de comercio para exigir a un comerciante que acredite sumariamente la veracidad de los datos que señaló en la solicitud de inscripción.

En el presente caso, la Cámara de Comercio de Bogotá no exigió a Ana Cecilia Uribe que acreditara la veracidad de los datos contenidos en la solicitud de inscripción del Café Bar Enos a pesar de las denuncias sobre las irregularidades de dichos datos, para que así aquella acreditase la propiedad sobre el mismo, y de detectarse irregularidaes proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 38 *ibídem.*

Tercer cargo.- Violación del artículo 607 del Código de Comercio que prescribe que se prohibe a terceros el empleo de un nombre comercial o de una marca de productos o de servicios que sea igual o similar a un nombre comercial ya usado para el mismo ramo de negocios.

La Cámara de Comercio de Bogotá está sujeta a la aplicación de dicho artículo por las siguientes razones:

a) Las cámaras de comercio son las que inscriben los establecimientos de comercio y las sociedades, y unos y otros tienen nombres comerciales que hacen parte de los mismos.

b) La norma se refiere a nombres iguales o similares. En los certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá y que obran en los antecedentes administrativos se indica la imposibilidad de inscribir un nombre comercial porque ya está inscrito uno con un nombre igual o similar.

c) En atención a la existencia de elementos diferenciadores, la cámara permite la inscripción de una sociedad o un establecimiento de comercio cuyo nombre en principio podría parecer similar a otro, cuando el ramo de negocios es diferente.

d) El hecho de que una cámara acepte la inscripción de un nombre de un establecimiento de comercio igual al de una sociedad, sólo puede significar una coadyuvancia para que el tercero infrinja la prohibición legal.

De acuerdo con el citado artículo 607, uno de los elementos diferenciadores del nombre es la diferencia en el ramo de negocios, razón por la cual las cámaras deben estudiar tanto el aspecto gramatical como el del ramo de negocios o actividad para determinar dichos elementos.

Cuarto cargo.- Los nombres Café Bar Enos y Sociedad Enos Limitada son exactamente iguales, por lo tanto, la Cámara de Comercio de Bogotá infringió normas legales al permitir la inscripción del primero de los citados.

d.- Las razones de la defensa.

– De la Superintendencia de Industria y Comercio (fls. 134 a 136 del Cdno. Ppal.):

En la contestación de la demanda propone como excepción la de inepta demanda por indebida acumulación de pretenciones, toda vez que el artículo 84 del C.C.A. prescribe que podrá pedirse la nulidad de los actos de registro, y se tiene que la demandante invocó el artículo 85 *ibídem,* que se refiera a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

– De la Cámara de Comercio de Bogotá (fls.153 a 203 del Cdno. Ppal):

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión, propone las siguientes excepciones:

1a. Falta de legitimidad en la causa por pasiva, toda vez que las cámaras de comercio carecen de facultad para representar a la Nación, pues llevan el registro mercantil por delegación expresa del legislador dentro de una competencia reglada por la ley y bajo el control y vigilancia del Estado mismo a través de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2a. No agotamiento de la vía gubernativa en lo referente al acto cuya nulidad como restablecimiento del derecho solicitan pues en el fondo lo que se ataca es el acto administrativo de registro No. 229.238 del 13 de febrero de 1985 el cual no puede escindirse de las resoluciones cuya nulidad solicita.

3a. Caducidad de la acción por cuanto el registro No. 229.238 quedó debidamente ejecutoriado el 20 de febrero de 1985, luego el plazo para instaurar la acción venció el 20 de junio del mismo año.

4a. Improcedencia de la acción propuesta, ya que la demanda se dirige a cuestionar la legalidad del acto administrativo de inscripción o registro, consistente en haber inscrito en el registro público de comercio el establecimiento denominado Café Bar Enos bajo la matrícula No. 229.238, y de conformidad con el último inciso del artículo 84 del C.C.A, contra los actos de registro lo procedente es la acción de nulidad y no la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Entrando al fondo del asunto se tiene que la finalidad primordial del registro es dotar de publicidad los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exige esa formalidad, a fin de hacerles producir efectos frente a terceros. El hecho de ser el registro un medio de publicidad implica que este no es constitutivo de derechos, salvo algunas excepciones legales.

La Cámara de Comercio de Bogotá matriculó el día 13 de febrero de 1985 en el registro mercantil el establecimiento de comercio denominado Café Bar Enos, al cual le correspondió la matrícula No. 229.238 a nombre de la señora Cecilia Uribe Arbeláez, a pesar que desde el 12 de marzo de 1984 figuraba inscrita y matriculada una sociedad con el nombre Enos Limitada, porque dicha compañía desde esa fecha hasta ahora no ha matriculado como de su propiedad establecimiento de comercio alguno que se identifique con la enseña Enos, y a su turno porque al anteponerla a la palabra "Enos" las palabras "Café Bar". Consideró que estos son elementos suficientemente diferenciadores para efectos del registro mercantil, máxime cuando el registro se limita a ser un medio de publicidad, sin que confiera per se la propiedad sobre establecimiento de comercio alguno: dicho registro solo presume –presunción legal– que quien allí figura es el propietario (artículo 32 numeral 2o. Código de Comercio).

El alcance que tanto la jurisprudencia como la doctrina le han dado al artículo 35 del Código de Comercio, el cual considera violado la demandante, es que la palabra "mismo" debe entenderse como la acepción "igual". En consecuencia, las cámaras se limitan a una simple comparación entre el nombre del comerciante o establecimiento de comercio ya inscrito y el que se va a matricular, a fin de que éstos no sean iguales. Hecha esta comparación proceden a matricular al nuevo comerciante o estableciminto sin entrar en más dilaciones o averiguaciones, habida cuenta que se ha entendido que lo buscado con este control no es otra cosa que evitarle confusión al destinatario del producto o servicio. Es por ello que cualquier distintivo que se le agregue al nombre a registrar, así sea un nombre genérico, geográfico, etc., es suficiente para proceder a matricular al nuevo comerciante o estableciminto de comercio.

De la lectura del artículo 35 citado se infiere:

a) Las cámaras de comercio solo deben abstenerse de matricular a un comerciante o establecimiento de comercio con el mismo nombre de otro ya inscrito, cuando es igual al de otro ya registrado.

b) Una vez matriculado un comerciante o un establecimiento de comercio en el registro mercantil, su cancelación sólo procede cuando la solicita quien haya obtenido la matrícula o por orden de autoridad competente.

c) Para efecto de la matrícula de un comerciante o establecimiento de comercio en el registro mercantil, que utilice como parte del nombre el de otro ya matriculado, basta cualquier distintivo.

De otra parte, los derechos sobre el nombre comercial se adquieren por el primer uso, sin necesidad de registro (artículo 603 C.de Co.) y la ley sólo presume propietario del establecimiento de comercio a quien así aparezca en el registro mercantil (artículo 32 *ibídem*), más la sola inscripción no le confiere la titularidad sobre el mismo. Es así como la última parte del citado artículo 32 advierte perentoriamente que "Se presumirá como propietario de establecimiento quien así aparezca en el registro".

Por el hecho de matricular un establecimiento de comercio que se identifique con determinada enseña, no se le causan perjuicios a nadie, pues éstos se causan por quien la use, así no se encuentre matriculado en el registro mercantil dicho establecimiento.

La competencia para dirimir los conflictos que se susciten sobre el nombre comercial, la tienen los jueces Civiles del Circuito de Santa Fe de Bogotá, a través del procedimiento verbal. Tratándose de usurpación su conocimiento corresponde a los jueces penales.

El apoderado de la demanda señala que las cámaras de comercio están sujetas a lo contemplado en el artículo 607 del C. de C. pero se abstiene de mencionar el artículo 309 del mismo ordenamiento que preceptúa que "El perjudicado con el uso de un nombre comercial podrá acudir al juez para impedir tal uso y reclamar indemnización de perjuicios".

En síntesis, son los jueces ordinarios los competentes para dirimir los conflictos sobre nombres comerciales.

En cuanto a que el artículo 35 del Código de Comercio debe interpretarse en armonía con el 607 del mismo ordenamiento, tal afirmación carece de fundamento legal, toda vez que el artículo 35 se encuentra ubicado en el Libro Primero, Título III .- DEL REGISTRO MERCANTIL y la finalidad de la prohibición allí contenida es la de evitarle confusión al destinatario del producto o servicio. La protección del nombre comercial como parte de la propiedad industrial, reglamentada en el Libro Tercero, Título II Sección IV, es competencia de los jueces tanto civiles como penales tal y como se estableció en precedencia.

– De la señora Ana Cecilia Uribe Arbeláez (fls. 144 a 150 del Cdno. Ppal.):

Propone la excepción de caducidad, por cuanto la persona que se vea afectada en sus derechos por un acto de la cámara que matricule a un comerciante con el mismo

nombre de otro ya inscrito, debe interponer los recursos pertinentes a partir de la fecha que se publique en el órgano de la cámara de comercio.

De no interponer los recursos administrativos dentro de los cuatro meses siguientes a su publicación, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca.

También propone la excepción de falta de competencia y jurisdicción del Tribunal Contencioso Administrativo para conocer de una petición de cancelación de una matrícula por la Cámara de Comercio, toda vez que los funcionarios administrativos (en este caso la Cámara de Comercio ejerce funciones administrativas) sólo pueden ejercer la funciones que les señala la ley o el reglamento, no existiendo norma legal alguna que le señale la cancelación de la matrícula de un establecimiento de comercio.

De otra parte, la prohibición del artículo 35 se refiere a matricular un comerciante con el mismo nombre, y aunque no hay acuerdo entre los tratadistas sobre qué debe entenderse por el "mismo", las cámaras de comercio siempre lo han entendido como idéntico nombre, posición que ha sido sostenida en numerosos conceptos.

En cuanto a la violación del artículo 36 del Código de Comercio, se tiene que la facultad allí contenida es discrecional, razón por la cual las cámaras de comercio no están obligadas a verificar los datos suministrados por el comerciante, para efectuar la matrícula.

De otra parte, no puede interpretarse el artículo 35 del Código de Comercio en armonía con el artículo 607 *ibídem*, ya que el primero se refiere a la denominación social y el segundo a algo que es independiente: el nombre comercial. Mal puede entonces violarse una disposición que nada tiene que ver con el problema relacionado con la matrícula de un comerciante individual, toda vez que Enos Limitada es una denominación social y no un nombre comercial.

e. -La actuación surtida.

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 10 de mayo de 1991 se admitió la demanda (fls. 101 y 102 del Cdno. Ppal.).

Mediante proveído de 20 de marzo de 1992 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron la pedidas por las partes (fls. 213 y 214 del Cdno. Ppal.).

Por auto de 7 de abril de 1994 (fl.390 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 (fl. 397 del Cdno. Ppal.) y la Cámara de Comercio de Bogotá (fl. 434 del Cdno.Ppal.) .

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante la sentencia recurrida el Tribunal de origen declaró no probadas las excepciones propuestas y denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 467 a 489 del Cdno. Ppal.):

Para el examen de las excepciones propuestas debe anotarse que los actos aquí demandados son los que no accedieron a la cancelación de la matrícula mercantil No. 229.238, y no el acto de inscripción en el registro mercantil de dicha matrícula.

1.- Frente a las excepciones propuestas por la Cámara de Comercio:

a) Falta de legitimación en la causa por pasiva: No prospera, toda vez que la demanda fue dirigida contra la Cámara de Comercio de Bogotá y la Nación, representada por el Superintendente de Industria y Comercio.

Además de conformidad con el artículo 82 del C.C.A., la jurisdicción contencioso administrativa tiene como objeto, entre otros, el conocimiento de los actos administrativos originados en la actividad de personas privadas que desempeñan funciones administrativas.

Asimismo, el artículo 149 del C.C.A. prescribe que las entidades privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes debidamente acreditados.

El argumento de que la Cámara de Comercio expidió los actos acusados a nombre de la Nación y por voluntad del legislador, no es suficiente para deducir que por tal hecho no puede ostentar la callidad de demandada, pues entonces no tendría razón de ser el precepto del artículo 149 comentado, en cuanto hace a las entidades privadas.

b) Falta de agotamiento de la vía gubernativa : tampoco está llamada a prosperar, ya que los actos administrativos acusados fueron los que no accedieron a la cancelación de la matrícula mercantil No. 229.238 y no el registro mercantil identificado con tal número. Tanto se agotó la vía gubernativa, que se están demandando los actos inicialmente expedidos y el que resolvió el recurso de apelación interpuesto.

c) Caducidad de la acción: Se alega que el 13 de febrero de 1985 la Cámara de Comercio de Bogotá matriculó el establecimiento de comercio Café Bar Enos, razón por la cual y de conformidad con el artículo 44 del Decreto No. 01 de 1984, el acto administrativo de registro quedó notificado el día de la anotación, luego a partir de dicha fecha corria el término para la inteposición de recursos y no habiendo sido impugnada tal decisión, una vez ejecutoriada, corrían los términos de caducidad para la instauración de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Debe insistirse en que el acto demandado no fue el del registro No. 229.238, razón por la cual frente a los actos efectivamente acusados la demanda fue presentada dentro del término que establece el artículo 136 del C.C.A., luego la excepción es rechazada.

Sin embargo, el Tribunal aclara que si bien es cierto el citado artículo 44 prescribe que "...los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día que se efectúe la correspondiente anotación..." también lo es que no se puede interpretar exegéticamente dicho precepto, pues ello implicaría a los particulares la exigencia de acercarse periódicamente a las oficinas que llevan registros públicos para constatar qué novedades se han anotado en los registros que son de su interés, congestionando con ello las oficinas públicas y violando el derecho de defensa cuando el particular interesado no ha sido vinculado a una actuación administrativa que culmina con la inscripción en un registro.

d) Improcedencia de la acción propuesta: Si bien es cierto que los actos de registro en principio atañen a la comunidad pues los mismos dan fe de un hecho que constituye el medio jurídico para realizar una tradición, no es menos cierto que como además crea una situación de carácter particular y concreto que sólo interesa al afectado, puede inpugnarse mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues lo cierto es que su expedición puede conllevar un perjuicio que además genera petición de restablecimiento de un derecho. De todas maneras, aquí no se está demandando el acto de registro. En consecuencia , no prospera esta excepción.

2.- Frente a la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretenciones propuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, se tiene que es básicamente la misma que propuso la Cámara de Comercio y que denominó improcedencia de la acción propuesta, la cual ya fue analizada y por lo tanto se reitera que no prospera.

3.- Frente a las excepciones propuestas por la señora Ana Cecilia Uribe Arbeláez:

a) Caducidad de la acción: ya fue estudiada, no prosperando tampoco esta excepción.

b) Falta de jurisdicción y competencia del Tribunal para conocer de una petición de cancelación de una matrícula de la Cámara de Comercio: Como quiera que los argumentos de esta excepción van dirigidos precisamente al asunto de fondo del debate, pues es el juez administrativo el que debe deducir si para la expedición de los actos cuestionados la Administración fundamentó bien o no su ámbito de funcionamiento, no está llamado a prosperar.

Antes de entrar a analizar el fondo del asunto deben hacerse las siguientes precisiones:

1a.- El día 13 de febrero de 1985, la señora Ana Cecilia Uribe Arbelaéz se inscribió como comerciante en el registro mercantil de la Cámara de Comercio y matriculó el

establecimiento comercial "Café Bar Enos", correspondiéndole la matrícula No. 229.238. Para tal hecho tuvo en cuenta ella que se había celebrado un contrato de promesa de compraventa que tenía por objeto la parte que le correspondía al señor Danilo Conta dentro de la Sociedad Enos.

2a. Entre el señor Danilo Conta y la señora Uribe surgieron discrepancias que terminaron en procesos civiles y penales. Se demandó la resolución del contrato de promesa de compraventa mediante la cual se prometía vender la cuota parte que poseía el señor Conta al señor Herbert Baresch, socios de Enos Ltda., propietaria del establecimiento Café Bar Enos.

3a. El juzgado 8o. Civil del Circuito de Bogotá, declaró la nulidad del contrato de promesa de compraventa celebrado entre Danilo Conta, como prometiente vendedor y Helbert Baresch García, como prometiente comprador.

Sobre la anterior decisión judicial (cuya copia se dice aportó Danilo Conta ante la Cámara de Comercio) se argumenta en los actos acusados que, de una parte, tal decisión no ha surtido ejecutoria, y de otra, que el asunto sigue siendo de conocimiento de la justicia (el de la titularidad del establecimiento de comercio) y se agrega que se espera que la justicia ordinaria decida la titularidad sobre el precitado bien mercantil y según lo ordenado por el Juez competente, la Cámara procederá de conformidad.

En los actos acusados se alude a que según lo preceptúa el artículo 35 del Código de Comercio sólo se puede proceder a la cancelación de una matrícula mercantil de un comerciante o de un establecimiento de comercio, por solicitud de quien la haya obtenido o por orden de autoridad competente.

El argumento presentado por la sociedad actora ante la Cámara de Comercio como sustento de su petición de cancelación de la matrícula No. 229.238 y que se contrae a que ésta al inscribir el establecimiento Café Bar Enos realizó un acto ilegal por cuanto ya existía matriculado otro establecimiento con el mismo nombre, debió ser expuesto como motivo de impugnación del registro de dicha matrícula y en el término oportuno, es decir cuando se enteró del registro No.229.338.

La cámara aduce que no existe sentencia judicial que le ordene la cancelación de la matrícula, pues la que se tuvo como fundamento de la petición no ostentaba la calidad de cosa juzgada para la época de tal petición.

El planteamiento de que el hecho de anular el contrato de promesa de compraventa de las cuotas pertenecientes a Danilo Conta en la Sociedad Café Bar Enos, llevaba consigo implícita la matrícula comercial que se había registrado con base en los derechos de dicho contrato otorga al prominente comprador, es un punto que no se entregó para su exámen a la Administración por cuanto se adujo en los actos acusados que no existía decisión judicial con carácter de ejecutoria para tal momento.

Todas las argumentaciones esbozadas por la parte actora tanto en la etapa de la vía gubernativa como en la procesal han debido ser presentadas dentro del término de ejecutoria del acto administrativo de inscripción, pues si la Cámara de Comercio, desconociendo el artículo 35 del Código de Comercio, matriculó un establecimiento de comercio con el mismo nombre de otro ya inscrito, esto era suficiente para impugnar la matrícula No. 229.238.

De otra parte, en efecto se ha previsto una actuación ante los jueces a fin de proteger el nombre comercial o de solicitar la reparación de los perjuicios derivados de la utilización ilegal de un nombre comercial.

La parte actora no demostró dentro de este proceso que hubiese matriculado un establecimiento de comercio con el mismo nombre, y que de tal circunstancia se hubiesen derivado perjuicios.

Aparece que la Sociedad Enos Ltda. se inscribió como tal obteniendo el registro No. 206410 el 12 de marzo de 1984. De este hecho deriva la parte actora que la Cámara de Comercio no podía inscribir un establecimiento de comercio con el mismo nombre de Enos.

Se aduce que la señora Uribe se hacía pasar por propietaria de dicho establecimiento sin serlo, pero es claro que el artículo 32 numeral 2o. del Código de Comercio consagra la presunción de que quien aparece en el respectivo registro mercantil del establecimiento de comercio es su propietario, no correspondiendo a las cámaras de comercio comprobar previo al registro, tal circunstancia.

Al inscribirse cumplió con lo preceptuado en el artículo 19 en concordancia con el artículo 26 y numeral 9o. del artículo 28, todos los Códigos de Comercio.

El Código de Comercio señala dos registros diferentes: el de los comerciantes como tales y el de los establecimientos de comercio, pudiéndose registrar un comerciante sin que necesariamente registre establecimiento de comercio, tan es así que el artículo 28 del Código de Comercio establece estas dos obligaciones separadamente en los ordinales 1o. y 6o.

Además, el artículo 34 señala los requisitos para el registro ante las cámaras de comercio de la constitución de sociedades comerciales, y en el artículo 32 numeral 2o. se indican los requisitos para la petición de matrícula de un establecimiento de comercio.

Deduce la Sala que la Sociedad Enos Ltda. al momento en que el señor Conta suscribió la promesa de compraventa de su cuota de interés social que poseía en la sociedad, no había matriculado establecimiento de comercio alguno, figurando solo como sociedad: fue a partir de del momento en que hizo entrega material del establecimiento de comercio que solicitó la inscripción de dicho establecimiento ante la Cámara de Comercio, mediante matrícula.

Se aportó copia de las decisiones del Juzgado 8o. Civil del Circuito (fl. 231 y siguientes del Cdno. PPal.) y del Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil, de 10 de junio de 1992 (fl. 242 *ibídem*), que resolvieron declarar nula la promesa de compraventa, ordenando consecuencialmante la restitución de la administración del establecimiento de comercio y de las utilidades producidas por el mismo desde el 28 de marzo de 1984, hasta el día en que se haga el pago, y a Conta, la devolución del dinero que recibió por concepto del contrato.

La ejecutoria de tal decisión fue posterior a los actos demandados, razón por la cual la administración no tuvo como fundamento para la expedición de los mismos tal circunstancia, que deberá ser alegada por el interesado ahora provocando una nueva decisión al respecto si así lo pretende.

De todo lo anterior se concluye:

1o.- No se probó el cargo de violación al artículo 35 del Código de Comercio pues resultaba necesario probar la existencia con anterioridad de un establecimiento de comercio con nombre igual o similar al matriculado bajo el No. 229.238.

2o.- Uno es el registro de una sociedad y otro distinto el de un establecimiento de comercio.

3o.- No se infringió el artículo 36 del Código de Comercio por cuanto los hechos atinentes a la legalidad del Registro No. 229.238 debieron ser esgrimidos dentro del término de ejecutoria de dicho acto de registro. Además, porque tal norma deja un marco de discrecionalidad a las cámaras de comercio, máxime cuando la ley estableció la presunción de propiedad del establecimiento de comercio (numeral 2o. artículo 32 del Código de Comercio).

4o.- Tampoco prospera el cargo de violación del artículo 607 del ordenamiento legal tantas veces citado, pues como quiera que la sociedad Enos Limitada no había inscrito establecimiento de comercio alguno, no se hace necesario entrar a examinar si con la matrícula No. 229.238 se registró un establecimiento de comercio igual o similar a otro ya registrado con anterioridad.

La parte actora no alegó que como consecuencia del fallo judicial que declaró nula la promesa de compraventa a que se ha hecho referencia debía la Cámara de Comercio proceder a la cancelación de la matrícula No. 229.238. En consecuencia, el Tribunal no puede entrar a analizar si dicha cancelación era o no una de las decisiones a adoptar para volver las cosas a su lugar. Además, no se alegó por cuanto la ejecutoria del fallo judicial se produjo con posterioridad a la expedición de los actos acusados.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que bajo la forma de cargos se sintetizan a continuación:

Primer cargo.- La sentencia recurrida viola el derecho fundamental procesal en el sentido de no haber resuelto las pretenciones de la demanda y por lo tanto no existe relación entre éstas y el resultado en ella reflejado.

Segundo cargo.- La sentencia analiza las excepciones, las deshecha y sin embargo le da el triunfo a los excepcionantes.

Tercer cargo.- Uno de los argumentos del Tribunal es que se ha debido demandar el registro No. 229.238, y a su vez esta excepción fue deshechada por el mismo Tribunal bajo el argumento de que se estaba dirimiendo la legalidad de las resoluciones acusadas, lo cual es perfectamente contradictorio. Debe enfatizarse que al resolver esta excepción el Tribunal acertó en su criterio sobre la interpretación de la notificación de actos administrativos como los registros mercantiles, cuando afirmó: "No es menos cierta que dicha norma (Art.44 Decreto 01 de 1984) no debe tomarse en sentido general como que afecta la totalidad de los administrados, pues la práctica enseña que una persona tan solo se entera de la anotación en un registro para cuando se acerca al mismo en busca de una información o para cuando solicita la expedición de una copia del mismo. De lo contrario la interpretación exegética del precepto transcrito y en forma generalizada para todos los eventos conllevaría a la exigencia a los particulares de que en forma periódica se estuviesen acercando a las oficinas que llevan registros públicos para constatar qué novedades se han anotado en los registros que son de su interés, convirtiéndolo con ello, en total congestión de las oficinas públicas y de otra parte en violación del derecho de defensa, para cuando el particular interesado no ha sido vinculado a una actuación que culmina con inscripción en un registro". Es claro que una es la interpretación del tribunal en el desarrollo de la providencia impugnada, y otro completamente contradictorio es su criterio al momento de concluir.

Cuarto cargo.- No es cierto lo que afirma el *a-quo* cuando dice que no se probó la "premisa de existir matriculado con anterioridad a la matrícula No. 229.238 un establecimiento de comercio con nombre igual o similar al ya registrado", pues se probó que existía matriculada la Sociedad Enos Limitada, que había obtenido la matrícula 206.410 desde el 12 de marzo de 1984. Tanto Café Bar Enos como Enos Ltda. se dedicaban a lo mismo y se encontraban en la misma dirección. El error del Tribunal obedece a que interpretó erróneamente el artículo 35 del Código de Comercio, toda vez que éste se refiere no solamente a que las cámaras de comercio se abstendrán de matricular a un establecimiento de comercio, sino también a un comerciante con el mismo nombre, el cual puede ser persona natural o jurídica como es el caso de Enos Ltda.

Quinto cargo.- No es novedad el que los registros de una sociedad y los registros de los establecimientos de comercio son diferentes, pero no por ello dejan de tener relaciones jurídicas que crean consecuencias.

Para efectos del nombre, la ley prohíbe en el artículo 35 del Código de Comercio que un establecimiento de comercio o un comerciante –persona natural o jurídica–, tengan nombres similares o iguales que se presten a confusión.

Sexto cargo.- Por las mismas razones expuestas cuando se analizó la interpretación del contenido del artículo 35 del Código de Comercio (cuarto cargo), se equivoca también el fallador de primera instancia al considerar que como Enos Ltda. no había inscrito establecimiento de comercio, no es necesario examinar la identicidad (sic) de nombres.

Séptimo cargo.- Los perjuicios causados se encuentran demostrados en el expediente y tasados en la sentencia civil. Por lo tanto deben ser actualizados. De considerar el Despacho que no se encuentran cuantificados los perjuicios deberá condenar in genere, fijando los parámetros para que los peritos fijen el valor de la indemnización.

IV. - LA IMPUGNACIÓN DEL RECURSO

La Cámara de Comercio en su alegato de conclusión insiste en que deben declararse probadas las excepciones de falta de agotamiento de la vía gubernativa y caducidad.

Asimismo, reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

V.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Novena Delegada ante esta Corporación, considera al igual que el Tribunal que no hay impedimento procesal o vicios que afecten la relación jurídico procesal para proferir sentencia de fondo.

No se presenta la violación del artículo 35 del Código de Comercio, ya que éste prescribe que las cámaras de comercio solo podrán cancelar una matrícula a solicitud de quien la haya obtenido o por orden de autoridad competente, y como quiera que en el presente caso la matrícula la obtuvo la señora Uribe, los actos acusados se encuentran ajustados a la legalidad.

De otro lado, la Sociedad Enos Limitada al momento del regístro de la matrícula de Café Bar Enos no tenía matriculado establecimiento de comercio alguno, figurando en el registro mercantil solamente la Sociedad Enos Ltda., y los artículos 32 y 34 del Código de Comercio les da tratamientos distintos a unos y a otras, pues se exigen requisitos diferentes para el registro de sus matrículas.

El artículo 607 del Código de Comercio efectivamente prohibe a terceros el empleo de un nombre comercial que sea igual o similar a un nombre comercial ya usado en el mismo ramo de negocios, pero el perjudicado con este hecho según lo dispone el artículo 609 *ibídem,* debe acudir ante la justicia ordinaria para impedir tal uso y reclamar indemnización de perjuicios.

El artículo 36 del Código de Comercio sólo va dirigido al comerciante que solicite su matrícula y no a los establecimientos de comercio, que según lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 32 *ibídem,* tienen que indicar otros requisitos en su petición de matrícula. Esta misma disposición consagra que "...se presumirá como propietario del establecimiento quien así aparezca en el registro", presunción legal que puede desvirtuarse.

La respectiva cámara de comercio de conformidad con el artículo 38 *ibídem,* si advierte falsedad en los datos suministrados para el registro mercantil debe formular denuncia ante el juez competente, sin que deba entrar a cuestionar ni a tomar decisiones sobre la falsedad de tales datos.

Por lo explicado, no prosperan los cargos formulados.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término la Sala se pronuncia sobre la insistencia del apoderado de la Cámara de Comercio de que se tengan por probadas las excepciones de falta de agotamiento de la vía gubernamental y caducidad.

Tal y como lo expuso el fallador de primera instancia, los actos que aquí se demandan son aquellos que se negaron a cancelar la matrícula No. 229.238 correspondiente al establecimiento de comercio Café Bar Enos, y no el acto de registro en sí.

El hecho de que la demandante haya provocado un pronunciamiento de la Administración con la expedición de los actos aquí demandados y con ello pretendido revivir los términos para solicitar la nulidad del Registro No. 229.238, no implica que frente a los actos efectivamente demandados se presente el no agotamiento de la vía gubernativa y la caducidad de la acción, pues es claro que la actora demandó la nulidad tanto de las resoluciones expedidas por la Cámara de Comercio de Bogotá, como de la resolución proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, así como que se encontraba dentro del término para instaurar la presente acción.

Basta lo anterior para considerar que en efecto no se encuentran probadas las excepciones comentadas.

Procede entonces esta Corporación a analizar los cargos formulados por el recurrente:

Frente al primer cargo: Estima el recurrente que la sentencia no resolvió las pretensiones de la demanda y que no existe relación entre éstas y el resultado en aquélla reflejado.

Para la Sala no queda duda que el a quo sí se pronunció frente a las pretensiones de la demandante, en el sentido de que las denegó. Cuestión distinta es que no haya accedido a las mismas como lo pretende el demandante, lo cual como es lógico en manera alguna puede ser considerado como violación al "derecho fundamental procesal", al decir del recurrente, pues de ser cierto que el juzgador siempre debe acceder a las pretenciones solicitadas, no tendría sentido el hacer un estudio de las normas acusadas, cuya violación o no es lo que lleva a que se declare o se deniegue la nulidad de los actos acusados. En consecuencia este cargo es desestimado.

Frente al segundo cargo: Considera la apelante que el hecho de que la sentencia recurrida haya desechado las excepciones propuestas, conlleva a que las pretensiones sean favorables a ella.

El anterior cargo no puede prosperar, toda vez que las excepciones tienen como objetivo el probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretenciones, lo que trae como consecuencia que el fallador no pueda entrar a conocer el fondo del asunto, pero ello no implica que de no encontrarse probada ninguna excepción,las pretenciones de la parte actora deban prosperar, pues se reitera, la prosperidad o no de alguna o algunas de las pretensiones, depende de la violación o no de las normas invocadas por parte de los actos acusados.

Frente al tercer cargo: Señala la recurrente que el Tribunal se contradice al haber desechado la excepción de caducidad y al mismo tiempo argumentar que el acto que se ha debido demandar es el registro No. 229.238.

Frente a los actos aquí demandados como se expuso en precedencia, no ha operado el fenómeno de la caducidad, razón por la cual se declaró no probada dicha dicha excepción.

Ahora bien, el que se afirme que el acto que ha debido demandarse es el Registro No. 229.238, para nada contradice lo anterior, pues independientemente de que la acción frente a este acto se encuentre caducada o no, el pronunciamiento lo hizo el tribunal frente a los actos aquí demandados.

Sobre la interpretación que da el tribunal al contenido del artículo 44 del decreto 01 de 1984 en el sentido de que no puede tomarse exegéticamente el texto, que se refiere a que los actos de registro se entenderán notificados una vez se efectúe la anotación, la Sala debe precisar que dicha interpretación puede ser tenida en cuenta para aquellos actos de registro que carezcan de un medio de publicidad como es el caso de los actos expedidos por la Oficina de Registro de instrumentos Públicos y Privados, y no así frente a los actos de registro mercantil, pues las Cámaras de Comercio tienen dentro de sus funciones, de conformidad con el numeral 4o. del artículo 86 del Código de Comercio: "Dar noticia en sus boletines u órganos de publicidad de las inscripciones hechas en el registro mercantil y de toda modificación, cancelación o alteración que se haga en dichas inscripciones" , de donde se desprende que los particulares sí tienen un medio de publicidad para enterarse de los actos que en un momento dado puedan afectarlos en materia de registro mercantil. Por las anteriores razones el cargo no prospera.

Frente al cuarto y quinto cargos: La apelante señala que si bien es cierto, como lo afirma el tribunal, que los registros de las sociedades y de los establecimientos de comercio son diferentes, no es lo menos que el artículo 35, para efectos del nombre, prohibe que un establecimiento de comercio o un comerciante –sea persona natural o jurídica– tengan nombres similares o iguales que se presten a confusión, razón por la cual no es cierto que no se haya probado que la matrícula de la Sociedad Enos Ltda. se efectuó con anterioridad al registro mercantil No. 229.238 , correspondiente al establecimiento de comercio Café Bar Enos.

Sobre el particular debe decirse que en efecto la parte actora demostró que con anterioridad al Registro No. 229.238, perteneciente a Café Bar Enos, se encontraba matriculada la Sociedad Enos Limitada, pero los actos acusados dentro de sus argumentos señalan de una parte, que la norma en cuestión, esto es, el artículo 35 cuando se refiere al término "mismo" debe entenderse como igual, y de otra parte, que las cámaras de Comercio sólo podrán cancelar un registro cuando medie orden de autoridad competente o autorización del titular del registro.

El artículo 35 del Código de Comercio prescribe:

> "Artículo 35. Las Cámaras de comercio se abstendrán de matricular a un comerciante o establecimiento de comercio con el mismo nombre de otro ya inscrito, mientras éste no sea cancelado por orden de autoridad competente o a solicitud de quien haya obtenido la matrícula...".

No queda duda para la Sala que la norma anterior impone la obligación de abstenerse de matricular a un comerciante o establecimiento de comercio con el mismo nombre de otro ya inscrito, considerando esta Corporación que en el presente caso no es dable entrar a estudiar si entre los dos nombres inscritos hay elementos diferenciadores como lo consideró la Cámara de Comercio o por el contrario generan confusión como lo sostiene el recurrente.

Lo expuesto, porque se tiene que una vez inscrito un comerciante o establecimiento de comercio, de conformidad con el comentado artículo 35, las cámaras de comercio sólo podrán efectuar su cancelación por orden de autoridad competente o solicitud del titular de la matrícula.

En el presente caso se tiene que, de ser cierto que la inscripción del estableciento de comercio Café Bar Enos no debió efectuarse por existir ya matriculada la Sociedad Enos Limitada, lo que debió impugnarse fue el Registro No. 229.238 correspondiente al establecimiento ya mencionado, y ello porque la Cámara de Comercio de Bogotá no podía cancelar dicho registro pues no existía a la fecha de expedición de los actos acusados ni orden de autoridad competente, ni solicitud de la señora Ana Cecilia Uribe Arbeláez, de quien se presumía, de conformidad con el artículo 32 inciso final, que era la propietaria del Café Bar Enos.

Como quiera que lo que pretende la recurrente es que se deje sin efecto el Registro Mercantil No. 229.238 tantas veces mencionado, tal y como lo sostuvo el Tribunal de origen, aquella debió demandar dicho acto y no los que nos ocupan, pues en efecto, éstos en manera alguna no violaron las disposiciones acusadas como tal y, muy por lo contrario. se ajustaron a ellas.

Frente al sexto cargo: El apelante sostiene que el Tribunal sí debió entrar a estudiar la similitud de los nombres en conflicto, toda vez que la razón que dió para no hacerlo se debe a la errada interpretación que le dio al artículo 35 del Código de Comercio, al considerar que como no se había inscrito un establecimiento de comercio con anterioridad al registro No. 229.238, no procedía tal comparación.

Este cargo también será desestimado por las razones arriba expuestas, esto es que no es del caso entrar a analizar si Sociedad Enos Limitada y Café Bar Enos dan lugar a confusión, pues ello sería objeto de análisis si se hubiese demandado el registro No. 229.338.

Frente al séptimo cargo: Afirma la recurrente que los perjuicios si se encuentran demostrados en el expediente y que se hallan tasados en la sentencia proferida por la justicia civil.

Como quiera que no fue desvirtuada la legalidad de los actos aquí demandados, es claro que de ellos no pueden provenir los perjuicios alegados por la demandante, los cuales podrían devenir del Registro No. 229.238, en el evento de haberse demandado, y de haberse demostrado su legalidad.

En todo caso, la Sala aclara que aún en el caso de que se hubiere declarado aquí la nulidad de los actos demandados, de todas maneras no procedría la indemnización de perjuicios, pues la justicia civil ordinaria ya se ocupó de ello y no puede existir doble pago por una misma causa.

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 dela Ley,

FALLA:

Primero.- CONFÍRMASE la sentencia recurrida en apelación , proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 6 de octubre 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 quince de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

RADIODIFUSIÓN SONORA-Servicio Clandestino/**SUSPENSIÓN DEL SERVICIO/DECOMISO**

En lo que atañe al artículo 40 acusado, la Sala reitera lo expresado en la providencia de 20 de enero del presente año en la cual accedió al decreto de suspensión provisional de los efectos de dicha disposición ya que por la forma en que fue redactada resulta evidente que el sentido de la misma es permitir la continuación del funcionamiento de los servicios de radiodifusión comunitaria sonora que han venido prestándose sin sujeción a las disposiciones legales otorgándoles un plazo de 180 días para que soliciten la concesión del servicio que están operando, cuando conforme a los artículos 1o. de la Ley 72 de 1989 y 50 del Decreto 1900, ante la prestación del servicio del mismo y el decomiso de los equipos, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar.

RADIODIFUSIÓN SONORA COMUNITARIA/SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN SONORA/ACTIVIDAD DE TELECOMUNICACIONES-Apoyo Financiero/**AUXILIO**-Diferencias/**RADIODIFUSIÓN SONORA**

El hecho de haber dispuesto esta norma que el servicio comunitario de radiodifusión sonora es un servicio público considerado como actividad de telecomunicaciones no contraviene el artículo 33 de la Ley 80 de 1993, por cuanto si bien es cierto que esta disposición, al referirse a las actividades de telecomunicaciones, expresa que para todos los efectos legales dichas actividades "se asimilan a servicios privados", no lo es menos que en el inciso 4o. de tal disposición estatuyó que para los efectos de dicha ley, la clasificación de los servicios públicos y de las actividades de telecomuni-

caciones sería la establecida en el Decreto Ley 1900 de 1990, Decreto este que en su artículo 4o. definió las telecomunicaciones como un servicio público; además que el parágrafo 1o. del artículo 35 de la mencionada ley expresamente señaló que "el servicio comunitario de radiodifusión sonora, será considerado como actividad de telecomunicaciones..". De tal manera que bien puede afirmarse que dicho servicio es de carácter público y debe ser considerado como actividad de telecomunicaciones, como lo hizo la norma en estudio. Si bien es cierto que todo auxilio o donación puede constituir un apoyo financiero es sinónimo de auxilio o donación porque éste bien puede significar el otorgamiento de créditos, a cómodos plazos o intereses, que en un momento dado contribuya a la adquisición, funcionamiento y mejoramiento de equipos, al no estar el apoyo financiero circunscrito exclusivamente al significado de auxilio o donación se descartan las transgresiones a que alude el actor por parte del artículo 15 acusado. Los programas de radiodifusión comunitaria sonora están orientados a difundir programas de interés social, cultural recreativo, y cívico para propiciar el desarrollo socioeconómico que permita la integración y solidaridad de la ciudadanía, en donde está excluido el ánimo de lucro. Todo ello en armonía con lo dispuesto en el artículo 6o. del Decreto Ley 1900 de 1990, que facultó al Gobierno Nacional para propender porque los grupos de población de menores ingresos económicos residentes en áreas urbanas y rurales marginales o de frontera y, en general, los sectores más débiles o minoritarios de la sociedad puedan acceder a esta clase de servicios para propiciar su desarrollo socioeconómico, la expresión de su cultura y la integración a la vida nacional. Las finalidades y objetivos antes descritos, la ausencia de ánimo de lucro que caracteriza a la radiodifusión sonora comunitaria y la población a la cual van dirigidos los programas, marcan una diferencia sustancial en relación con el servicio de radiodifusión sonora que prestan las entidades distintas de las comunitarias, lo cual impide un mismo tratamiento. Conciente de estas circunstancias el artículo 35 de la Ley 80 de 1993 facultó al Gobierno Nacional para establecer prioridades en el Plan General de Radiodifusión y en el parágrafo 1o. *ibídem,* para disponer los requisitos, condiciones jurídicas, sociales y técnicas, para el servicio comunitario de radiodifusión sonora.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3178. Acción Nulidad. Actor: JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ÁVILA.

El ciudadano y abogado JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ÁVILA, 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 1o., 15, 21, 28, 29, 31, 33, 35 y 40 del Decreto No. 1695 de 3 de agosto de 1994 "por el cual se reglamenta el servicio comunitario de radiodifusión sonora", expedido por el Gobierno Nacional.

I. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Invoca el actor como trnsgredidos por las normas acusadas los artículos 13, 75, 136, 189 numeral 11 y 355 de la Constitución Política.

Hace consistir, en síntesis, los cargos de violación así:

1o. El artículo 1o. del Decreto No. 1695 de 1994 unifica dos aspectos que tienen sentido diferente a como lo expresa el artículo 33 de la Ley 80 de 1993, por cuanto dispone que el servicio comunitario de radiodifusión sonora es un servicio público y lo considera a la vez como actividad de telecomunicaciones violando así el citado artículo 33 que prevé que se entiende como actividad de telecomunicaciones "el establecimiento de una red de telecomunicaciones para uso particular y exclusivo a fín de satisfacer necesidades privadas" y que para todos los efectos legales "se asimila a servicios privados". Por esta razón el Ejecutivo excedió la potestad reglamentaria.

Así mismo el artículo 1o. acusado viola los artículos 13 de la Carta, porque vulnera el principio de igualdad consagrado en dicha norma, y 3o. del Decreto 1901 de 1990, porque el Ministerio no está facultado para prestar asesoría a las entidades a las que se refiere el Decreto.

2o. El artículo 15 acusado permite o autoriza apoyos financieros de "organismos gubernamentales nacionales" desconociendo los artículos 136 numeral 4o. de la Carta Política y 355 *ibídem*, porque en el fondo sería revivir los auxilios o donaciones, violándose también por esta razón el numeral 11 del artículo 189 *ibídem*.

3o. En el artículo 21 inciso 2o. acusado el Ejecutivo excedió la potestad reglamentaria al conceder ventajas a las entidades comunitarias consistentes en la exoración de requisitos que para la transmisión de los programas informativos sí se exigen a las entidades privadas, desconociéndose así la igualdad y oportunidades que deben ser equilibradas para acceder al espectro electromagnético.

4o. El artículo 31 acusado transgrede el artículo 75 de la Carta Política pues este garantiza la igualdad de oportunidades que a todos los ciudadanos les asiste para acceder al espectro electromagnético y prohíbe los monopolios que al respecto puedan presentarse, y la norma acusada está estimulando los monopolios.

El artículo 21 inciso 2o. del Decreto acusado también transgrede el artículo 75 de la Carta Política por cuanto en lo programas de carácter informativo que puede trasmitir el servicio comunitario de radiodifusión exonera a las comunitarias de los requisitos

exigidos en los artículos 37 a 39 del Decreto 1480 de 1994, ventaja esta que desconoce el principio de igualdad en cuanto a las oportunidades que a todas las personas les asiste para acceder al espectro electromagnético.

5o. El artículo 33 acusado viola el artículo 13 de la Constitución Política, habida cuenta que pone en condición privilegiada a las comunidades que prestan el servicio de radiodifusión sonora frente a las privadas, que no reciben asesoría técnica.

6o. Los artículos 28 y 29 acusados violan el artículo 13 de la Carta Política al conceder a las entidades comunitarias dos clases de ventajas en perjuicio de las privadas.

7o. El artículo 35 acusado viola el artículo 13 de la Carta Política, a través de los artículos 103 y siguientes del Decreto 1480 de 1994, pues si este fija tarifas muy superiores para empresas de radiocomunicación privadas, el artículo 35 fija un régimen excesivamente favorable para las empresas comunitarias obligándolas al pago de tarifas irrisorias.

8o. El artículo 40 acusado infringe dirctamente el artículo 13 de la Carta al darle oportunidad a las comunidades organizadas que han venido operando por fuera de la ley para legalizar su situación, cuando los artículos 50 del Decreto 1900 de 1990 y 10o. de la Ley 72 de 1989 las consideran clandestinas y facultan a la policía y a las autoridades militares para decomisarlas.

II-. TRÁMITE DEL PROCESO

Mediante proveído de 20 de enero de 1995 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 40 acusado.

II.1-. La Nación –Ministerio de Comunicaciones–, a través de apoderada contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretenciones adujo, en síntesis, lo siguiente:

1o. El artículo 1o. acusado no viola las normas constitucionales a que alude el actor porque si bien se acepta que el servicio comunitario de radiodifusión sonora es un servicio público sin ánimo de lucro, no se le puede considerar como actividad de telecomunicaciones, porque esta noción no se refiere al servicio, sino al "establecimiento de una red de telecomunicaciones, para uso particular y exclusivo, a fin de satisfacer necesidades privadas de telecomunicaciones".

En el artículo 35 de la Ley 80 de 1993 se define el servicio comunitario de radiodifusión sonora como actividad de telecomunicaciones, entendiéndose como actividad el servicio dirigido a satisfacer necesidades privadas de telecomunicaciones (artículo 33 inciso 1o. *ibidem*), pero de conformidad con la definición contenida en el artículo 29 del Decreto 1900 de 1990, se entiende por servicios de difusión aquellos en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción en forma simultánea, dentro de los cuales está la radiodifusión sonora.

De lo anterior se colige que de instalarse una radiodifusión sonora comunitaria, como una actividad de telecomunicaciones para satisfacer necesidades privadas de esa índole, necesariamente debe estar dirigida a personas previamente definidas y no a la comunidad en general debido a que no se puede afirmar, dada la diversidad cultural, que esa emisora comunitaria, que está dirigida a ser captada libremente, vaya a satisfacer las necesidades privadas de toda la población.

2o. En ningún momento el artículo 15 acusado viola el artículo 136 de la Consitución Política ya que la Rama Legislativa del Poder Público no interviene en ninguna de las actuaciones a que hace relación el Decreto demandado.

Tampoco se vulnera el artículo 355 *ibídem* sino que por el contrario el artículo 15 acusado lo desarrolla ya que esta norma faculta al Gobierno Nacional, Departamental, Distrital y Municipal para celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público.

3o. El artículo 21 acusado no viola el artículo 75 de la Constitución Política ya que la norma resulta saludable y renovadora porque introduce un elemento que desarrolla una parte importante de los postulados de la Carta, como es permitir a la comunidad intervenir de manera directa en la programación deportiva y cultural, con lo cual está estableciendo un criterio de igualdad entre las estaciones que presten el servicio comunitario de radiodifusión sonora y dando cumplimiento al artículo 6o. del Decreto 1900 de 1990.

4o. El artículo 31 acusado no viola el artículo 75 de la Constitución Política, ya que está respetando la igualdad dentro de la categoría de "radiodifusión comunitaria". Cosa diferente es la "radiodifusión sonora". La norma crea categorías, una de ellas, la radiodifusión sonora y otra es el servicio comunitario de radiodifusión sonora y a cada una de ellas les asigna cobertura, características especiales, tarifas diferenciales, objeto social, etc.

5o. El artículo 33 acusado no viola el artículo 13 de la Constitución Política ya que él no es otra cosa que la manifestación del Estado de una de las formas de protección a grupos discriminados o marginados como lo son algunas comunidades organizadas que desarrollan sus actividades dentro del territorio nacional.

6o. Los artículos 28 y 29 acusados no transgreden el artículo 13 de la Carta Política. En efecto, el artículo 28 garantiza la prestación del servicio en todos los municipios, distritos o localidades del país que lo requieran, en virtud de la obligación que tiene el Gobierno Nacional de promover la prestación de los servicios para la integración de todos los sectores a la vida nacional, lo cual guarda estrecha relación con el artículo 1o. de la Constitución.

El artículo 29 se refiere a la facultad que tienen las estaciones del servicio comunitario de radiodifusión sonora de enlazarse entre sí en forma periódica para la difusión de

programación a través de las bandas y frecuencias autorizadas a cada una de ellas, sin que para el efecto se requiera la constitución de cadenas radiales a que se hace alusión el Capítulo VII del Decreto 1480 de 1994, ello porque esta disposición atiende al cumplimiento de una norma de superior jerarquía (inciso 2o. del artículo 6o. del Decreto 1900 de 1990).

La norma acusada no crea diferencias o desigualdades entre iguales, ya que existen categorías que obedecen a suplir necesidades diferentes y persiguen fines distintos.

7o. El artículo 35 acusado no viola el artículo 13 de la Constitución Política ya que el servicio de radiodifusión sonora es diferente del servicio comunitario de radiodifusión sonora.

8o. En cuanto al artículo 40 acusado no viola el artículo 13 de la Constitución Política ya que no está legalizando situaciones de hecho, sino estableciendo un término de 180 días contados a partir de la fecha de publicación del Decreto para que las emisoras que vienen prestando el servicio comunitario de radiodifusión sonora sin sujeción a las normas vigentes soliciten al Ministerio de Comunicaciones la concesión.

II.2-. En la etapa de alegatos de conclusión las partes reiteraron los planteamientos expuestos en la demanda y su contestación.

La Corporación Comunicacíon Alternativa, a través de apoderado, en calidad de impugnante, adujo, en síntesis, lo siguiente:

1o. El artículo 40 del Decreto acusado no transgredió bajo ninguna circunstancia los artículos 10o. de la Ley 72 de 1989 y 50 del Decreto 1900 de 1994.

El Concejo de Estado no tuvo en cuenta para nada el contenido del Decreto 2158 de 19 de septiembre de 1994 que prevé que mientras se cumplan los términos establecidos en los artículos 131 del Decreto 1480 de 13 de junio de 1994 y 40 del Decreto 1695 de 3 de agosto de 1994, y se realicen las licitaciones públicas o se expidan las licencias que con base en ellos sean pertinentes, las emisoras de radiodifusión sonora que vienen operando en el país sin concesión no podrán prestar ese servicio hasta tanto obtengan la correspondiente licencia; y que el incumplimiento de lo anterior dará lugar a la imposición de las sanciones comtempladas en los artículos 10o. de la Ley 72 de 1989, 50 del Decreto 1900 de 1990 y las 126 del Decreto 1480 de 1994.

2o. El ánimo del Decreto 2158 de 1994 fue evitar y solucionar que sigan funcionando emisoras clandestinamente, situación que ignoró de buena fe el Consejo de Estado.

III-. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Décima Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado considera que debe accederse a la declaratoria de nulidad del artículo 40 acusado y despachar desfavorablemente las demás pretensiones de la demanda, por lo siguiente:

1o): Del texto de los artículos 33 y 35 de la Ley 80 de 1993 y 4o., 27, 29 y 34 del Decreto 1900 de 1990 se deduce que el servicio comunitario de radiodifusión sonora es un servicio público y también se considera como actividad de telecomunicaciones.

2o): Con la regulación contenida en el artículo 1o. acusado no se viola el artículo 13 de la Constitución Política ya que es bien sabido que el Estado puede prestar el servicio a través, en este caso, de "comunidades organizadas debidamente constituídas en Colombia" y solamente se faculta al Ministerio de Comunicaciones para otorgar directamente y mediante licencia la correspondiente concesión.

3o): Tampoco el artículo 15 acusado viola los artículos 136 y 355 de la Carta Política porque los apoyos financieros a que se refiere aquel no pueden entenderse como auxilios.

4o): Los artículos 21 inciso 2o., 28, 29, 33 y 35 acusados no violan el artículo 75 de la Constitución Política, porque la radiodifusión comunitaria y la privada tienen fines distintos y no pueden tener un mismo tratamiento por parte del Estado.

5o): Como lo anotó el Consejo de Estado al resolver sobre la solicitud de suspensión provisional, el artículo 40 entró a legalizar la situación de clandestinidad en que se encuentran las comunidades que han venido prestando el servicio comunitario de radiodifusión sonora, por lo cual se transgredió el artículo 189 numeral 11 de la Carta política que amerita la declaratoria de su nulidad.

IV.- LA DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Disponen las normas cuestionadas:

Artículo 1o.

"El servicio comunitario de radiodifusión sonora, es un servicio público sin ánimo de lucro, de ámbito local, considerado como actividad de telecomunicaciones, a cargo del Estado, quien lo prestará de manera indirecta a través de Comunidades Organizadas debidamente constituídas en Colombia. El Ministerio de Comunicaciones otorgará directamente mediante licencia, la correspondiente concesión.

Este servicio podrá prestarse en Amplitud Modulada (A.M.) o en Frecuencia Modulada (F.M.)".

Artículo 15:

"Los concesionarios del servicio comunitario de radiodifusión sonora, deberán invertir en su integridad los recursos que obtenga la emisora por concepto de comercialización de espacios, patrocinios, auspicios, apoyos financieros de

organizaciones internacionales legalmente reconocidas en Colombia u organismos gubernamentales nacionales, en su adecuado funcionamiento, mejoramiento de equipos y de la programación que se transmita a través de ella y en general en inversiones que garanticen la adecuada continuidad en la prestación del servicio y el desarrollo de los objetivos comunitarios".

Artículo 21 inciso 2o.:

"A través del servicio comunitario de radiodifusión sonora, sólo podrán transmitirse programas de carácter informativo que estén directamente relacionados con los fines de este servicio los cuales estarán relevados de la obligación prevista en el artículo 29 del Decreto 1490 de 1994 y de la licencia especial prevista en los artículos 37, 38 y 39 de la misma norma".

Artículo 28:

"El servicio comunitario de radiodifusión sonora, tendrá prioridad en la asignación de frecuencias dentro de la disponiblidad en Amplitud Modulada (A.M.) y Frecuencia Modulada (F.M.), de tal forma que se garantice la prestación de este servicio en todos los municipios, distritos o localidades del país que lo requieran".

Artículo 29:

"Las estaciones del servicio comunitario de radiodifusión sonora, podrán efectuar transmisiones enlazadas entre sí en forma periódica para la difusión de programación a través de las bandas y frecuencias autorizadas a cada uno de ellos, sin que para el efecto se requieran de las cadenas radiales a que se refiere el Capítulo VII del Decreto 1480 de 1994".

Artículo 31:

"El Ministerio de Comunicaciones otorgará las concesiones previo estudio técnico de disponibilidad de frecuencias en las bandas de Amplitud Modulada (A.M.) y Frecuencia Modulada (F.M.), teniendo en cuenta el siguiente criterio:

En cada municipio del país se podrá otorgar licencia máximo a dos (2) emisoras comunitarias en cualquiera de las modalidades, a excepción de los municipios clasificados en la Ley 136 de 1994 como municipios de categoría especial y de primera categoría, a los cuales se les podrá otorgar hasta un máximo de cuatro (4) licencias para prestar el servicio comunitario de radiodifusión sonora, en cualquiera de sus modalidades.

Parágrafo. Para el otorgamiento de la concesión del servicio comunitario de radiodifusión sonora, no se tendrán en cuenta los criterios previstos en el Plan General de radiodifusión sonora, señalados en el Capítulo IX del Decreto 1480 de 1994".

Artículo 33:

"El Ministerio de Comunicaciones prestará asesoría técnica a las comunidades que tengan interés en la prestación del servicio comunitario de radiodifusión sonora para la realización de los estudios respectivos para el establecimiento de la estación y para las eventuales modificaciones a sus características esenciales".

Artículo 35:

"Los concesionarios del servicio comunitario de radiodifusión sonora en Amplitud Modulada (A.M.) y Frecuencia Modulada (F.M.) deberán pagar por los siguientes conceptos:

1. Por la concesión del servicio una vez el Ministerio de Comunicaciones les informe sobre la viabilidad de la misma, o por su prórroga:

(a) Para estaciones en municipios clasificados como de categoría especial o primera categoría dos (2) salarios mínimos legales mensuales;

(b) Para estaciones ubicadas en los demás municipios del país un (1) salario mínimo legal mensual;

2. Por la utilización de la frecuencia autorizada, deberán cancelar en anualidades anticipadas:

(a) Para estaciones en municipios clasificados como de categoría especial o primera categoría una suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual;

(b) Para estaciones ubicadas en los demás municipios una suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales diarios".

Artículo 40:

"Las comunidades organizadas que han venido prestando el servicio comunitario de radiodifusión sonora sin sujección a las disposiciones legales vigentes sobre la materia podrán solicitar al Ministerio de Comunicaciones, dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a la fecha de publicación del presente Decreto, la concesión para prestar el servicio en el municipio o distrito donde han venido operando; para el efecto, el Ministerio de Comunicaciones tendrá en cuenta el estudio de disponibilidad de frecuencias, los criterios y demás requisitos establecidos en el presente Decreto".

En relación con las trasgresiones a que alude el actor por parte del artículo 1o. acusado, la Sala reitera lo expresado en las providencias de 20 de enero y 9 de marzo de 1995, al resolver sobre la solicitud de suspensión provisional, en el sentido de que el hecho de haber dispuesto esta norma que el servicio comunitario de radiodifusión sonora es un servicio público considerado como actividad de telecomunicaciones no contraviene el

artículo 33 de la Ley 80 de 1993, por cuanto si bien es cierto que esta disposición, al referirse a las actividades de telecomunicaciones, expresa que para todos los efectos legales dichas actividades "se asimilan a servicios privados", no lo es menos que en el inciso 4o. de tal disposición estatuyó que para los efectos de dicha Ley, la clasificación de los servicios públicos y de las actividades de telecomunicaciones sería la establecida en el Decreto Ley 1900 de 1990, Decreto este que en su artículo 4o. definió las telecomunicaciones como un servicio público; además que el parágrafo 1o. del artículo 35 de la mencionada Ley expresamente señaló que "el servicio comunitario de radiodifusión sonora, será considerado como actividad de telecomunicaciones..."

De tal manera que bien puede afirmarse que dicho servicio es de carácter público y debe ser considerado como actividad de telecomunicaciones, como lo hizo la norma en estudio.

De otra parte, del contenido del artículo 1o. acusado no se infiere la violación del artículo 13 de la Carta Política pues él se limita a definir el servicio comunitario de radiodifusión sonora, a señalar quién lo puede prestar mediante licencia de concesión, la entidad encargada de otorgarla y las modalidades del mismo. Tampoco se hace en él regulación alguna referente a la facultad del Ministerio de Comunicaciones que presta asesoría a la entidad encargada del servicio.

En lo tocante a la censura que le endilga el actor al artículo 15 acusado, de revivir los auxilios o donaciones prohibidos por los artículos 136 y 355 de la Carta Política, advierte la Sala que si bien es cierto que todo auxilio o donación puede constituír un apoyo financiero que permita desarrollar determinada actividad, no lo es menos que no todo apoyo financiero es sinónimo de auxilio o donación porque éste bien puede significar el otorgamiento de créditos a cómodos plazos o intereses, que en un momento dado contribuya a la adquisición, funcionamiento y mejoramiento de equipos.

Al no estar el apoyo financiero circunscrito exclusivamente al significado de auxilio o donación se descartan las transgresiones a que alude el actor por parte del artículo 15 acusado.

Respecto de los artículos 21 inciso 2o., 28, 29, 31, 33 y 35 acusados el actor aduce la violación de los artículos 13 y 75 de la Constitución Política porque consagran ventajas o privilegios para el servicio de radiodifusión comunitaria respecto de las entidades privadas, en cuanto a exoneración de requisitos para la transmisión de programas, asesoría técnica y tarifas.

Para la Sala los cargos en estudio no tienen vocación de prosperidad ya que, como reiteradamente lo ha precisado esta Corporación en diversos pronunciamientos, para que pueda predicarse la transgresión del principio de igualdad es menester estar en presencia de idénticas situaciones de hecho que permitan reclamar un mismo tratamiento.

En el evento *sub-lite*, según se infiere de los artículos 1o. y 2o. del Decreto acusado, los programas de radiodifusión comunitaria sonora están orientados a difundir programas de interés social, cultural, recreativo, educativo y cívico para propiciar el desarrollo socioeconómico que permita la integración y solidaridad de la ciudadanía, en donde está excluido el ánimo de lucro. Todo ello en armonía con lo dispuesto en el artículo 6o. del Decreto Ley 1900 de 1990, que facultó al Gobierno Nacional para propender porque los grupos de población de menores ingresos económicos residentes en áreas urbanas y rurales marginales o de frontera y, en general, los sectores más debiles o minoritarios de la sociedad puedan acceder a esta clase de servicios para propiciar su desarrollo socioeconómico, la expresión de su cultura y la integración a la vida nacional.

Las finalidades y objetivos antes descritos, la ausencia de ánimo de lucro que caracteriza a la radiodifusión sonora comunitaria y la población a la cual van dirigidos los programas, marcan una diferencia sustancial en relación con el servicio de radiodifusión sonora que prestan las entidades distintas de las comunitarias, lo cual impide reclamar un mismo tratamiento.

Conciente de estas circunstancias el artículo 35 de la Ley 80 de 1993 facultó al Gobierno Nacional para esablecer prioridades en el Plan General de Radiodifusión y en el parágrafo 1o. *ibídem,* para disponer los requisitos, condiciones jurídicas, sociales y técnicas, para el servicio comunitario de radiodifusión sonora.

Finalmente, en lo que atañe al artículo 40 acusado, la Sala reitera lo expresado en la providencia de 20 de enero del presente año en la cual accedió al decreto de suspensión provisional de los efectos de dicha disposición ya que por la forma en que fue redactada resulta evidente que el sentido de la misma es permitir la continuación del funcionamiento de los servicios de radiodifusión comunitaria sonora que han venido prestándose sin sujeción a las disposiciones legales otorgándoles un plazo de 180 días para que soliciten la concesión del servicio que están operando, cuando conforme a los artículos 1o. de la Ley 72 de 1989 y 50 del Decreto 1900 de 1990, ante la prestación del servicio en forma clandestina lo procedente es la suspensión del mismo y el decomiso de los equipos, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar.

Agrega además la Sala que el hecho de que con posterioridad a la expedición del Decreto 1695 de 3 de agosto de 1994, contentivo del artículo 40 acusado, se hubiera aclarado o complementado éste a través del Decreto 2158 de 19 de septiembre de 1994, como lo afirma el apoderado de la impugnante Corporación Comunicación Alternativa, no impide la declaratoria de nulidad de aquél, pues tal declaratoria por afectar al acto desde su nacimiento, cobija precisamente los efectos que hayan podido producirse desde ese momento hasta cuando hayan cesado, en este caso, en virtud de la expedición del último Decreto citado.

Por lo anterior habrá de declararse la nulidad del referido artículo 40, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

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

FALLA:

1o.): **DECLÁRASE** la nulidad del artículo 40 del Decreto 1695 de 3 de agosto de 1994.

2o.): **DENIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

3o.): Reconócese como impugnante a la Corporación Comunicación Alternativa y como su apoderado al abogado Elker Buitrago López, en los términos y para los efectos del poder visible a folio 78.

4o.): Devuélvase al actor la suma de dinero depositada para gastos del proceso por no haber sido utilizada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 30 de junio de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

SECCIÓN SEGUNDA

CARRERA ADMINISTRATIVA-Ingreso/**CARRERA ADMINISTRATIVA**-Estabilidad/**ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEPARTAMENTAL**-Reestructuración/**COMPETENCIA/GOBERNADORES/SUPRESIÓN DE EMPLEOS/ INSUBSISTENCIA**

El tenor de la Ley 27 de 1992 y lo consignado en los párrafos que anteceden, indican que en ningún momento la norma supralegal o la legal han establecido ingreso masivo y automático a la Carrera Administrativa; se expresa sí una política estatal en el sentido de constituir como norma general su instauración. Ahora, el término del año se refiere a un plazo de transición para que los servidores estatales que no quedaron ubicados dentro del régimen de excepción (art. 4o., Ley 27 de 1992 y C.N. art. 125), acrediten el cumplimiento de los requisitos por manual de funciones y ley, para ingresar a la Carrera Administrativa y ante tal evidencia la administración culmine el respectivo proceso administrativo que legalice el ingreso como funcionario de carrera, por lo tanto antes del pronunciamiento oficial de aceptación en la Carrera Administrativa del aspirante, sólo hay una expectativa y no derechos causados de estabilidad relativa. Estas razones llevan a la conclusión de que el demandante, el 26 de marzo de 1993, cuando se profirió el decreto 237 de 1993, mediante el cual se suprimió el cargo, no estaba en Carrera Administrativa ni disfrutaba de estabilidad relativa. Aclarando el punto que antecede, se observa que el Decreto 237 de 1993 (fl. 3 a 5) fue expedido con fundamento en la facultad constitucional otorgada a los gobernadores C.N. art. 305, numeral 7, y el Decreto Departamental Extraordinario No. 0735 de julio 30 de 1990 (fls. 1 a 46 cuaderno anexo No. 3) dentro de la política de modernización y racionalización de las plantas de personal

al servicio del Estado en el nivel departamental. La supresión de empleos está consagrada constitucional y legalmente a nivel nacional y territorial (C.N. art. 189, numeral 14, art. 305 numeral 7o.; Ley 27 de 1992 art. 8o. Decreto 2400 de 1968, art. 25) como facultad del ejecutivo y constituye causal de retiro del servicio; las consecuencias de esta medida frente a cada situación individual, en verdad no son iguales, porque el legislador distingue entre quien no es funcionario de carrera y al que sí está inscrito en ella, en el primer evento llanamente se da la causal de retiro sin consecuencias por estar frente a un funcionario de libre nombramiento y remoción; en tanto que frente a la segunda hipótesis, se está ante el servidor público titular de unos derechos adquiridos, los cuales se sacrifican ante el interés público, pero en aras de no causarle perjuicios se autoriza la indemnización o tratamiento preferencial previstos en el Decreto Ley 2400 de 1968. El análisis consignado muestra que en verdad el acto atacado no quebranta ningún precepto constitucional ni legal, tampoco se probó que la motivación hubiese sido por fines políticos o de otra índole que distorsionaran el principio rector del buen servicio y si bien no se allegó el concepto de Planeación para la reestructuración de la planta de personal, esto obedeció a falta de interés de quien pretendía probar ese tópico.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., junio dos (2) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DIEGO YOUNES MORENO.

Referencia: Expediente No. 10.540. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. Actor: JESÚS HERNÁN LOZANO VILLEGAS.

JESÚS HERNÁN LOZANO VILLEGAS, solicita declare nulo del Decreto No. 592 del 25 de junio de 1993 expedido por el Gobernador del Tolima, y mediante el cual se suprimió el cargo que ejercía el demandante.

Estima que el acto impugnado se profirió con desviación de poder, con vicio oculto y falsa motivación, pues no tendió al mejoramiento del servicio, ni a una real estructuración administrativa, porque se dio fue una extralimitación de las facultades otorgadas por la Asamblea del Tolima, y de otra parte, él pertenecía a la Carrera Administrativa al tenor de lo dispuesto en la Ley 27 de 1992 y sus Decretos Reglamentarios 1223 y 1224 del 29 de junio de 1993.

LA SENTENCIA APELADA:

El *A-quo* consideró que el mandatario seccional obró conforme a la C.N. art. 305 numeral 7o., y por lo tanto no quebrantó principios generales consagrados en el mismo mandato supralegal arts. 53-4-26-13. Señala que de otra parte no se demostraron los

supuestos fácticos que evidencien la desviación de poder en el acto atacado, y la Ley 27 de 1992 no dispuso un ingreso masivo a la Carrera Administrativa; estima que con base en ésta última disposición legal el actor no se encontraba disfrutando de los derechos de la carrera administrativa. Lo anterior para llegar a la conclusión de que el Gobernador no transgresió los preceptos legales de la Ley 27 de 1992.

Finalmente expresa que la pretensión subsidiaria sobre pago de indemnización por supresión del cargo, no es de recibo porque no se indica cuál es la norma transgredida, ni el concepto de violación.

EL RECURSO:

La parte demandante sustenta el recurso de alzada básicamente sobre la discrepancia en la aplicación del principio de qué cuando hay una misma razón debe existir una misma conclusión, C.N., artículo 13, y no entiende cómo frente al plazo del año otorgado por la Ley 27 de 1992 para acreditar los requisitos de ingreso definitivo se les podía declarar insubsistentes y a otros suprimirles el cargo sin indemnización. Estima que ha debido respetarse ese plazo para concursar e ingresar a la carrera y a la vez en los seis meses siguientes expedir el manual de funciones.

CONSIDERACIONES:

Ya la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el caso de la supresión de cargos en el Departamento del Tolima, y la posible estabilidad relativa alegada por el actor, con base en la ley 27 de 1992.

Dijo la Sala en fallo de 3 de abril de 1995, expediente 10715, con ponencia del Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora:

"Del contenido de la sentencia materia de apelación y los argumentos soporte del recurso de alzada, se tiene que el eje central de la controversia lo constituye el dilucidar si la actora estaba en carrera administrativa o no, con estabilidad laboral relativa; al respecto se analiza:

La Carrera Administrativa como presupuesto de garantía y eficacia en el buen servicio administrativo, regula los derechos, deberes, ingreso, permanencia y remoción de los servidores estatales; esta valoración e incorporación de la persona humana en el desarrollo de las tareas de la función pública tiene en la Constitución Nacional de 1991 consagración especial; es así como el artículo 125, dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones allí enunciadas, el inciso tercero de este precepto supralegal dice: "... El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes...".

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

La Ley 27 de 1992, desarrolla el art. 125 de la C.N., su espíritu es el regular la extensión de la Carrera Administrativa, mientras se expiden los nuevos estatutos especiales; otorga un sistema nacional y territorial unificado e indica que por regla general todos los servidores oficiales son de Carrera Administrativa, salvo las excepciones allí previstas; el artículo 22 *ibídem* consagra un ingreso extraordinario sin proceso de selección para empleados del nivel territorial que lleguen a desempeñar cargos de Carrera Administrativa, que de acuerdo con lo nueva ley, podrán ingresar a ella si acreditan dentro del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en manuales o en equivalencias establecidos en los Decretos 583 de 1984, 573 de 1988 y Ley 61 de 1987; quienes no lo acrediten y sigan en servicio pueden solicitar su inscripción, cuando acrediten tales requisitos; quienes no actuaren dentro del referido término quedarán de libre nombramiento y remoción.

El tenor de la Ley 27 de 1992 y lo consignado en los párrafos que anteceden, indican que en ningún momento la norma supralegal o la legal han establecido ingreso masivo y automático a la Carrera Administrativa; se expresa sí una política estatal en el sentido de constituir como norma general su instauración. Ahora, el término del año se refiere a un plazo de transición para que los servidores estatales que no quedaron ubicados dentro del régimen de excepción (art. 4o., Ley 27 de 1992 y C.N. art. 125), acrediten el cumplimiento de los requisitos por manual de funciones y ley, para ingresar a la Carrera Administrativa y ante tal evidencia la administración culmine el respectivo proceso administrativo que legalice el ingreso como funcionario de carrera, por lo tanto antes del pronunciamiento oficial de aceptación en la Carrera Administrativa del aspirante, sólo hay una expectativa y no derechos causados de estabilidad relativa.

Estas razones llevan a la conclusión de que Elsa Leonor Cuartas de Restrepo el 26 de marzo de 1993, cuando se profirió el Decreto 237 de 1993, mediante el cual se suprimió el cargo, no estaba en Carrera Administrativa ni disfrutaba de estabilidad relativa.

Aclarado el punto que antecede, se observa que el Decreto 237 de 1993 (fl. 3 a 5), fue expedido con fundamento en la facultad constitucional otorgada a los gobernadores C.N. art. 305, numeral 7, y el Decreto Departamental Extraordinario No. 0735 de julio 30 de 1990 (fls. 1 a 46 cuaderno anexo No. 3), dentro de la política de modernización y racionalización de las plantas de personal al servicio del Estado en el nivel departamental.

El tercer punto de inconformidad es lo que atañe con el derecho a la igualdad, C.N. art. 13, al respecto se observa; cierto es que el precepto supralegal consagra al derecho de igualdad de las personas ante la ley, pero debe entenderse que es frente a situaciones idénticas.

La supresión de empleos está consagrada constitucional y legalmente a nivel nacional y territorial (C.N. art. 189, numeral 14, art. 305 numeral 7o.; Ley 27 de 1992 art. 8o.,

Decreto 2400 de 1968, art. 25) como facultad del ejecutivo y constituye causal de retiro del servicio; las consecuencias de esta medida frente a cada situación individual, en verdad no son iguales, porque el legislador distingue entre quien no es funcionario de carrera y el que sí está inscrito en ella, en el primer evento llanamente se da la causal de retiro sin consecuencias por estar frente a un funcionario de libre nombramiento y remoción; en tanto que frente a la segunda hipótesis, se está ante el servidor público titular de unos derechos adquiridos, los cuales se sacrifican ante el interés público, pero en aras de no causarle perjuicios se autoriza la indemnización o tratamiento preferencial previstos en el Decreto Ley 2400 de 1968 (Ley 27 de 1992 art. 8o., Decreto 1223 de 1993 art. 1o. y s.s., Decreto Extraordinario Departamental No. 0735 de 1990 art. 10-112-119).

Entonces, como la situación legal de vinculación laboral de los servidores no es igual, ante el fenómeno de la supresión tienen tratamiento diferente, sin que sea valedero invocar de esas circunstancias disímiles el derecho a la igualdad; razón por la cual en el caso materia de estudio la demandante al no estar inscrita en Carrera Administrativa, no tenía los derechos que invoca.

El análisis consignado muestra que en verdad el acto atacado no quebranta ningún precepto constitucional ni legal, tampoco se probó que la motivación hubiese sido por fines políticos o de otra índole que distorsionaran el principio rector del buen servicio y si bien no se allegó el concepto de Planeación para la reestructuración de la planta de personal, esto obedeció a falta de interés de quien pretendía probar ese tópico (cuaderno anexo No. 2, fl. 19), C.P.C. art. 177)."

Por consiguiente, como en el presente caso el actor, no demostró el abuso o la desviación de poder, y tampoco probó su estabilidad en la carrera administrativa, y ella no se deduce de la ley 27 de 1992, no puede prosperar la petición de nulidad del acto demandado, y en tal virtud se confirmará la sentencia apelada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 22 de julio de 1994, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda, en el juicio adelantado por JESÚS HERNÁN LOZANO VILLEGAS contra el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. PUBLÍQUESE en los Anales del Consejo de Estado.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

CARLOS ORJUELA GÓNGORA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

ISS-Reestructuración/ISS-Naturaleza Jurídica/ **EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO**

Hoy y en virtud de las normas que dieron desarrollo al artículo 20 transitorio de la Constitución de 1991, el ISS es una empresa comercial e industrial del Estado, lo que quedó ratificado por la ley 100 de 1993.

ISS/PENSIÓN DE JUBILACIÓN/SUSTITUCIÓN PENSIONAL-Compatibilidad

No existe impedimento para que una persona adquiera prestaciones como afiliado del ISS y simultáneamente como derecho-habiente de otra persona ya fallecida. Las prestaciones de vejez y de sobrevivientes no amparan el mismo riesgo, pues las contingencias son diferentes y ese postulado lo recoge en inciso 2o. del artículo 11 del tantas veces citado decreto 1650 de 1977 que establece que "para determinar las cotizaciones y recaudar los aportes correspondientes, las contingencias de que trata el artículo 3o. de este decreto se agrupan así: "Invalidez, vejez y muerte".

PENSIÓN DE JUBILACIÓN ISS/PENSIÓN DE JUBILACIÓN CAJANAL-Compatibilidad/**TESORO PÚBLICO**-Inexistencia

La pensión que reciba la persona de la Caja Nacional de Previsión Social o de cualquiera otra similar, y la que reclame del ISS; una obedece a servicios prestados al Estado; la otra por haber prestado servicios laborales a otra entidad, a un ente particular llamado patrono o empleador, todo lo cual conduce a indicar que las dos pensiones sean compatibles por cuanto no se

ciones, percibir una pluralidad de asignaciones provenientes del Tesoro Público".

PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES/ENTIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL/INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES

La ley 71 de 1988 en su artículo 7° estableció lo siguiente: "A partir de la vigencia de la presente ley los empleados oficiales y trabajadores que acrediten 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y el Instituto de los Seguros Sociales tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer. El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de ésta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas". Como se observa, se trata de una pensión conformada por aportes provenientes de personas que han laborado consecutivamente al servicio de entidades privadas y de entidades públicas y que sumados den en número de años señalados en la ley. Resulta lógico entonces que no pueda concurrir la mencionada pensión por aportes de que habla la citada Ley 71 de 1988 con las otras pensiones que cubra el ISS.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: DR. ÁLVARO LECOMPTE LUNA.

Referencia: Expedientes Nos. 5708, 5833, 5937 (Acumulados). DECRETOS DEL GOBIERNO. Actores: Luis S. Velásquez Uribe, Erich Guerra Caicedo y Luis Miguel Quiñónes Franco.

Corresponde a la Sala dictar sentencia en los procesos hoy acumulados que se originan en las demandas que, en ejercicio de la acción de nulidad (Art. 84, C.C.A.), han incoado los ciudadanos Luis S. Velásquez Uribe, Luis Miguel Quiñones Franco y Erich Guerra Caicedo, contra el literal b) del art. 49 del acuerdo 049 de 1990 (febrero 1o.) emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, el primero y el segundo de los libelistas, y de la totalidad del mencionado artículo, el tercero de ellos, amen del artículo 1o. del decreto (ejecutivo) 758 de 11 de abril del mismo año, proferido por el Gobierno Nacional, que le impartió aprobación a dicho acuerdo.

I.- DEL CURSO DE LOS PROCESOS

1.- La demanda del ciudadano Velásquez Uribe fue presentada el 2 de abril de 1991; admitida la demanda, se constituyó en parte impugnadora el Instituto de los Seguros

Sociales, el cual oportunamente la contestó y solicitó no decretar la nulidad impetrada con argumentos que se estudiarán en su momento.

2.- Posteriormente el 17 de mayo del mismo año, el ciudadano Guerra Caicedo presentó su libelo, que como se ha señalado, demandó el artículo 49 del acuerdo citado en su totalidad y el correspondiente artículo del decreto aprobatorio.

3.- Por otra parte, el 2 de julio del año en cuestión, el ciudadano Quiñones Franco incoó su demanda y solicitó, a la vez, la suspensión provisional. La Sala admitió la demanda y no accedió a la petición de suspensión provisional mediante auto interlocutorio que más tarde fue confirmado al resolverse el recurso de reposición interpuesto por el actor.

4.- Por auto de 18 de febrero de 1992, el magistrado ponente del expediente No. 5708 dispuso la acumulación de los tres procesos, al encontrarse en ellos que todas las demandas están dirigidas contra la Nación y que pertenecen a la misma única instancia, además de que las pretensiones son análogas. Por ende, se dan los supuestos contemplados en los numerales 1 y 2 del art. 157 del C. de P.C., modificado por el decreto 2282 de 1989 y, por tanto, la acumulación resulta viable para poder así decidirlos en una misma sentencia.

II.- DE LOS HECHOS, DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

PROCESO No. 5708

En síntesis los hechos relacionados por el ciudadano Velásquez Uribe son los siguientes:

1.- El Código Sustantivo del Trabajo, adoptado por los decretos extraordinarios 2663 y 3743 de 1950, elevados a la categoría de legislación permanente por la ley 141 de 1958 reza:

> "El presente Código regula las relaciones de Derecho Individual de Trabajo de carácter particular y las de derecho colectivo del trabajo, oficiales y particulares."

A su turno, dice el artículo 40 del mismo:

> "Las relaciones de Derecho Individual de Trabajo entre la administración pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten."

2.- De acuerdo con estos principios las pensiones de jubilación a cargo de los patronos particulares que se establecen en el artículo 260 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo son prestaciones sociales completamente distintas e independientes de las pensiones y asignaciones que otra legislación, la ley 6a. de 1945, en su artículo 17; la ley

65 de 1946 en su artículo 3o.; el decreto 3135 de 1968, artículo 27; el decreto 1848 de 1969, artículo 68 y últimamente la ley 33 de 1985, artículo 1o. y demás de derecho público, tiene patronos oficiales distintos e independientes de los particulares, cuyos patrimonios son también completamente diferentes en su origen, composición, administración y forma de disposición.

3.- Hasta la expedición de las normas acusadas a nadie se le había ocurrido pensar que las pensiones de jubilación consagradas a cargo de patronos particulares por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, fueron incompatibles con las establecidas a cargo del Estado o de otras entidades de derecho público por la ley 6a. de 1945, decreto 3135 de 1968 y ley 33 de 1985, pues la prohibición del artículo de la Constitución de que "nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado", sólo se refiere a pensiones o asignaciones que provengan del Tesoro Público de conformidad con el artículo 77 del decreto 1848 de 1969.

4.- La ley 90 de 1946 dispuso en su artículo 72 lo siguiente:

> "Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el Seguro Social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado par cada caso. Desde esa fecha empezaran a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejaran de aplicarse aquellas disposiciones anteriores."

Y el artículo 76 expresó:

> "El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior.
>
> Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación, deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes."

El decreto 1650 de 1977, expedido en ejercicio de facultades otorgadas por la ley 12 de 1977, artículo 6o. dispuso:

> **"De los afiliados forzosos.-** Deberán afiliarse forzosamente al régimen que se establece en el presente decreto, los trabajadores nacionales y extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje, los funcionarios de la seguridad social a que se refiere el decreto 1651 de 1977 y los pensionados por el régimen de los seguros sociales obligatorios."

El artículo 117 del mismo decreto 1650 de 1977 señala:

> "De los ingresos de invalidez, vejez y muerte y de su distribución para efectos del presente artículo, los ingresos correspondientes a los seguros de invalidez, vejez

y muerte estarán constituidos por los aportes de los patronos y trabajadores, por el valor de las prestaciones económicas propias de dichos seguros y que no fueren reclamados en los términos de prescripción que señala la ley, y por el rendimiento de las inversiones que se establecen en el presente estatuto y que corresponden a los referidos seguros."

Como se observa, el origen privado de dichos fondos es innegable.

5.- La subrogación en el riesgo de vejez que determina para el patrono particular la liberación de las obligaciones de pagar las pensiones de jubilación inicialmente establecidas a su cargo por el artículo 260 del C.S. del T., demás norma sobre seguros de invalidez, vejez y muerte, no cambian la naturaleza de la pensión para convertirla en prestación a cargo del Tesoro Público de la Nación o del departamento o de los municipios.

6.- El supuesto básico para adquirirla a cargo del ISS no es el servicio ni la cotización para ninguna entidad de derecho público, ni siquiera al servicio de ese instituto, sino a la prestación de ese servicio a un patrono particular, como resultado de un contrato de trabajo, en virtud del cual surgen las obligaciones de afiliación y cotización para los riesgos señalados.

7.- El Estado Colombiano, el Tesoro Público no ajusta a los fondos de invalidez, vejez y muerte ningún dinero siendo así los fondos del Seguro Social de carácter particular; en consecuencia es improcedente la incompatibilidad establecida.

8.- Cita como violados los artículos 16, 17 y 64 de la Constitución vigente en la época; los cargos de violación se contraen a los siguientes aspectos:

Si la tercera de esas normas constitucionales establece que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, al establecer la incompatibilidad en el artículo 49 del reglamento general del Seguro Social obligatorio de vejez y muerte, entre las pensiones que reconoce el ISS con las demás pensiones del sector público, se viola en forma directa dicha norma por aplicación indebida; al aplicar el texto de la Carta a un caso no regulado por ella, también lo quebranta, pues, se repite, son fondos particulares aportados con destinación especial por las trabajadores y patronos particulares. Luego, es evidente que la norma acusada cuando pretenden hacer incompatibles las pensiones e indemnizaciones sustitutivas a cargo del ISS, con pensiones o asignaciones provenientes del Erario está incurriendo en un abierto desconocimiento del mandato constitucional que sólo consagra la incompatibilidad cuando las dos pensiones o asignaciones provengan del Tesoro Público.

No se aplicó el artículo 16 de la Carta de 1886 porque al contrario de proteger la vida, honra y bienes de las personas, lo que hace la pretensa incompatibilidad es atacar sus bienes, su patrimonio en sus derechos mínimos, que se han obtenido por el sistema pensional, en unos casos a través del ISS por las cotizaciones y requisitos fijados por la

ley referidos a semanas cotizadas y edad, y en otros por los servicios prestados como empleado público o trabajador oficial a algún patrono oficial donde se cause el derecho por cumplir requisitos de edad y tiempo de servicios, pensión que se paga directamente por el empleador estatal o por la respectiva caja de previsión, de donde se observa que se trata de fuentes distintas.

PROCESO No. 5837

El ciudadano Quiñones Franco solicita también la nulidad del artículo 49 del acuerdo 049 de 1° de febrero de 1990 y como remate que se anule el artículo 1° del decreto 758 de 1990 por considerar que los actos acusados violan de modo claro el artículo 8° del decreto ley 433 de 1971, norma de rango superior que establece que las prestaciones en dinero reconocidas por el ISS son compatibles con cualesquiera otras remuneraciones, ganancias ordinarias o pensiones en la forma y cuantía que señalen los mismos reglamentos.

Para sustentar su pedimento cita algunos conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sobre la compatibilidad de pensiones y concluye afirmando que frente a la posible objeción que pudiera hacerse sobre la prohibición de recibir más de una asignación del Tesoro Público, como se dice en el concepto 1347 que anexa que la misma norma del artículo 64 de la Carta Fundamental de 1886, ampara o da cabida a las pertinentes excepciones legales.

PROCESO No. 5833

El ciudadano Erich Guerra Caicedo en su demanda solicita la nulidad de todo el artículo 49 tantas veces mencionado. Para tal efecto, analiza que el trabajo es el factor ordinario de la producción, es una actividad inherente al hombre, razón por la cual el constituyente el 1936 prescribió que " el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado", principio rector que no puede ser contrariado por leyes de jerarquía inferior; en consecuencia si una norma limita o restringe de cualquier manera la especial protección que goza el trabajador, contradice y desvirtúa la protección, ocasionando un vicio de inconstitucionalidad; si se disminuye las condiciones generales de las prestaciones sociales de que goza el trabajador, aun no habiéndose consolidado los derechos se está violando el principio rector de protección.

El Estado puede intervenir respecto de las prestaciones sociales de la clase trabajadora, pero tal intervención sólo puede hacerla por medio de la ley.

Así las cosas, se viola el artículo 17 de la normatividad citada, al no permitir que quien goce de una pensión de jubilación del sector público, pueda con posterioridad al laborar en el sector privado y ser titular de una pensión de vejez.

Finaliza afirmando que se viola además el artículo 117 del decreto-ley 1650 de 1977, porque el Estado colombiano no contribuye o aporta para los fondos de invalidez, vejez

y muerte; por ello carece da facultad legal para disponer la incompatibilidad en caso de pensiones o indemnizaciones sustitutivas. El Estado no contribuye para los fondos de invalidez, vejez y muerte; por tanto, la pensión reconocida por el ISS no es producto ni resultado de servicios prestados al mismo instituto por lo cual desde ningún punto de vista pueden ser considerados como pensionados del Estado.

III.- ARGUMENTOS DEL OPOSITOR

El apoderado del ISS presenta su defensa que se puede resumir así:

Por la ley 90 de 1946 se establecieron los seguros sociales obligatorios para su dirección y vigilancia fue creado el Instituto Colombiano de Seguros Sociales como entidad autónoma, con personería jurídica y patrimonio propio, con fines de servicio social y no de lucro. Luego el legislador en el año de 1948 en el decreto 2324 se refiere al ICSS como entidad autónoma de derecho social, sosteniendo después que es un establecimiento público.

El Instituto fue creado para administrar y prestar un servicio público con fundamento en los artículos 16 y 19 de la Constitución vigente para la época, que obedece a razones tales como el servicio ordinario que es superior a la contribución o aporte de los usuarios o beneficiarios, en pensiones, servicios médicos y complementarios que se prestan sin animo de lucro; es un servicio público permanente y obligatorio y los aportes y contribuciones son inembargables; sus fondos y recursos con los cuales se constituyó son fondos públicos por razón de su origen y destinación.

Fue el ICSS desde su creación un establecimiento público, y tal calidad se ratificó por disposiciones legales posteriores al decir que su fiscalización corresponde a la Contraloría General de la República. Como es sabido, los establecimientos públicos, como partes integrantes de la administración nacional, tienen entre otras características un patrimonio propio, con finalidad especifica y está constituido por fondos provenientes del recaudo de multas, tasas y el usufructo de privilegios que les son propios.

El Código Fiscal Nacional denomina patrimonio del Estado o Hacienda Pública el conjunto de bienes e impuestos que pertenece al Estado los clasifica en tesoro nacional y bienes fiscales; aquél está constituido por dineros que ingresan a las oficinas nacionales a cualquier título, conformando el segundo con los demás bienes del Estado. El artículo 1° de la ley 78 de 1931 también define el Tesoro Público como el dinero que a cualquier título ingrese a las oficinas públicas, sean nacionales, departamentales o municipales.

El artículo 1o. de la ley 151 de 1959, a su vez, establece que las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea la forma de administración, son partes de la administración pública; sus bienes y rentas, por su origen son desmembración del patrimonio público. Así las cosas el hecho de provenir los aportes al seguro social de patronos y trabajadores particulares, no le imprime al instituto el

ción, son partes de la administración pública; sus bienes y rentas, por su origen son desmembración del patrimonio público. Así las cosas el hecho de provenir los aportes al seguro social de patronos y trabajadores particulares, no le imprime al instituto el carácter de privado, pues siendo así si otras entidades públicas que venden servicios, como luz, energía, teléfonos, cuyos dineros provienen de particulares que utilizan los servicios, convertirían por ello a las prestadoras de servicios en entidades de derecho privado.

Además, el artículo 3o. del decreto ley 1650 de 1977, al tratar de la naturaleza del ISS, establece que las actividades concernientes a los seguros sociales obligatorios son de utilidad pública e interés social y constituyen un servicio público orientado por el Estado.

Los recursos financieros iniciales se originan, además de los aportes, en auxilios estatales especiales, multas que imponga el Instituto y las juntas de control de precios, en 20% de impuestos, bienes vacantes y mostrencos, etc.

Actualmente, los recursos del ISS se conforman de acuerdo a lo dispuesto por el decreto 1650 de 1977, por los aportes, impuestos o tasas específicas, transferencias de los presupuesto nacional, departamental o municipal, rendimientos obtenidos con la inversión de reservas, los ingresos derivados de la actividad encomendada a los organismos administrativos y otros ingresos, como las contribuciones del presupuesto nacional cuando se deba extender la cobertura a los grupos de población económicamente débiles, como a los indígenas, además los ingresos por intereses, multas, rendimiento financiero, mesadas pensionales, indemnizaciones y subsidios no reclamados dentro del término legal. Los aportes y subvenciones son inembargables y tienen el carácter de créditos privilegiados de primera clase.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Las disposiciones acusadas son del siguiente tenor:

"ACUERDO No. 049 del 1o. de febrero de 1990.

Por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de invalidez, vejez y muerte.

El Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, en ejercicio de las facultades contenidas en el artículo 43, literal e) del decreto 1650 de 1977 y oído el concepto del superintendente nacional de salud

ACUERDA:

.....

.....

INCOMPATIBILIDAD: Las pensiones e indemnizaciones sustitutivas que cubre el ISS son incompatibles:

a) Entre sí;

b) Con las demás pensiones y asignaciones del sector público, y

c) Con las pensiones de jubilación por aportes de que trata la ley 71 de 1988. Sin embargo, el beneficiario podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia entre ellas."

Lo subrayado pertenece al aparte que dos de los demandantes piden declarar nulo, como se ha visto.

DECRETO No. 758 de 1990 (11 de abril).

Por el cual se aprueba el Acuerdo No. 049 de febrero 1° de 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

ART. 1°.- Apruébase el acuerdo No. 049 de febrero 1° de1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Obligatorios, cuyo texto es el siguiente:

.....

....."

2.- Para efectos de estudiar los ataques de inconstitucionalidad e ilegalidad formulados en las demandas y los argumentos de la parte impugnadora, se tendrán en cuenta la Carta política y las leyes vigentes en las fechas en que fueron expedidos los actos que se acusan. En la actualidad, son otros los criterios orientadores sobre la materia.

Para esos días, no había discusión alguna sobre la naturaleza jurídica del Instituto de los Seguros Sociales, ya que claros pronunciamientos jurisprudenciales de esta corporación lo tenían como un establecimiento público del orden nacional. Además, el decreto ley 3136 de 1968, por medio del cual se reorganizó el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en su artículo 5o., consagraba que el mencionado ente descentralizado es un establecimiento público adscrito a ese ministerio y tal naturaleza fue ratificada posteriormente por los decretos leyes números 148 de 1976 (artículo 3o.), 062 de 1976 (artículo 1o.) y 1650 de 1977 (artículo 47). Se advierte nuevamente que hoy y en virtud de las normas que dieron desarrollo al artículo 20 transitorio de la Constitución de 1991, el ISS es una empresa comercial e industrial del Estado, lo que quedó ratificado por la ley 100 de 1993.

3.- El decreto ley 1650 de 1977, por el cual se determina el régimen y la administración de los seguros sociales obligatorios, en su artículo 1o. define el campo de aplicación y establece que del mismo se exceptúa, en primer lugar el personal del ramo de defensa, y, en segundo, los de los servidores públicos que se rigen por disposiciones especiales.

4.- El Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios (artículo 36 del decreto ley 1650 de 1977) es el organismo de gobierno que tiene a su cargo la formulación de políticas y la dirección general del régimen de estos seguros; entre las funciones que le corresponden, se halla la consagrada en el literal e) del artículo 43 del mencionado decreto que dice:

> "Aprobar los reglamentos generales sobre las condiciones y los términos necesarios para el reconocimiento y la efectividad de las prestaciones correspondientes a los distintos seguros, previo concepto del Superintendente de seguros de salud."

Es fácil ver entonces que con fundamento en el transcrito literal e) se aprobó el acuerdo 049 del 1° de febrero de 1990. Infiérese de lo anterior que el Consejo en cuestión tiene la facultad genérica de señalar el régimen de incompatibilidades entre pensiones e indemnizaciones sustitutivas que el Instituto cubre o ampara, pues ello está dentro de las "condiciones y términos necesarios para el reconocimiento y la efectividad de las prestaciones correspondientes", más obviamente dentro de los parámetros que señalen la Constitución y las leyes.

De manera que, *grosso modo,* la regla aquí demandada no vulnera ninguna disposición de rango superior. Sin embargo, debe analizarse hasta que punto las incompatibilidades señaladas son verdaderamente congruentes con la prohibición que implica.

El artículo 49 del acuerdo 049 de 1990 reitera que la prohibición allí establecida se refiere a prestaciones que cotizó un afiliado a quien no puede reconocérsele simultáneamente pensión de invalidez y pensión de vejez o alguna de ellas y una indemnización sustitutiva. Debe recordarse que el régimen de seguridad social (artículo 16, decreto 1650 de 1977), distingue entre los afiliados y los derecho-habientes, porque mientras los primeros tienen un derecho subjetivo por tal condición y porque han contribuido con cotizaciones, puede ocurrir que el cónyuge sobreviviente y demás derecho-habientes reciban un derecho derivado de su vinculación familiar con aquellos; en tal virtud, la prohibición que consagra la norma examinada debe comprender solamente ciertas prestaciones de los afiliados y nunca los derechos de terceros beneficiarios porque sería incongruente; en otras palabras no existe impedimento para que una persona adquiera prestaciones como afiliado del ISS y simultáneamente como derecho-habiente de otra persona ya fallecida.

Obsérvese que las prestaciones de vejez y de sobrevivientes no amparan el mismo riesgo, pues las contingencias son diferentes y ese postulado lo recoge el inciso 2o. del artículo 11 del tantas veces citado decreto 1650 de 1977 que establece que "para determinar las cotizaciones y recaudar los aportes correspondientes, las contingencias de que trata el artículo 3o. de este decreto se agrupan así: invalidez, vejez y muerte."

Sobre el tópico, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 11 de noviembre de 1994 señalo:

"... no puede el Instituto de Seguros Sociales a su amparo excusarse de reconocer una de ellas, porque no se trata de cubrir dos veces el mismo riesgo sino de pagar las prestaciones que amparan riesgos distintos, generados en una causa diferente y que por es sola razón no quedan comprendidos entre la incompatibilidad que eventualmente podrían presentarse entre las pensiones de jubilación y de vejez de una misma persona, las cuales si cubren el mismo riesgo y se conceden como contraprestación de los servicios prestados por el afiliado.

La Sala Plena de Casación Laboral en la sentencia de 21 de mayo de 1991, en la que se apoya la recurrente, tuvo la oportunidad de precisar la diversa naturaleza de las pensiones antes mencionadas: la de sobrevivientes que ampara el estado de viudez y orfandad y se adquiere por ministerio de la ley, que bajo determinadas condiciones hace surgir un nuevo derecho en cabeza del cónyuge o compañero permanente, o de sus demás beneficiarios dentro de un orden preestablecido, y la de vejez que cubre el riesgo de la eventual pérdida de la capacidad para trabajar por razón de llegar el trabajador a una edad avanzada, y la cual por ello se muestra como una contraprestación de los servicios prestados por la persona y para la que contribuyó durante su vida laboral.

Diferencia –que así se dijo en el fallo- resulta de distinguir entre el carácter de contraprestación por un trabajo pretérito que se rindió por el pensionado que tiene la pensión por servicio, de la índole eminentemente tuitiva del estado de viudedad que tiene la pensión por sustitución, conforme resulta de la condición que indistintamente han impuesto todos los estatutos reguladores de dicho instituto jurídico. Tal condición ha sido en el pasado, y lo es en el presente, que la viuda mantenga su estado civil de tal, y ni siquiera haga vida marital, so pena de perder la sustitución que precisamente en razón de su viudez se le otorga y mantiene." (Gaceta Judicial, Tomo CCX, página 614).

Y en cuanto a lo que atañe al ordinal b) del artículo 49 que se examina, debe decirse:

Recuérdese que en virtud de la ley 90 de 1946, artículo 16 se adoptó el sistema tripartito para financiar los seguros que cubrirían el entonces ICSS que consistía en aportes de los trabajadores, empleadores y Estado. Más tarde, el decreto ley 433 de 1971, en cuanto a aportes mensuales del Estado, se sustituyó por " un aporte anual que se señalará en los presupuestos de rentas y gastos de la Nación". Y al dictarse el decreto ley 1650 de 1977, el aporte del Estado quedó completamente eliminado, puesto que en su artículo 22 se dijo:

"De los aportes de patronos y trabajadores. En los seguros de enfermedad en general, maternidad, invalidez, vejez y muerte, los patronos o empleadores aportarán el 67% de la cotización total y los trabajadores el 33%.

La cotización para el seguro de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional estará exclusivamente a cargo del patrono o empleador."

Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 de enero de 1995 (expediente No. 7109, Sala de Casación Laboral, magistrado ponente Dr. Jorge Ivan Palacio Palacio.) " puede decirse entonces que el ISS se convirtió en un mero administrador de los dineros que aportarán asalariados y empleadores con el compromiso de manejarlos; por consiguiente no puede afirmarse que las pensiones que éste otorgue provinieron del Tesoro Público". La Sala comulga con tal apreciación. Se trata de dos asignaciones completamente diferente por su origen y por su fuente. La pensión que reciba la persona de la Caja Nacional de Previsión Social o de cualquiera otra similar, y la que reclame del ISS; una obedece a servicios prestados al Estado; la otra por haber prestado servicios laborales a otra entidad, a un ente particular llamado patrono o empleador, todo lo cual conduce a indicar que las dos pensiones sean compatibles por cuanto no se opone a lo señalado en la norma constitucional que prohibe, salvo excepciones, percibir una pluralidad de asignaciones provenientes del Tesoro Público".

Y en cuanto al ordinal c) del tantas veces mencionado artículo 49 que se juzga debe precisarse lo siguiente:

A) La ley 71 de 1988 en su artículo 7° estableció lo siguiente:

> "A partir de la vigencia de la presente ley los empleados oficiales y trabajadores que acrediten 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y el Instituto de los Seguros Sociales tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.
>
> El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas".

B) Como se observa, se trata de una pensión conformada por aportes provenientes de personas que han laborado consecutivamente al servicio de entidades privadas y de entidades públicas y que sumados den el número de años señalados en la ley.

C) Resulta lógico entonces que no pueda concurrir la mencionada pensión por aportes de que habla la citada Ley 71 de 1988 con las otras pensiones que cubra el ISS.

5.- La Sala encuentra entonces que sólo son anulables los literales a) y b) de la norma acusada y así ha de decretarse.

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

FALLA:

Decláranse nulos los literales a) y b) del artículo 49 del Acuerdo 049 de 1o. de febrero de 1990 por el cual el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios expidió el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, acuerdo aprobado por el decreto No. 0758 de abril 11 de 1990 que textualmente dice: "a) Entre sí; b) Con las demás pensiones y asignaciones del sector público".

Niéganse las demás peticiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE A QUIENES CORRESPONDA Y PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO.- UNA VEZ EJECUTORIADA ARCHÍVESE EL EXPEDIENTE. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesion celebrada el día 16 de marzo de 1995.

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO ORTIZ
Ausente

CLARA FORERO DE CASTRO

ALVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MIRYAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

NOTA DE RELATORÍA: En igual sentido se reitera la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de 11 de noviembre de 1994 (Gaceta Judicial, Tomo CCX, pág. 614).

ALCALDE MUNICIPAL/JEFE DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL/SERVIDORES PÚBLICOS/EMPLEADOS PÚBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA/LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

El art. 200 de la Carta Constitucional de 1886, modificado por el art. 20 del acto legislativo No. 1 de 1986, vigente en el momento de los hechos, disponía que el alcalde municipal sería el jefe de la administración municipal, y el art. 44 de la ley 11 de 1986 atribuía en el orden municipal, al alcalde municipal la facultad para expedir los actos relacionados con los nombramientos, remoción y creación de situaciones administrativas del personal que prestara sus servicios en la administración central de los Municipios, de conformidad con las normas legales. *Mutatis Mutandi* ha de sostenerse lo propio en el orden departamental y municipal y en sus entes descentralizados, porque sus servidores públicos en ellos dentro del sistema jurídico precedente a la Carta Política de 1991 también respondían a la clasificación de empleados públicos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción, porque las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales al ejercer sus facultades constitucionales al respecto (arts. 187-5 y 6; 197-3 y 4, respectivamente) debían ceñirse a la constitución y a la ley.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA.

Referencia: Expediente No. 6557. ASUNTOS MUNICIPALES. Actor: DIEGO ZAPATA GALLEGO.

Se decide la apelación de la sentencia del 22 de noviembre de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para acoger las peticiones de la demanda de DIEGO ZAPATA GALLEGO.

LA DEMANDA:

Se formuló contra el decreto No. 006 del 6 de enero de 1990 proferido por al Alcalde Municipal de Sevilla, Valle del Cauca, para declarar la insubistencia del nombramiento hecho a Diego Zapata Gallego como Jefe de Planeación Municipal (F. 2).

Se acusó haberlo expedido con desviación de poder pues se fundó en razones de tipo político y no del buen servicio, como se desprende del documento que el Alcalde envió al presidente del Directorio de Unidad liberal en la ciudad (F.4). Se denunció la violación de los arts 17 y 20 de la C.N. de 1886, y del inc. 2o. del art. 14 y el art. 15 del D.E. 2304 de 1989 (F. 6-22).

POSICIÓN DEL DEMANDADO:

En su alegación en la primera instancia, dado que no contestó la demanda, expresó que los agentes del Alcalde son de su libre nombramiento y remoción conforme al art. 130 del C. de Régimen Político y Municipal, como lo concreta el art. 44 de la ley 11 de 1986, acto amparado por la presunción de legalidad. Que no se puede pretender que la carta de los folios 3° y 4° sea el motivo determinante de la remoción del actor, ni existe prueba de su afiliación a un sector político, ni puede deducirse una presunta coalición de grupos políticos. Criticó los testimonios y su relación con el litigio, pues algunos de ellos también fueron desvinculados de la administración municipal (F.46-64).

LA SENTENCIA IMPUGNADA:

Acogió las peticiones incoadas porque, al contrario de la opinión de su colaborador de Ministerio Público (F. 66-68), como lo había sostenido en evento semejante, el oficio del señor Alcalde suscrito el 11 de enero de 1990, –en este expediente visible a folios 4 y 5–, es demostración clara del manejo dañado de la cosa administrativa, y de que no primó el criterio del buen servicio público sino que, por el contrario, se configuró la desviación de poder, ya que se basó en divergencias de índole política, creadas con anterioridad a la fecha de la comunicación (F. 73), corroborado con los testimonios de Hernán García Betancourt, Evelio Antonio Orozco López y Víctor Samunel Restrepo Restrepo (Fls. 69-76).

LA SEGUNDA INSTANCIA:

El demandado atribuyó su inconformidad con la sentencia al hecho de no haber tenido en cuenta que el actor no era subalterno, sin rango en l municipio, "pues formaba Gobierno con el Alcalde, como corresponde a todo Director de Departamento Administrativo" (F. 79). En acopio de argumentos presentó documento en el cual constan la identificación y naturaleza del cargo, sus funciones y sus requisitos mínimos, resaltando

especialmente aquella atribución según la cual suscribe con el alcalde los decretos de competencia de la Oficina de Planeación Municipal (F. 84). De la misma manera que el fallo no tuvo en cuenta que las alianzas, coaliciones y elecciones de puro sabor político partidista mueven al presidente, a los gobernadores y a los alcaldes a renovar, encuadrar y modificar los cargos directivos de la administración, y así que no atendió a los dictados de providencias de ésta Corporación, como la del 1° de febrero de 1991, proferida bajo la conducción del Consejero Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA, que transcribió parcialmente (F. 78-82).

Las restantes partes guardaron silencio, y como no se observa motivo de nulidad procesal procede desatar la alzada, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El art. 200 de la carta constitucional de 1886, modificado por el art. 20 del acto legislativo No. 1 de 1986, vigente en el momento de los hechos, disponía que el alcalde municipal sería el jefe de la administración municipal, y el art. 44 de la ley 11 de 1986 atribuía en el orden municipal, al alcalde municipal la facultad para expedir los actos relacionados con los nombramientos, remoción y creación de situaciones administrativas del personal que prestara sus servicios en la administración central de los Municipios, de conformidad con las normas legales.

La Sala en sentencia del 1° de febrero de 1991, proferida en el expediente No. 4801, CONSEJERO PONENTE Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA, al examinar el asunto de la desvinculación de los empleados públicos no vinculados a carrera administrativa alguna, cuando se trata de su desvinculación por simpatías partidistas, sostuvo que:

> "..lejos de ser contraria al criterio del buen servicio público, antes bien lo busca porque excluye de la administración a aquellas personas que no comulguen con la colectividad, movimiento o grupo político que domine la escena burocrática en determinado momento y porque llama a colaborar a sus posibles copartidarios o simpatizantes "..(EXTRACTOS DE JURISPRUDENCIA, Enero, Febrero, y Marzo 1991 Tomo XI, Imprenta Nacional, Pág. 329).

Y por ello más adelante aseveró:

> "(...) que se mantengan las concepciones que se han recordado en el acápite anterior para los cargos realmente políticos porque hacen del individuo-empleado un cabal rector de la cosa pública, como son los funcionarios enumerados en el literal a) del citado segundo inciso del artículo 3o. del decreto-ley 2400 de 1968 [aquí ellos...], es algo lógico y congruente, pero no así en cargos que en verdad son meramente administrativos o que debieran ser de carrera, mas cuyos titulares, por cualquier eventualidad, no se hayan vinculado a alguna de las múltiples "carreras" que la ley ha ido estableciendo" (Loc cit).

Estas conclusiones también inspiran pronunciamientos de la Sala al examinar la situación legal de los denominados empleados públicos de la cúpula, en el Orden Nacional. En efecto, la sentencia del 26 de abril de 1991 recaída en el expediente 3531, dijo que son tales en " atención al rango y atribuciones de responsabilidad y confianza de los altos cargos de la función pública", y en la sentencia del 27 de julio de 1992, en el Expediente No. 3771 con ponencia del CONSEJERO PONENTE DR. DIEGO YOUNES MORENO, al reiterar el punto, les calificó como de la cúpula jerárquica, por tratarse de " cargos de carácter político-administrativos, de la cúpula gubernamental y administrativa que se encargará de la implantación y desarrollo de las políticas gubernamentales".

Mutatis mutandi ha de sostenerse lo propio en el orden departamental y municipal y en sus entes descentralizados, porque los servidores públicos en ellos dentro del sistema jurídico precedente a la Carta Política de 1991 también respondían a la clasificación de empleados públicos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción, porque las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales al ejercer sus facultades constitucionales al respecto (arts. 187-5 y 6; 197-3 y 4, respectivamente) debían ceñirse a la Constitución y a la ley.

En el *sub-lite* está demostrado que el demandante ejercía el cargo de Jefe de Planeación Municipal, que era un agente del Alcalde Municipal y por su naturaleza uno de los cargos administrativos de la cúpula administrativa municipal, también clasificable como de nivel directivo pues corresponde a las funciones de dirección general del organismo municipal de formulación de políticas y de adopción de planes y programas para su ejecución, como es la noción de dicho destino en el orden nacional conforme al art. 4° del D.L. 1042 de 1978.

En ese sentido, el Jefe de Planeación Municipal ejerce un cargo ajeno a la carrera administrativa local y por tanto se accede a él por motivaciones o razones políticas, dentro del entendimiento que del término ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado, así como puede ser desvinculado por ese mismo motivo, sin que se incurra en desviación de poder.

Sin hesitación está probado en el expediente que la causa o motivo de la desvinculación del demandante como Jefe de Planeación Municipal en Sevilla, Valle del Cauca, fue la ruptura de la coalición política que condujo a la sede de la Alcaldía al Señor Helí González Ospina; pero como quiera que el actor cumplía las funciones de un cargo político-administrativo en la cúpula de la Administración Central Municipal, podía válidamente ser removido, al amparo de las facultades discrecionales del alcalde aún por razones de carácter político partidista, como por razones del servicio público.

El Tribunal *a-quo* arribó a la misma conclusión respecto del motivo del acto, pero consideró ilegítima la actuación del burgomaestre, último aspecto que no es acertado y por ende el fallo debe revocarse y en su lugar denegar lo pedido.

En mérito de lo cual, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia del veintidós (22) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para acoger las peticiones de la demanda de DIEGO ZAPATA GALLEGO, y en su lugar dispone:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, Notifíquese, Cúmplase, Publíquese y Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión del día 23 de marzo de 1995.

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MIRYAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria

NOTA DE RELATORÍA: Reiteración jurisprudencial de las sentencias de 1° de febrero de 1991, Exp. 4801, Consejero Ponente Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA, de 26 de abril de 1991, Exp. 3531 y de 27 de julio de 1992, Exp. 3771, Consejero Ponente Dr. DIEGO YOUNES MORENO.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Naturaleza/**CARRERA ADMINISTRATIVA**-Extensión/**RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN/EMPLEADO PÚBLICO TERRITORIAL**

La Ley 27 de 1992, desarrolla el art. 125 de la C.N. su espíritu es el regular la extensión de la Carrera Administrativa, mientras se expiden los nuevos estatutos especiales; otorga un sistema nacional y territorial unificado e indica que por regla general todos los servidores oficiales son de Carrera Administrativa, salvo las excepciones allí previstas; el artículo 27 *ibídem* consagra un ingreso extraordinario sin proceso de selección para empleados del nivel territorial que lleguen a desempeñar cargos de Carrera Administrativa que de acuerdo con la nueva ley podrán ingresar a ella si acreditan dentro del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en manuales o en equivalencias establecidos en los decretos 583 de 1984, 573 de 1988 y de Ley 61 de 1987; quienes no lo acrediten y sigan en servicio pueden solicitar su inscripción, cuando acrediten tales requisitos; quienes no actuaren dentro del referido término quedarán de libre nombramiento y remoción. El tenor de la Ley 27 de 1992 y lo consignado en los párrafos que anteceden, indican que en ningún momento la norma supralegal o la legal han establecido ingreso masivo y automático a la Carrera Administrativa; se expresa sí una política estatal en el sentido de constituir como norma general su instauración. Ahora, el término del año se refiere a un plazo de transición para que los servidores estatales que no quedaron ubicados dentro del régimen de excepción (art. 4o. Ley 27 de 1992 y C.N. art. 125), acrediten el cumplimiento de los requisitos por manual de funciones y ley, para ingresar a la Carrera Administrativa y ante tal evidencia la administración emita el respectivo proceso administrativo que legalice el ingreso como

funcionario de carrera, por lo tanto antes del pronunciamiento oficial de aceptación en la Carrera Administrativa del aspirante, sólo hay una expectativa y no derechos causados de estabilidad relativa.

SUPRESIÓN DE EMPLEOS/PODER EJECUTIVO-Facultades/**EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN/FUNCIONARIO DE CARRERA/ DERECHOS ADQUIRIDOS/VINCULACIÓN LABORAL**

La supresión de empleos está consagrada constitucional y legalmente a nivel nacional y territorial (C.N. art. 189 numeral 14 art. 305 numeral 7o. ley 27 de 1992 art. 7o.-8o. Decreto 2400 de 1968 art. 235) como facultad del ejecutivo y constituye causal de retiro del servicio: las consecuencias de esta medida frente a cada situación individual, en verdad no son iguales, porque el legislador distingue entre quien no es funcionario de carrera y el que si está inscrito en ella; en el primer evento llanamente se da la causal de retiro sin consecuencias por estar frente a un funcionario de libre nombramiento y remoción; en tanto que frente a la segunda hipótesis, se está ante el servidor público titular de unos derechos adquiridos, los cuales se sacrifican ante el interés público, pero en aras de no causarle perjuicios se autoriza la indemnización o tratamiento preferencial previstos en el Decreto Ley 2400 de 1969 (Ley 27 de 1992 art. 8o. Decreto 1223 de 1993 art. 1o. y s.s. Decreto Extraordinario Departamental No. 0735 de 1990 art. 10-112-119. Entonces como la situación legal de vinculación laboral de los servidores no es igual, ante el fenómeno de la supresión tienen tratamiento diferente, sin que sea valedero invocar de esas circunstancias disímiles el derecho a la igualdad; razón por la cual en el caso materia de estudio el actor al no estar inscrito en Carrera Administrativa, no tenía los derechos que invoca.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santa Fe de Bogotá D.C., abril tres (3) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA.

Referencia: Expediente No. 10.543. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. Actor: GERMÁN TOVAR ALFARO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 22 de julio de 1994, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por GERMÁN TOVAR ALFARO.

LA DEMANDA:

En el libelo demandatorio (fl. 18 a 35) eleva como pretensiones principales el demandante que se declare la nulidad del Decreto No. 602 del 25 de junio de 1993 expedido por el Gobernador del Tolima y varios de sus secretarios, mediante el cual se

suprimió el cargo que ejercía el demandante como Profesional Universitario categoría IV, grado de remuneración P-1, programa DRI, de fomento agropecuario.

Como consecuencia de la nulidad se solicita a título de restablecimiento del derecho el reintegro del actor al cargo que venía desempeñando y el pago a título de indemnización de todos los salarios dejados de percibir, gastos de representación, primas, reconocimientos, bonificaciones, subsidios, vacaciones, quinquenios, aumentos legales y extralegales, prestaciones sociales dejados de devengar, aumentos, incrementos, intereses compensatorios, moratorios, corrección monetaria y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de retiro del servicio a la del reintegro efectivo, con el valor del salario igual, similar o superior al que corresponda en el momento del cumplimiento del fallo; que se reconozca y declare que los anteriores conceptos detentan el carácter de factor salarial y se tome en cuenta ese tiempo como efectivamente servido al estado, que las liquidaciones deben efectuarse con el ajuste al valor dispuesto en el C.C.A. art. 178.

Subsidiariamente y en el evento de que se desestime la pretensión referente al pago de todos los salarios dejados de devengar desde el momento de la supresión del cargo y hasta que se haga efectivo el reintegro, solicita dar aplicación a lo dispuesto en la sentencia 479 del 13 de agosto de 1992 de la Honorable Corte Constitucional, en el sentido de condenar a pagar la indemnización a que tiene derecho por la supresión del cargo que venía ejerciendo de acuerdo a las normas legales (Decreto 1223 del 28 de junio de 1993 y demás normas concordantes).

El soporte fáctico de las súplicas en síntesis afirma: el actor se vinculó al Departamento del Tolima el 10 de diciembre de 1982 en relación legal y reglamentaria; por oficio No. 886 de junio 28 de 1993 suscrito por el Jefe de la División de Personal de la Gobernación del Tolima se le comunicó la supresión del cargo; que el acto impugnado se profirió con desviación de poder, con vicio oculto y falsa motivación, pues no tendió al mejoramiento del servicio, ni a una real estructuración administrativa, porque se dio fue una extralimitación de las facultades otorgadas por la Asamblea del Tolima; finalmente se anota que el actor pertenecía a la Carrera Administrativa al tenor de lo dispuesto en la Ley 27 de 1992 arts. 2-22, Decretos Reglamentarios No. 1223 y 1224 del 29 de junio de 1993.

Se enuncian como normas violadas: C.N. arts. 2-5-6-13-25-26-44-53-58-124-125-152-300 numerales 1o. a 7o.; Ley 33 de 1985 art. 1o., Decreto 1222 de 1986 art. 239; Ley 27 de 1992 art. 2o., 4o., 22; Decreto Reglamentario No. 1223 de 1993 art. 1o.; Decreto Reglamentario No. 1224 de 1993 art. 2o.; C.P.C., art. 177; Decreto 2400 de 1968. Se considera que el acto acusado se produjo con ostensible desviación de poder, vicio y motivación oculta, pues no tendió al mejoramiento del servicio, sino a razones partidistas, aspecto éste que en el Departamento del Tolima constituye un hecho notorio que condujo a extralimitación de funciones, porque la intención de la Ordenanza No. 011 de 1992 no era la de perseguir funcionarios probos, honestos y capaces, sino para

modernizar la administración, cita los reparos de algunos Diputados a la citada ordenanza; indica que con el actuar objeto de censura se quebrantan los derechos al trabajo, la igualdad, las prerrogativas de estar en Carrera Administrativa gozando de la provisionalidad del año otorgado por la Ley 27 de 1992.

El ente oficial demandado se opuso a lo pedido por carecer de fundamentos jurídicos y fácticos, adujo haber obrado con fundamento en lo preceptuado en la C.N. art. 305 numeral 7o., Decreto Extraordinario del orden departamental No. 00735 de 1990 y que el actor no se encontraba vinculado a la Carrera Administratriva.

LA SENTENCIA:

El *A-quo* consideró que el mandatario seccional obró con soporte en lo preceptuado en la C.N. art. 305 numeral 7o., por lo tanto no quebrantó principios generales consagrados en el mismo mandato supralegal arts. 53-4-26-13; de otra parte no se demostraron los supuestos fácticos que evidencien la desviación de poder en el acto atacado y la Ley 27 de 1992 no dispuso un ingreso masivo a la carrera administrativa; estima que en base a esta última disposición legal el actor se encontraba disfrutando de estabilidad relativa, pero que el hecho de estar en carrera no implica el que no pueda suprimirse el cargo y a renglón seguido de manera contradictoria anota: "... Esto es aún más convincente tratándose de empleos que siendo de carrera están ocupados por personas no vinculadas aún a ella como es el del demandante...", lo anterior para llegar a la conclusión de que el Gobernador no transgredió los preceptos legales de la Ley 27 de 1992.

Finalmente anota que la pretensión subsidiaria sobre pago de indemnización por supresión del cargo, no es de recibo porque no se indica cuál es la norma transgredida, ni el concepto de violación y no es admisible el ataque por infracción de consideraciones hechas en una sentencia.

EL RECURSO:

La parte demandante sustenta el recurso de alzada básicamente sobre la discrepancia en la aplicación del principio de que cuando hay una misma razón debe existir una misma conclusión, C. N., artículo 13; por esto no entiende cómo frente al plazo del año otorgado por la Ley 27 de 1992 para acreditar los requisitos de ingreso definitivo se les podía declarar insubsistentes y a otros suprimirles el cargo sin indemnización; estima ha debido respetarse ese plazo de provisionalidad para concursar e ingresar a la carrera y a la vez en los seis meses siguientes expedir el manual de funciones; hace un recuento de pronunciamientos del Tribunal del Tolima sobre la estabilidad de los servidores públicos con la expedición de la Constitución Nacional de 1991, por lo tanto en el año de provisionalidad de la Ley 27 de 1991 a todos los niveles para poder acceder a la Carrera Administrativa no podían los nominadores proceder a retirarlos del servicio; aduce que el Gobernador del Tolima y la mayoría de nominadores si están facultados para suprimir los cargos de acuerdo al mejoramiento del servicio pero indemnizándolos, tal como se

hizo en entidades a nivel nacional y otras departamentales como ELECTROLIMA, TUROTOLIMA.

Aduce además, que sí se citaron como normas violadas la Ley 27 de 1992, los decretos reglamentarios de ésta; no comparte el criterio de que se han debido demandar los decretos que desarrollaron las facultades de la ordenanza y que se guardó silencio sobre la violación de normas superiores, como en el aspecto relacionado con la no aportación de autorización previa y escrita de planeación departamental, de donde se desprende que la selección fue con criterio político y sin buscar el mejoramiento real del servicio.

POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto en el caso objeto de estudio.

CONSIDERACIONES:

Del contenido de la sentencia materia de apelación y los argumentos soporte del recurso de alzada, se tiene que el eje central de la controversia lo constituye el dilucidar si el actor estaba en carrera administrativo o no, con estabilidad laboral relativa; al respecto se analiza:

La Carrera Administrativa como presupuesto de garantía y eficacia en el buen servicio administrativo, regula los derechos, deberes, ingreso, permanencia y remoción de los servidores estatales; esta valoración e incorporación de la persona humana en el desarrollo de las tareas de la función pública tiene en la Constitución Nacional de 1991 consagración especial; es así como el artículo 125, dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones allí enunciadas, el inciso tercero de este precepto supralegal dice: "...El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes...".

La Ley 27 de 1992, desarrolla el art. 125 de la C.N.; su espíritu es el regular la extensión de la Carrera Administrativa, mientras se expiden los nuevos estatutos especiales; otorga un sistema nacional y territorial unificado e indica que por regla general todos los servidores oficiales son de Carrera Administrativa, salvo las excepciones allí previstas; el artículo 22 *ibídem* consagra un ingreso extraordinario sin proceso de selección para empleados del nivel territorial que lleguen a desempeñar cargos de Carrera Administrativa, que de acuerdo con la nueva ley podrán ingresar a ella si acreditan dentro del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en manuales o en equivalencias establecidos en los Decretos 583 de 1984, 573 de 1988 y Ley 61 de 1987; quienes no lo acrediten y sigan en servicio pueden solicitar su inscripción, cuando acrediten tales requisitos; quienes no actuaren dentro del referido término quedarán de libre nombramiento y remoción.

El tenor de la Ley 27 de 1992 y lo consignado en los párrafos que anteceden, indican que en ningún momento la norma supralegal o la legal han establecido ingreso masivo y

automático a la Carrera Administrativa; se expresa sí una política estatal en el sentido de constituir como norma general su instauración. Ahora, el término del año se refiere a un pazo de transición para que los servidores estatales que no quedaron ubicados dentro del régimen de excepción (art. 4o., Ley 27 de 1992 y C.N. art. 125), acrediten el cumplimiento de los requisitos por manual de funciones y ley, para ingresar a la Carrera Administrativa y ante tal evidencia la administración emita el respectivo proceso administrativo que legalice el ingreso como funcionario de carrera, por lo tanto antes del pronunciamiento oficial de aceptación en la Carrera Administrativa del aspirante, sólo hay una expectativa y no derechos causados de estabilidad relativa.

Estas razones llevan a la conclusión de que GERMÁN TOVAR ALFARO el 25 de junio de 1993, cuando se profirió el Decreto 602 de 1993, mediante el cual se suprimió el cargo, no estaba en Carrera Administrativa ni disfrutaba de estabilidad relativa.

Aclarado el punto que antecede, se observa que el Decreto 602 de 1993 (fl. 3 a 7), fue expedido con fundamento en la facultad constitucional otorgada a los gobernadores, C.N., art. 305 numeral 7o., y el Decreto Departamental Extraordinario No. 0735 de julio 30 de 1990 (fls. 1 a 46 cuaderno anexo No. 2), dentro de la política de modernización y racionalización de las plantas de personal al servicio del Estado en el nivel departamental.

El tercer punto de inconformidad es lo que atañe con el derecho a la igualdad C.N. art. 13; al respecto se observa: cierto es que el precepto supralegal consagra el derecho de igualdad de las personas ante la ley, pero debe entenderse que es frente a situaciones idénticas.

La supresión de empleos está consagrada constitucional y legalmente a nivel nacional y territorial (C.N. art. 189 numeral 14, art. 305 numeral 7o., Ley 27 de 1992 art. 7o.-8o., Decreto 2400 de 1968 art. 25) como facultad del ejecutivo y constituye causal de retiro del servicio; las consecuencias de esta medida frente a cada situación individual, en verdad no son iguales, porque el legislador distingue entre quien no es funcionario de carrera y el que sí está inscrito en ella; en el primer evento llanamente se da la causal de retiro sin consecuencias por estar frente a un funcionario de libre nombramiento y remoción; en tanto que frente a la segunda hipótesis, se está ante el servidor público titular de unos derechos adquiridos, los cuales se sacrifican ante el interés público, pero en aras de no causarle perjuicios se autoriza la indemnización o tratamiento preferencial previstos en el Decreto Ley 2400 de 1968 (Ley 27 de 1992 art. 8o., Decreto 1223 de 1993 art. 1o. y s.s., Decreto Extraordinario Departamental No. 0735 de 1990 art. 10-112-119).

Entonces, como la situación legal de vinculación laboral de los servidores no es igual ante el fenómeno de la supresión tienen tratamiento diferente, sin que sea valedero invocar de esas circunstancias disímiles el derecho a la igualdad; razón por la cual en el caso materia de estudio el actor al no estar inscrito en Carrera Administrativa, no tenía los derechos que invoca.

El análisis consignado muestra que en verdad el acto atacado no quebranta ningún precepto constitucional ni legal; tampoco se probó que la motivación hubiese sido por fines políticos o de otra índole que distorsionaran el principio rector del buen servicio y si bien no se allegó el concepto de Planeación para la reestructuración de la planta de personal, esto obedeció a falta de interés de quien pretendía probar ese tópico (cuaderno anexo No. 3, fl. 27), C.P.C. art. 177.

Por consiguiente, no puede prosperar la petición de nulidad del acto demandado, y en tal virtud se confirmará la sentencia apelada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994), mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda, en el juicio adelantado por GERMÁN TOVAR ALFARO contra el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA (SECRETARÍA DE DESARROLLO AGROPECUARIO).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Publíquese en los Anales del Consejo de Estado.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 16 de marzo de 1995.

JOAQUÍN BARRETO RUIZ
Ausente

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

CARRERA ADMINISTRATIVA-Naturaleza/**CARRERA ADMINISTRATIVA**-Extensión/**EMPLEADO PÚBLICO TERRITORIAL/INGRESO EXTRAORDINARIO**-Requisitos/**RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN**

La carrera administrativa como presupuesto de garantía y eficacia en el buen servicio administrativo, regula los derechos, deberes, ingreso, permanencia y remoción de los servidores estatales; esta valoración e incorporación de la persona humana en el desarrollo de las tares de la función pública tiene en la Constitución Nacional de 1991 consagración especial; es así como el artículo 125, dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo excepciones allí enunciadas, el inciso tercero de este precepto supralegal dice: "...El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes..." La Ley 27 de 1992, desarrolla el art. 125 de la C.N.; su espíritu es el regular la extensión de la Carrera Administrativa, mientras se expiden los nuevos estatutos especiales; otorga un sistema nacional y territorial unificado e indica que por regla general todos los servidores oficiales son de Carrera Administrativa, salvo las excepciones allí previstas; el artículo 22 ibídem consagra un ingreso extraordinario sin proceso de selección para empleados del nivel territorial que lleguen a desempeñar cargos de Carrera Administrativa, que de acuerdo con la nueva ley podrán ingresar a ella si acreditan dentro del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en manuales o en equivalencias establecidos en los Decretos 583 de 1984, 573 de 1988 y Ley 61 de 1987; quienes no lo acrediten y sigan en servicio pueden solicitar su inscripción, cuando acrediten tales requisitos; quienes no

actuaren dentro del referido término quedarán de libre nombramiento y remoción. El tenor de la Ley 27 de 1992 y lo consignado en los párrafos que anteceden, indican que en ningún momento la norma supralegal a la legal han establecido ingreso masivo y automático a la Carrera Administrativa; se expresa sí una política estatal en el sentido de constituir como norma general su instauración. Ahora, el término del año se refiere a un plazo de transición para los servidores estatales que no quedaron ubicados dentro del régimen de excepción (art. 4°, Ley 27 de 1992 y C.N. Art. 125), acrediten el cumplimiento de los requisitos por manual de funciones y ley, para ingresar a la Carrera Administrativa y ante tal evidencia la administración culmine el respectivo proceso administrativo que legalice el ingreso como funcionario de carrera, por lo tanto antes del pronunciamiento oficial de aceptación en la Carrera Administrativa del aspirante, sólo hay una expectativa y no derechos causados de estabilidad relativa.

SUPRESIÓN DE EMPLEOS/EJECUTIVO-Facultades/**RETIRO DEL SERVICIO**-Causales/**EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN/SERVIDOR PÚBLICO**-Vinculación Laboral/**DERECHOS ADQUIRIDOS**

La supresión de empleos está consagrada constitucional y legalmente a nivel nacional y territorial (C.N. art. 189 num. 14; art. 305 num. 7o., Ley 27 de 1992 art. 7o. - 8o., Decreto 2400 de 1968 art. 25) como facultad del ejecutivo y constituye causal de retiro del servicio; las consecuencias de esta medida frente a cada situación individual, en verdad no son iguales, porque el legislador distingue entre quien no es funcionario de carrera y el que sí está inscrito en ella, en el primer evento llenamente se da la causal de retiro sin consecuencias por estar frente a un funcionario de libre nombramiento y remoción; en tanto que frente a la segunda hipótesis, se está ante el servidor público titular de unos derechos adquiridos, los cuales se sacrifican ante el interés público, pero en aras de no causarle perjuicios se autoriza la indemnización o tratamiento preferencial previstos en el Decreto Ley 2400 de 1968 (Ley 27 de 1992 art. 8o., Decreto 1223 de 1993 art. 1o. y s.s., Decreto Extraordinario Departamental No. 0735 de 1990 art. 10.112.119). Entonces como la situación legal de vinculación laboral de los servidores no es igual, ante el fenómeno de la supresión tienen tratamiento diferente, sin que sea valedero invocar de esas circunstancias disímiles el derecho a la igualdad; razón por la cual en el caso materia de estudio el actor al no estar inscrito en Carrera Administrativa, no tenía los derechos que invoca.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA.

Referencia: Expediente No. 10.544 Autoridades Departamentales. Actor: Augusto W. Muñoz Ospina.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 22 de julio de 1994, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por AUGUSTO WILLIAM MUÑOZ OSPINA.

LA DEMANDA:

En el libelo demandatorio (fl. 18 a 35) eleva como pretensiones principales el demandante que se declare la nulidad del Decreto No. 602 del 25 de junio de 1993 expedido por el Gobernador del Tolima y varios de sus secretarios, mediante el cual se suprimió el cargo que ejercía el demandante como Profesional Universitario categoría IV, grado de remuneración P-1, programa Granjas y Viveros de la Secretaría de Desarrollo Agropecuario.

Como consecuencia de la nulidad se solicita a título de restablecimiento del derecho y el reintegro del actor al cargo que venía desempeñando y el pago a título de indemnización de todos los salarios dejados de percibir, gastos de representación, primas, reconocimientos, bonificaciones, subsidios, vacaciones, quinquenios, aumentos legales y extralegales, prestaciones sociales dejados de devengar, aumentos, incrementos, intereses compensatorios, moratorios, corrección monetaria y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de retiro del servicio a la del reintegro efectivo, con el valor del salario igual, similar o superior al que corresponda en el momento del cumplimiento del fallo; que se reconozca y declare que los anteriores conceptos detentan el carácter de factor salarial y se tome en cuenta ese tiempo como efectivamente servido al estado, que las liquidaciones deben efectuarse con el ajuste al valor dispuesto en el C.C.A. art. 178.

Subsidiariamente y en el evento de que se desestime la pretensión referente al pago de todos los salarios dejados de devengar desde el momento de la supresión del cargo y hasta que se haga efectivo el reintegro, solicita dar aplicación a lo dispuesto en la sentencia 479 del 13 de agosto de 1992 de la Honorable Corte Constitucional, en el sentido de condenar a pagar la indemnización a que tiene derecho por la supresión del cargo que venía ejerciendo de acuerdo con las normas legales (Decreto 1223 del 28 de junio de 1993 y demás normas concordantes).

El soporte fáctico de las súplicas en síntesis afirma: el actor se vinculó al Departamento del Tolima mediante Decreto No. 1512 del 28 de diciembre de 1990 en relación legal y reglamentaria; por oficio No. 890 de junio 28 de 1993 suscrito por el Jefe de la División de Personal de la Gobernación del Tolima se le comunicó la supresión del cargo; que el acto impugnado se profirió con desviación de poder, con vicio oculto y falsa motivación, pues no tendió al mejoramiento del servicio, ni a una real reestructuración administrativa, porque se dio fue una extralimitación de las facultades otorgadas por la

Asamblea del Tolima; finalmente se anota que el actor pertenecía a la Carrera Administrativa al tenor de lo dispuesto en la Ley 27 de 1992 arts. 2-22, Decretos Reglamentarios No. 1223 y 1224 del 29 de junio de 1993.

Se enuncian como normas violadas: C.N. arts, 2- 5- 6- 13- 25- 26- 44- 53- 58- 124- 125- 152- 300 numerales 1o. a 7o.; Ley 33 de 1985 art. 1o.; Decreto 1222 de 1986 art. 239; Ley 27 de 1992 art. 2o., 4o., 22; Decreto Reglamentario No. 1223 de 1993 art. 1o.; Decreto Reglamentario No. 1224 de 1993 art. 2o.; C.P.C. art. 177; Decreto 2400 de 1968. Se considera que el acto acusado se produjo con ostensible desviación de poder, vicio y motivación oculta, pues no tendió al mejoramiento del servicio, sino a razones partidistas, aspecto éste que en el Departamento del Tolima constituye un hecho notorio que condujo a extralimitación de funciones, porque la intención de la Ordenanza No. 011 de 1992 no era la de perseguir funcionarios probos, honestos y capaces, sino para modernizar la administración, cita los reparos de algunos Diputados a la citada ordenanza; indica que con el actuar objeto de censura se quebrantan los derechos al trabajo, la igualdad, las prerrogativas de estar en Carrera Administrativa gozando de la provisionalidad del año otorgado por la Ley 27 de 1992.

El ente oficial demandado se opuso a lo pedido por carecer de fundamentos jurídicos y fácticos y adujo haber obrado con fundamento en lo preceptuado en la C.N. art. 305 numeral 7o. Decreto Extraordinario del orden departamental No. 00735 de 1990 y que el actor no se encontraba vinculado a la Carrera Administrativa.

LA SENTENCIA:

El *a-quo* consideró que el mandatario seccional obró con soporte en lo preceptuado en la C.N. art. 305 numeral 7o., por lo tanto no quebrantó principios generales consagrados en el mismo mandato supralegal arts 53-4-26-13; de otra parte no se demostraron los supuestos fácticos que evidencien la desviación de poder en el acto atacado y la Ley 27 de 1992 no dispuso un ingreso masivo a la carrera administrativa; estima que en base a ésta última disposición legal el actor se encontraba disfrutando de estabilidad relativa, pero que el hecho de estar en carrera no implica el que no pueda suprimirse el cargo y a renglón seguido de manera contradictoria anota: **"... Esto es aún más convincente tratándose de empleos que siendo de carrera están ocupados por personas no vinculadas aún a ella como es el demandante..."**, lo anterior para llegar a la conclusión de que el Gobernador no transgredió los preceptos legales de la Ley 27 de 1992.

Finalmente anota que la pretensión subsidiaria sobre pago de indemnización por supresión del cargo, no es de recibo porque no se indica cual es la norma transgredida, ni el concepto de violación y no es admisible el ataque por infracción de consideraciones hechas en una sentencia.

EL RECURSO:

La parte demandante sustenta el recurso de alzada básicamente sobre la discrepancia en la aplicación del principio de que cuando hay una misma razón debe existir una misma

conclusión, C.N., art. 13; por esto no entiende cómo frente al plazo del año otorgado por la Ley 27 de 1992 para acreditar los requisitos de ingreso definitivo se les podía declarar insubsistentes y a otros suprimirles el cargo sin indemnización; estima ha debido respetarse ese plazo de provisionalidad par concursar e ingresas a la carrera y a la vez en los seis meses siguientes expedir el manual de funciones; hace un recuento de pronunciamientos del Tribunal del Tolima sobre la estabilidad de los servidores públicos con la expedición de la Constitución Nacional de 1991, por lo tanto en el año de provisionalidad de la Ley 27 de 1991 a todos lo niveles para poder acceder a la Carrera Administrativa no podían los nominadores proceder a retirarlos del servicio; aduce que el Gobernador del Tolima y la mayoría de nominadores si están facultados para suprimir los cargos de acuerdo al mejoramiento del servicio pero indemnizándolos tal como se hizo en entidades a nivel nacional y otras departamentales como ELECTROLIMA, TUROTOLIMA.

Aduce además, que sí se citaron como normas violadas la Ley 27 de 1992, los decretos reglamentarios de ésta; no comparte el criterio de que se han debido demandar los decretos que desarrollan las facultades de la ordenanza y que se guardó silencio sobre la violación de normas superiores, como en el aspecto relacionado con la no aportación de autorización previa y escrita de planeación departamental, de donde se desprende que la selección fue con criterio político y sin buscar el mejoramiento real del servicio.

POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto en el caso objeto de estudio.

CONSIDERACIONES:

Del contenido de la sentencia materia de apelación y los argumentos soporte del recurso de alzada, se tiene que el eje central de la controversia lo constituye el dilucidar si el actor estaba en carrera administrativa o no, con estabilidad laboral relativa; al respecto se analiza:

La carrera administrativa como presupuesto de garantía y eficacia en el buen servicio administrativo, regula los derechos, deberes, ingreso, permanencia y remoción de los servidores estatales; esta valoración e incorporación de la persona humana en el desarrollo de las tareas de la función pública tiene en la Constitución Nacional de 1991 consagración especial; es así como el artículo 125, dispone que los empleados en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo excepciones allí enunciadas; el inciso tercero de este precepto supralegal dice: **"...El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes..."**

La Ley 27 de 1992, desarrolla el art. 125 de la C.N.; su espíritu es el regular la extensión de la Carrera Administrativa, mientras se expiden los nuevos estatutos

especiales; otorga un sistema nacional y territorial unificado e indica que por regla general todos los servidores oficiales son de Carrera Administrativa, salvo las excepciones allí previstas; el artículo 22 ibídem consagra un ingreso extraordinario sin proceso de selección para empleados del nivel territorial que lleguen a desempeñar cargos de Carrera Administrativa, que de acuerdo con la nueva ley podrán ingresar a ella si acreditan dentro del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en manuales o en equivalencias establecidos en los Decretos 583 de 1984, 573 de 1988 y Ley 61 de 1987; quienes no lo acrediten y sigan en servicio pueden solicitar su inscripción, cuando acrediten tales requisitos; quienes no actuaren dentro del referido término quedarán de libre nombramiento y remoción.

El tenor de la Ley 27 de 1992 y lo consignado en los párrafos que anteceden, indican que en ningún momento la norma supralegal a la legal han establecido ingreso masivo y automático a la Carrera Administrativa; se expresa sí una política estatal en el sentido de constituir como norma general su instauración. Ahora, el término del año se refiere a un plazo de transición para que los servidores estatales que no quedaron ubicados dentro del régimen de excepción (art. 4°, Ley 27 de 1992 y C.N. art. 125), acrediten el cumplimiento de los requisitos por manual de funciones y ley, para ingresar a la Carrera Administrativa y ante tal evidencia la administración culmine el respectivo proceso administrativo que legalice el ingreso como funcionario de carrera, por lo tanto antes del pronunciamiento oficial de aceptación en la Carrera Administrativa del aspirante, sólo hay una expectativa y no de derechos causados de estabilidad relativa.

Estas razones llevan a la conclusión de que AUGUSTO WILLIAM MUÑOZ OSPINA el 25 de junio de 1993, mediante el cual se suprimió el cargo, no estaba en Carrera Administrativa ni disfrutaba de estabilidad relativa.

Aclarado el punto que antecede, se observa que el Decreto 602 de 1993 (Fl 3 a 7), fue expedido con fundamento en la facultad constitucional otorgada los gobernadores, C.N. art. 305, numeral 7, y el Decreto Departamental Extraordinario No. 0735 de julio 30 de 1990 (fls. 1 a 46 cuaderno anexo No. 2), dentro de la política de modernización y racionalización de las plantas de personal al servicio del Estado en el nivel departamental.

El tercer punto de inconformidad es lo que atañe con el derecho a la igualdad, C.N. art. 13; al respecto se observa: cierto es que el precepto supralegal consagra el derecho de igualdad de las personas ente la ley, pero debe entenderse que es frente a situaciones idénticas.

La supresión de empleos está consagrada constitucional y legalmente a nivel nacional y territorial (C.N. art. 189 numeral 14; art. 305 numeral 7o., Ley 27 de 1992 art. 7o. - 8o., Decreto 2400 de 1968 art. 25) como facultad del ejecutivo y constituye causal de

retiro del servicio; las consecuencias de esta medida frente a cada situación individual, en verdad no son iguales, porque el legislador distingue entre quien no es funcionario de carrera y el que sí está inscrito en ella, en el primer evento llanamente se da la causal de retiro sin consecuencias por estar frente a un funcionario de libre nombramiento y remoción; en tanto que frente a la segunda hipótesis, se está ante el servidor público titular de unos derechos adquiridos, los cuales se sacrifican ante el interés público, pero en aras de no causarle perjuicios se autoriza la indemnización o tratamiento preferencial previstos en el Decreto Ley 2400 de 1968 (Ley 27 de 1992 art. 8o., Decreto 1223 de 1993 art. 1o. y s.s., Decreto Extraordinario Departamental No. 0735 de 1990 art. 10-112-119).

Entonces, como la situación legal de vinculación laboral de los servidores no es igual, ante el fenómeno de la supresión tienen tratamiento diferente, sin que sea valedero invocar de esas circunstancias disímiles el derecho a la igualdad; razón por la cual en el caso materia de estudio el actor al no estar inscrito en Carrera Administrativa, no tenía los derechos que invoca.

El análisis consignado muestra que en verdad el acto atacado no quebranta ningún precepto constitucional ni legal; tampoco se probó que la motivación hubiese sido por fines políticos o de otra índole que distorsionaran el principio rector del buen servicio y si bien no se allegó el concepto de Planeación para la reestructuración de la planta de personal, esto obedeció a falta de interés de quien pretendía probar ese tópico (cuaderno anexo No. 3, fl. 25, C.P.C., art. 177)

Por consiguiente, no puede prosperar la petición de nulidad del acto demandado, y en tal virtud se confirmará la sentencia apelada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994), mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda, en el juicio adelantado por AUGUSTO WILLIAM MUÑOZ OSPINA contra el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA (SECRETARÍA DE DESARROLLO AGROPECUARIO).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Publíquese en los anales del Consejo de Estado.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 16 de marzo de 1995.

JOAQUIN BARRETO RUIZ
Ausente

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MIRYAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

CARRERA ADMINISTRATIVA/INGRESO EXTRAORDINARIO-Requisitos/ **DERECHO A LA IGUALDAD/SUPRESION DE EMPLEOS/EMPLEADO DEL NIVEL TERRITORIAL/INDEMNIZACION POR RETIRO DEL SERVICIO**

La Carrera Administrativa como presupuesto de garantía y eficacia en el buen servicio administrativo, regula los derechos, deberes, ingreso, permanencia y remoción de los servidores estatales; esta valoración e incorporación de la persona humana en el desarrollo de las tareas de la Función Pública tienen en la Constitución Nacional de 1991 consagración especial; es así como el artículo 125, dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones allí enunciadas, el inciso tercero de este precepto supralegal dice "...El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso a los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. La ley 27 de 1992, desarrolla el artículo 125 de la C.N., su espíritu es de regular la extensión de la Carrera Administrativa, mientras se expiden los nuevos estatutos especiales; otorga un sistema nacional y territorial unificado e indica que por regla general todos los servidores oficiales son de Carrera Administrativa, salvo las excepciones allí previstas; el artículo 22 *ibídem* consagra un ingreso extraordinario sin proceso de selección para empleados del nivel territorial que lleguen a desempeñar cargos de la Carrera Administrativa, que de acuerdo con la nueva ley, podrán ingresar a ella si acreditan dentro del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en manuales o en equivalencias establecidas en los Decretos 583 de 1984, 573 de 1988 y ley 61 de 1987; quienes no lo acrediten y sigan en servicio pueden solicitar su inscripción, cuando acrediten tales requisitos;

quienes no actuaren dentro del referido término quedarán de libre nombramiento y remoción. El tenor de la ley 27 de 1992 y lo consignado en los párrafos que anteceden, indican que en ningún momento la norma supralegal o la legal han establecido ingreso masivo y automático a la Carrera Administrativa; se expresa si una política estatal en el sentido de construir como norma general su instauración. Ahora, el término del año se refiere a un plazo de transición para que los servidores estatales que no quedaron ubicados dentro del régimen de excepción (art. 4o. Ley 27 de 1992 y C.N., art. 125), acrediten el cumplimiento de los requisitos por manual de funciones y ley, para ingresar a la Carrera Administrativa y ante tal evidencia la administración culmine el respectivo proceso administrativo que legalice el ingreso como funcionario de carrera, por lo tanto antes del pronunciamiento oficial de aceptación en la Carrera Administrativa del aspirante, sólo hay una expectativa y no derechos causados de estabilidad relativa. Lo que atañe con el derecho a la igualdad, C.N. art. 13, al respecto se observa: cierto es que el precepto supralegal consagra el derecho de igualdad de las personas ante la ley, pero debe entenderse que es frente a situaciones idénticas. La supresión de empleos está consagrada constitucional y legalmente a nivel nacional y territorial (C.N., art. 189, numeral 14, art. 305 numeral 7o.; ley 27 de 1992 art. 8o. Decreto 2400 de 1968, art. 25) como facultad del ejecutivo y constituye causal de retiro del servicio, las consecuencias de esta medida frente a cada situación individual, en verdad no son iguales, por que el legislador distingue entre quien no es funcionario de carrera y el que si está inscrito en ella, en el primer evento llanamente se da la causal de retiro sin consecuencias por estar frente a un funcionario de libre nombramiento y remoción; en tanto que frente a la segunda hipótesis, se está ante el servidor público titular de unos derechos adquiridos, los cuales se sacrifican ante el interés público, pero en aras de no causarle perjuicios se autoriza la indemnización o tratamiento preferencial previstos en el decreto ley 2400 de 1968 (ley 27 de 1992 art. 8o. Decreto 1223 de 1993 art. 1o. y s.s., Decreto Extraordinario Departamental No. 0735 de 1990 art. 10-112-119).

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA.

Referencia: Expediente No. 10.715. Autoridades Departamentales. Actor: ELSA L. CUARTAS DE RESTREPO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 16 de agosto de 1994, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por ELSA LEONOR CUARTAS DE RESTREPO.

LA DEMANDA:

En el libelo demandatorio (fl. 17 a 34 y 36) eleva como pretensiones principales la demandante que se le declare la nulidad del Decreto No. 237 del 26 de marzo de 1993 expedido por el Gobernador del Tolima y varios secretarios mediante el cual se suprimió el cargo que ejercía la demandante como Asistente Técnico- Categoría I Grado de remuneración T-15. División Fomento Agropecuario.

Como consecuencia de la nulidad se solicita a título de restablecimiento de derecho el reintegro de la demandante al cargo que venia desempeñando y el pago a título de indemnización de todos los salarios dejados de percibir, gastos de representación, primas, reconocimientos, bonificaciones, subsidios, vacaciones, quinquenios, aumentos legales y extralegales, prestaciones sociales dejados de devengar, aumentos, incrementos, intereses compensatorios, moratorios, corrección monetaria y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de retiro de servicio a la de reintegro efectivo, con el valor de salario igual, similar o superior al que corresponda en el momento del cumplimiento del fallo; que se reconozca y declara que los anteriores conceptos detentan el carácter de factor salarial y se tome en cuenta ese tiempo como efectivamente servido al estado, que las liquidaciones deben efectuarse con el ajuste al valor dispuesto en el C.C.A., art. 178.

Subsidiariamente y en el evento de que se desestime la pretensión referente al pago de todos los salarios dejados de devengar desde el momento de la supresión del cargo y hasta que se haga efectivo el reintegro, solicita dar aplicación a lo dispuesto en la sentencia 479 del 13 de agosto de 1992 de la Honorable Corte Constitucional, en el sentido de condenar a pagar la indemnización a que tiene derecho por la supresión del cargo que venia ejerciendo de acuerdo a las normas legales (Decreto 1223 del 28 de junio de 1993 y demás normas concordantes).

El soporte fáctico de las súplicas en síntesis afirma: la actora se vinculó al Departamento del Tolima mediante Decreto 1632 del 15 de octubre de 1980 en relación legal y reglamentaria; por oficio No. 440 de marzo 26 de 1993 suscrito por el jefe de la División de Personal de la Gobernación del Tolima se le comunico la supresión del cargo; que el acto impugnado se profirió con desviación de poder, con vicio oculto y falsa motivación, pues no tendió al mejoramiento del servicio, ni a una real estructuración administrativa, porque se dio fue una extralimitación de las facultades otorgadas por la Asamblea del Tolima; finalmente se anota que la actora pertenece a la Carrera Administrativa al tenor de lo dispuesto en la Ley 27 de 1992 arts. 2-22. Decretos Reglamentarios No. 1223 y 1224 del 29 de junio de 1993.

Se enuncian como normas violadas: C.N., arts. 2-5-6-13-25-26-44-53-58-124-125-152-300 numerales 1o. a 7o.; Ley 33 de 1985 art. 1o., Decreto 1222 de 1986 art. 239; Ley 27 de 1992 art. 2o., 4o., 22; Decreto Reglamentario No. 1223 de 1993 art. 1o., Decreto Reglamentario No. 1224 de 1993 art. 2o.; C.P.C., art. 177; Decreto 2400 de 1968. Se considera que el acto acusado se produjo con ostensible desviación de poder, vicio y motivación oculta, pues no tendió al mejoramiento del servicio, sino a razones

partidistas, aspecto éste que en el Departamento del Tolima constituye un hecho notorio que condujo a extralimitación de funciones, porque la intención de la ordenanza No. 011 de 1992 no era la de perseguir funcionarios probos, honestos y capaces, sino para modernizar la administración, cita los reparos de algunos Diputados a la citada ordenanza; indica que con la actuara objeto de censura se quebrantan los derechos al trabajo, la igualdad, las prerrogativas de estar en Carrera Administrativa gozando de la provisionalidad del año otorgado por la Ley 27 de 1992.

El ente oficial demandado se opuso a lo pedido por carecer de fundamentos jurídicos y fácticos, adujo haber obrado con fundamento en lo preceptuado en la C.N. art. 305 numeral 7°., Decreto Extraordinario del orden departamental No. 00735 de1990 y que la actora no se encontraba vinculada a la Carrera Administrativa.

LA SENTENCIA:

El *a-quo* consideró que el mandatario seccional obró con soporte en lo preceptuado en la C.N., art. 305 numeral 7o., por lo tanto no quebrantó principios generales consagrados en el mismo mandato supralegal arts. 53-4-26-13; de otra parte no se demostraron los supuestos fácticos que evidencien la desviación del poder en el acto atacado y la Ley 27 de 1992 no dispuso un ingreso masivo a la Carrera Administrativa; estima que en base a esta ultima disposición legal la actora se encontraba disfrutando de estabilidad relativa, pero que el hecho de estar en carrera no implica el que no pueda suprimirse el cargo y a renglón seguido de manera contradictoria anota: **"... Esto es aún más convincente tratándose de empleos que siendo de carrera están ocupados por personas no vinculadas aún a ella como es el demandante..."**, lo anterior para llegar a la conclusión de que el Gobernador no transgredió los preceptos legales de la Ley 27 de 1992.

Finalmente anota que la pretensión subsidiaria sobre pago de indemnización por supresión del cargo, no es de recibo por que no se indica cual es la norma transgredida, ni el concepto de violación y no es admisible el ataque por infracción de consideraciones hechas en una sentencia.

EL RECURSO:

La parte demandante sustenta el recurso de alzada básicamente sobre la discrepancia en la aplicación del principio de que cuando hay una misma razón debe existir una misma conclusión, C.N., artículo 13; por esto no entiende como frente al plazo del año otorgado por la Ley 27 de 1992 para acreditar los requisitos de ingreso definitivo se les podía declarar insubsistentes y a otros suprimirles el cargo sin indemnización: estima ha debido respetarse ese plazo de provisionalidad para concursar e ingresar a la carrera y a la vez en los seis meses siguientes expedir el manual de funciones; hace un recuento de pronunciamientos del Tribunal de Tolima sobre la estabilidad de los servidores públicos con la expedición de la Constitución Nacional de 1991, por lo tanto en el año de provisionalidad de la Ley 27 de 1991 a todos los niveles para poder acceder a la Carrera Administrativa no podían los nominadores proceder a retirarlos del servicio; aduce que el Gobernador del Tolima y la mayoría de nominadores si están facultados para suprimir

los cargos de acuerdo al mejoramiento del servicio pero indemnizándolos, tal como se hizo en entidades a nivel nacional y otras departamentales como ELECTROLIMA, TUROTOLIMA.

Aduce además, que si se citaron como normas violadas la Ley 27 de 1992, los decretos reglamentarios de ésta; no comparte ele criterio de que se han debido demandar los decretos que desarrollan las facultades de la ordenanza y que se guardó silencio sobre la violación de normas superiores, como en el aspecto relacionado con la no aportación de autorización previa y escrita de planeación departamental, de donde se desprende que la selección fue con criterio político y sin buscar el mejoramiento real del servicio.

POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El agente del Ministerio Público no emitió concepto en el caso objeto de estudio.

CONSIDERACIONES:

Del contenido de la sentencia materia de apelación y los argumentos soporte del recurso de alzada, se tiene que el eje central de la controversia lo constituye el dilucidar si la actora estaba en carrera administrativa o no, con estabilidad laboral relativa; al respecto se analiza:

La Carrera Administrativa como presupuesto de garantía y eficacia en el buen servicio administrativo, regula los derechos, deberes, ingreso, permanencia y remoción de los servidores estatales; esta valoración e incorporación de la persona humana en el desarrollo de las tareas de la función pública tiene en la Constitución Nacional de 1991 consagración especial; es así como el artículo 125, dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones allí enunciadas, el inciso tercero de este precepto supralegal dice: **"... El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mimos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes...".**

La Ley 27 de 1992, desarrolla el art. 125 de la C.N., su espíritu es regular la extensión de la Carrera Administrativa, mientras se expiden los nuevos estatutos especiales; otorga un sistema nacional y territorial unificado e indica que por regla general todos los servidores oficiales son de Carrera Administrativa, salvo las excepciones allí previstas; el artículo 22 *ibídem* consagra un ingreso extraordinario sin proceso de selección para empleados de nivel territorial que lleguen a desempeñar cargos de Carrera Administrativa, que de acuerdo con la nueva ley, podrán ingresar a ella si acreditan dentro del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en manuales o en equivalencias establecidas en los Decretos 583 de 1984, 573 de 1988 y la Ley 61 de 1987; quienes no lo acrediten y sigan en servicio pueden solicitar su inscripción, cuando acrediten tales requisitos; quienes no actuaren dentro del referido término quedarán de libre nombramiento y remoción.

El tenor de la Ley 27 de 1992 y lo consignado en los párrafos que anteceden, indican que en ningún momento la norma supralegal o la legal han establecido ingreso masivo y

automático a la carrera Administrativa; se expresa si a una política estatal en el sentido de construir como norma general su instauración. Ahora, el término del año se refiere a un plazo de transición para que los servidores estatales que no quedaron ubicados dentro del régimen de excepción (art. 4o. Ley 27 de 1992 y C.N., art. 125), acrediten el cumplimiento de requisitos por manual de funciones y ley, para ingresar a la Carrera Administrativa y ante tal evidencia la administración culmine el respectivo proceso administrativo que legalice el ingreso como funcionario de carrera, por lo tanto antes del pronunciamiento oficial de aceptación en la Carrera Administrativa del aspirante, sólo hay una expectativa y no derechos causados de estabilidad relativa.

Estas razones llevan a la conclusión de que ELSA LEONOR CUARTAS DE RESTREPO el 26 de marzo de 1993, cuando se profirió el Decreto 237 de 1993, mediante el cual se suprimió el cargo, no estaba en Carrera Administrativa ni disfrutaba de estabilidad relativa.

Aclarado el punto que antecede se observa que el Decreto 237 de 1993 (fl. 3 a 5), fue expedido con fundamento en la facultad constitucional otorgada a los gobernadores C.N., art. 305, numeral 7, y el Decreto Departamental Extraordinario No. 0735 de julio 30 de 1990 (fls. 1 a 46 cuaderno anexo No. 3), dentro de la política de modernización y racionalización de las plantas de personal al servicio del Estado en el nivel departamental.

El tercer punto de inconformidad es lo que atañe con el derecho a la igualdad, C.N., art. 13, al respecto se observa: cierto es que el precepto supralegal consagra el derecho de igualdad de las personas ante la ley, pero debe entenderse que es ante situaciones idénticas.

La supresión de empleos esta consagrada constitucional y legalmente a nivel nacional y territorial (C.N. art. 189, numeral 14, art. 305 numeral 7o.; Ley 27 de 1992 art. 8o., Decreto 2400 de 1968, art. 25), como facultad del ejecutivo y constituye causal de retiro del servicio; las consecuencias de esta medida frente a cada situación individual, en verdad no son iguales, porque el legislador distingue entre quien no es funcionario de carrera y el que si esta inscrito en ella, en el primer evento llanamente se da la causal de retiro sin consecuencia por estar frente a un funcionario de libre nombramiento y remoción; en tanto que frente a la segunda hipótesis, se esta ante el servidor público titular de unos derechos adquiridos, los cuales se sacrifican ante el interés público, pero en aras de no causarle perjuicios se autoriza la indemnización o tratamiento preferencial previstos en el decreto Ley 2400 de 1968 (Ley 27 de 1992 art. 8o. Decreto 1223 de 1993 art. 1o. y s.s., Decreto Extraordinario Departamental No. 0735 de 1990 art. 10-112-119).

Entonces como la situación legal de vinculación laboral de los servidores no es igual, ante el fenómeno de la supresión tienen tratamiento diferente, sin que sea valedero invocar de esas circunstancias disímiles el derecho a la igualdad; razón por la cual en el caso materia de estudio la demandante al no estar inscrita en Carrera Administrativa, no tenía los derechos que invoca.

El análisis consignado muestra que en verdad el acto atacado no quebranta ningún precepto constitucional ni legal, tampoco se probó que la motivación hubiese sido por fines políticos o de otra índole que distorsionaran el principio rector del buen servicio y si bien no se allego el concepto de planeación para la reestructuración de la planta de personal, esto obedeció a falta de interés de quien pretendía probar ese tópico (cuaderno anexo No. 2, fl. 19), C.P.C. art. 177).

Por consiguiente, no puede prosperar la petición de nulidad del acto demandado, y en tal virtud se confirmara la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el dieciséis (16) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994), mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda, en el juicio adelantado por ELSA LEONOR CUARTAS DE RESTREPO contra el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA (SECRETARÍA DE DESARROLLO AGROPECUARIO).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase el expediente al tribunal de origen, publíquese en los Anales del Consejo de Estado.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 16 de marzo de 1995.

JOAQUÍN BARRETO RUIZ
Ausente

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

CARRERA JUDICIAL-Régimen aplicable

El artículo 21 transitorio de la carta política de 1991 le asigno al Congreso la tarea de desarrollar los principios consignados en el 125, dentro del año siguiente a su instalación: empero, de manera previsiva señalo en su inciso cuarto que "Mientras se expiden las normas a que hace referencia este artículo, continuarán vigentes las que regulan actualmente la materia en cuanto no contraríen la Constitución". Más tarde, la Ley 27 de 1992 (Estatuto de Carrera Administrativa), señaló en su artículo 2o., inciso tercero, que " los servidores del Estado que presten sus servicios en la Presidencia de la República. Congreso de la República y por virtud de la ley, Ministerio de la Defensa, organización electoral y demás entidades y sectores con carreras especiales o sistemas especiales de administración de personal, continuarán rigiéndose por las normas vigentes para ellos consagradas en la Constitución y la Ley", "... Esas normas para el caso en estudio, son las contenidas en el D.L. No. 052 de 1987, estatuto que rige la Carrera Judicial, en tanto no resulte contrario o incompatible con la Carta Política de 1991.

JUEZ DE LA REPUBLICA-Sistema de Nombramiento/**FUNCIONARIO DE CARRERA/JUEZ DE LA REPUBLICA**-Requisitos

Según el artículo 2o. del Decreto 052 de 1987, los jueces son funcionarios. Y de su artículo 7o. se deduce que tales cargos son de carrera, es decir, que no están comprendidos dentro de las excepciones a las que se refiere el citado inciso primero del artículo 125 de la Carta Política, y, por consiguiente, su

sistema de nombramiento está ya definido en la ley. La normatividad del Decreto 052 de 1987, que, como ya se dijo, rige la carrera judicial, no regula lo atinente a los requisitos para ocupar los cargos de jueces de la República, por cuanto este aspecto se encontraba regulado en la Constitución vigente en la época en que se expidió el aludido Decreto. Si bien la Carta de 1991 otorgó al Consejo Superior de la Judicatura distintas atribuciones, tales como: elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales, administrar la carrera judicial y dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia (arts. 256 y 257), estas normas, por su mismo contexto, plantean la duda si ante la falta de requisitos de tipo legal, puede el Consejo Superior subsanarlas, por lo que sin entrar a un estudio de fondo no es posible llegar a una conclusión segura, lo que impide concretar la medida cautelar.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá. D.C., tres (3) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: DR. DIEGO YOUNES MORENO.

Referencia: Expediente No. 10.340. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: WILLIAM IGNACIO GUERRERO.

El abogado WILLIAM IGNACIO GUERRERO PRECIADO, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., demanda de esta Corporación la nulidad, previa suspensión provisional. del Acuerdo No. 70 del 27 de junio de 1994, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Por el cual se convoca un "concurso de méritos destinados a la conformación del Registro Nacional de Elegibles para los cargos de Jueces de la República. Con base en el cual las Salas Administrativas de los Consejeros Seccionales de la Judicatura elaboran las listas de los candidatos para la provisión de los mismos...".

Por reunir los requisitos legales la demanda habrá de admitirse.

LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL SOLICITADA

Expresa el accionante que el acto demandado viola manifiestamente la Carta Política. al establecer requisitos mínimos para el desempeño de los cargos de jueces, como los que señalan en el art. 2o., numeral 2-6... lo cual está atribuido a la ley, de conformidad con el artículo 125. cuya expedición corresponde al Congreso (150), que debe hacer a través de la estatutaria, conforme lo previene el artículo 152.

Desborda, así, igualmente, los artículos 286 y 257 *ejusdem.*

Viola también manifiestamente, dice, los artículos 3o., 27 y 33 del Decreto No. 052 de 1987. Por las razones que se resumen a continuación:

El artículo 3o., por cuanto los requisitos mínimos para ocupar los cargos a cuyo concurso se convoca no están sustentados en la Constitución ni en la ley, sino que son fijación arbitraria del Consejo Superior.

El artículo 27, porque desaparece la garantía de imparcialidad en la elaboración de las listas de candidatos,

Que en esta norma solo atiende el riguroso orden de méritos, y en el artículo primero de la convocatoria demandada se obvia el señalamiento de tales parámetros al establecer la realización de un "Registro Nacional de Elegibles" que podrá ser manejado al arbitrio de los Consejos Seccionales de la Judicatura.

El artículo 33, que solo autoriza la convocatoria a concurso para llenar las vacancias definitivas, hipótesis no complementada como causal para la elaboración de un "Registro Nacional de Elegibles", como se pretende a través del artículo 1o. del acuerdo demandado.

Por lo cual concluye diciendo que el acuerdo 70 de 1987, acusado, viola flagrantemente las normas que establecen el proceso de selección e ingreso a la administración judicial, al establecer la realización del señalado "Registro", sin consideraciones de preferencia a las personas que tengan los mejores puntajes o quienes ya se encuentren prestando sus servicios como funcionarios en la administración judicial en caso de que se presenten empates en los puntajes.

CONSIDERACIONES:

Como ya lo ha sostenido la Sala en ocasiones anteriores, El artículo 21 transitorio de la Carta Política de 1991 le asigno al Congreso la tarea de desarrollar los principios consignados en el 125, dentro del año siguiente a su instalación: empero, de manera previsiva señalo en su inciso cuarto que "Mientras se expiden las normas a que hace referencia este artículo, continuaran vigentes las que regulan actualmente la materia en cuanto no contraríen la constitución". Más tarde, la Ley 27 de 1992 (Estatuto de Carrera Administrativa), señalo en su artículo 2o., inciso tercero, que " los servidores del Estado que presten sus servicios en la Presidencia de la República. Congreso de la República y por virtud de la ley, Ministerio de la Defensa, organización electoral y demás entidades y sectores con carreras especiales o sistemas especiales de administración de personal, continuaran rigiéndose por las normas vigentes para ellos consagradas en la Constitución y la Ley". (subraya la Sala)

Esas normas para el caso en estudio, son las contenidas en el D.L. No. 052 de 1987, estatuto que rige la Carrera Judicial, en tanto no resulte contrario o incompatible con la Carta Política de 1991.

El inciso tercero del artículo 125 de la C.N., determina que el ingreso y ascenso en los cargos de carrera "se harán previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley...".

Su inciso segundo preceptúa que "los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público".

Según el artículo 2o. del Decreto 052 de 1987, los jueces son funcionarios. Y de su artículo 7o. se deduce que tales cargos son de carrera, es decir, que no están comprendidos dentro de las excepciones a que se refiere el citado inciso primero del artículo 125 de la Carta Política, y, por consiguiente, su sistema de nombramiento está ya definido en la ley.

La normatividad del Decreto 052 de 1987, que, como ya se dijo, rige la carrera judicial, no regula lo atinente a los requisitos para ocupar los cargos de jueces de la República, por cuanto este aspecto se encontraba regulado en la Constitución vigente en la época en que se expidió el aludido Decreto.

Sin embargo en cuanto a la solicitud que se examina, la Sala dirá que no hay lugar a decretarla:

El numeral 2.1., por cuanto hacer solicitud de inscripción es apenas el enunciado que antecede al señalamiento de los requisitos, sin que ello se contraponga a ninguna norma reguladora de la carrera judicial en particular, ni de la función pública en general;

el 2.2., por la calidad de "ser ciudadano en ejercicio" es condición previa indispensable para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción (art. 99 de la C.N.);

el 2.3., por cuanto de conformidad con el art. 6o. de la ley 1a. de 1945. los varones no pueden tomar posesión de los empleos públicos sin haber definido su situación militar;

el 2.4., porque la condición de abogado titulado se infiere claramente del contexto del Decreto 052 de 1987, de manera especial del capítulo en donde se señalan los requisitos de otros empleos de la Rama Judicial, aparte de que se erige en condición imprescindible dada la naturaleza misma de la función a cumplir;

el 2.5., toda vez que la exigencia inicialmente allí contenida aparece en los estatutos de la función pública, tales como el Decreto 2400 de 1968 y la Ley 13 de 1984, y, "no encontraste dentro de las causales constitucionales o legales de inhabilidad o incompatibilidad", segunda exigencia allí contenida, es una condición genérica que puede hallar expresión concreta y especifica en la ley;

el 2.6., en sus subnumerales 2.6.1 y 2.6.2. e inciso final, en los cuales se fija la experiencia profesional mínima para aspirar a los cargos de jueces municipales y territoriales, y de circuito y sus equivalentes, y se exige que dicha experiencia debe ser

adquirida con posterioridad al título de abogado, toda vez que Si bien la Carta de 1991 otorgo al Consejo Superior de la Judicatura distintas atribuciones, tales como: elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales, administrar la carrera judicial y dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia (arts. 256 y 257), estas normas, por su mismo contexto, plantean la duda si ante la falta de requisitos de tipo legal, puede el Consejo Superior subsanarlas, por lo que sin entrar a un estudio de fondo no es posible llegar a una conclusión segura, lo que impide concretar la medida cautelar. La sentencia habrá de referirse a ello.

La segunda parte de la acusación se refiere a una presunta violación manifiesta de los artículos 3o., 27 y 33 del Decreto No. 052 de 1987.

Respecto del artículo 3o., dado que funda su manifiesta violación en que los requisitos exigidos en el Acuerdo no se sustentan en la Constitución ni en la ley, el accionante debe estarse a lo ya expuesto en el examen precedente.

Finalmente, sin indicar cuál o cuáles de las innumerables reglas que conforman el Acuerdo 70 de 1994, son las que vulneran las normas legales que invoca el accionante como manifiestamente infringidas, para efectos de hacer la correspondiente confrontación, como lo previene el numeral 2o. del art. 152 del C.C.A. el cargo asume un carácter genérico que es por si rasgo suficiente para desecharlo.

Pese a esgrimir que la violación se produce por cuanto al establecer la realización del Registro Nacional de Elegibles, el Acuerdo No. 070 lo hace sin hacer consideraciones preferenciales, ello no comporta el cumplimiento del elemental pero necesario requisito previsto en el artículo 152 del C.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

RESUELVE:

1) **ADMÍTESE** la demanda presentada por el abogado William Ignacio Guerrero Preciado contra el Acuerdo No. 70 del 27 de junio de 1994, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, dispone:

a) Notifíquese personalmente al Director Nacional de Administración Judicial y al Procurador Delegado ante la Corporación. Entrégueseles sendas copias de la demanda y sus anexos.

b) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días para los efectos previstos en el artículo 207-5 del C.C.A.

c) Solicítese a la autoridad que expidió el acto acusado, los antecedentes del mismo. Término quince (15) días.

2) DENIÉGASE la suspensión provisional solicitada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciséis (16) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ
Ausente

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

SERVIDORES DEL DISTRITO CAPITAL Y SUS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS/RÉGIMEN PRESTACIONAL/DISCRIMINACIÓN- Inexistencia/**CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO/NORMAS APLICABLES A EMPLEADOS PÚBLICOS/DERECHOS ADQUIRIDOS/CARRERA ADMINISTRATIVA/SUSPENSIÓN PROVISIONAL**-Improcedencia

El Presidente de la República haciendo uso de una atribución legal –art. 12 de la ley 4a. de 1992-, mediante la cual se faculta al Gobierno Nacional para fijar el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales, se limita por las normas acusadas –artículo 1o.- a fijar el régimen prestacional para las personas que con el carácter de empleados públicos se vinculen al Servicio Público en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas a partir de la vigencia del Decreto que las contiene, sin que mediante las mismas establezcan unos criterios o elementos diferenciadores entre los servidores públicos por razón de la labor intelectual o material a desempeñar, determinando para los nuevos empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público; y respetando el régimen prestacional que se venía reconociendo y pagando a los servidores del Distrito que estuviesen vinculados a éste antes de la vigencia del Decreto demandado, como se hace en el primer inciso de su artículo 2o., por lo cual no resulta evidente u ostensible el presunto quebranto del principio de igualdad a que se refiere el actor en su primera acusación. Y como quiera que en las normas acusadas no se hace la más mínima referencia al sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, sino que cobija a los servidores públicos, sin que se discrimine por ninguno de aquellos aspectos, mal puede darse la violación en forma manifiesta del artículo 13 de la Carta Política que

afirma el demandante. Pero lo más importante es destacar que lo que hacen las disposiciones acusadas no es una discriminación sino una distinción, cuya legalidad que no puede calificarse en esta etapa inicial de la *litis*. Por referirse al canon social a la ineficacia de las cláusulas de Reglamento de Trabajo que desmejoren las condiciones laborales de los trabajadores, en relación con lo establecido en las leyes, contratos individuales, pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, no es dable aducir la presunta infracción toda vez que, precisamente, las normas acusadas son de estirpe superior al reglamento, y, además implicaría un estudio a fondo. Igualmente determinar si el principio de favorabilidad consagrado en dicha disposición es o no aplicable a los empleados públicos, requiere un examen de mérito dado que el régimen que a éstos se aplica es distinto al de los trabajadores particulares que es al que pertenece la norma que se estima ostensiblemente vulnerada. En cuanto a la presunta infracción de los literales a) y b) del artículo 2o. De la ley 4a. de 1992, referente al desconocimiento de los derechos adquiridos de los servidores públicos del Estado, en el presente caso de los del Distrito Capital, y de la carrera administrativa, tampoco se da la violación manifiesta, toda vez que para llegar o no a esta conclusión se requiere de un detenido examen sobre lo que en derecho público y específicamente en materia prestacional significa el concepto de "derechos adquiridos", lo que no es procedente efectuar en este estadio del juicio, dada la índole, alcance y finalidad de la medida provisoria, sino en la sentencia que dirima la controversia, al igual que para saber si las disposiciones demandadas inciden o no en la institución de la carrera administrativa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. DIEGO YOUNES MORENO.

Referencia: Exp. No. 10.342. AUTORIDAD NACIONAL. Actor: JOSÉ CIPRIANO LEÓN CASTAÑEDA.

JOSÉ CIPRIANO LEÓN CASTAÑEDA, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demanda de esta Corporación la nulidad, previa suspensión provisional, de los artículos 1o. y 2o. (de este parcialmente) del Decreto 1133 de 1o. de junio de 1994, expedido por el Gobierno Nacional, "por el cual se fija el régimen prestacional de los empleados públicos del Distrito Capital y sus entidades descentralizadas".

Por reunir los requisitos legales, la demanda habrá de admitirse.

SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

El texto de las disposiciones cuya suspensión se solicita, es del siguiente tenor:

"Artículo 1o. Las personas que se vinculen al servicio público en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas a partir de la vigencia del presente Decreto y que

conforme a las disposiciones vigentes tengan el carácter de empleados públicos, gozarán del régimen prestacional señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Artículo 2o. Las personas que se hubieren vinculado como empleados públicos o trabajadores oficiales al Distrito Capital y a sus entidades descentralizadas antes de la vigencia de este Decreto continuarán gozando de las prestaciones que se les venía reconociendo y pagando.

Lo señalado en el inciso anterior se aplicará para los empleados públicos siempre y cuando continúen desempeñando los cargos para los cuales fueron nombrados en el momento de la vigencia de este Decreto, como para los trabajadores oficiales mientras tengan esa calidad...

Pero de este artículo, precisa el demandante, solo el inciso segundo o último es el que debe suspenderse.

Se sustenta, en síntesis, la solicitud, así:

1) Las disposiciones acusadas violan ostensiblemente los artículos 13 de la Constitución Nacional y 10 del C.S. del T. porque generan el primer grupo de servidores públicos a nivel distrital marginados, discriminados y desmejorados en sus prestaciones sociales con respecto a los antiguos servidores públicos distritales al igualarlos con los de la Rama Ejecutiva Nacional ya que los derechos adquiridos por éstos en prestaciones sociales son inferiores a los de los servidores distritales adquiridos a través de solicitudes, pactos o convenciones colectivas.

Por virtud del inciso 2o. del artículo 2o. demandado, los empleados antiguos del Distrito y sus entes descentralizados que deseen ser ascendidos mediante concurso no lo pueden hacer sin perder sus derechos prestacionales conquistados en esas entidades, pues se debe permanecer indefinidamente en el cargo.

2) Se quebrantan igualmente los artículos 109 del C.S. del T., y 2o. de la ley 4a. de 1992, en sus literales a) y b), pues se desconoce el principio de favorabilidad previsto en aquella norma, con respecto al régimen prestacional para los nuevos servidores, y para los antiguos si desean ser promocionados dentro de la carrera administrativa; al igual que se violan los derechos adquiridos y de carrera administrativa consagrados en aquellos literales.

3) En otro aparte de su solicitud de suspensión provisional y que intitula "OTRAS NORMAS Y CONCEPTO DE SU VIOLACIÓN", se limita a citar y transcribir los artículos 4o., 14, 19, 20, 21, 129 y 143 del Código Sustantivo del Trabajo, para afirmar que estas disposiciones que, dice, desarrollan los principios contenidos en los artículos 13, 25 y 53 de la Carta, son infringidos por las normas acusadas que desconocen los derechos adquiridos a que atrás hace referencia.

Manifiesta que conforme a una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de 20 de junio de 1972, de la cual transcribe apartes, que interpreta el

artículo 4o. del C.S. del T., aquellas normas laborales son aplicables tanto a los trabajadores particulares como a los servidores del Estado, cuando para éstos no existan regulaciones especiales, lo que, sostiene, refuerza su "argumento de la violación a simple vista...".

Concluye su sustentación manifestando que con la señalada discriminación que comportan las normas acusadas se vulnera el artículo 25 de la Constitución Nacional, ya que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

SE CONSIDERA:

1. Aduce el actor en una primera censura, que las pretranscritas disposiciones acusadas infringen el principio de igualdad consagrado en el artículo 10o. del C.S. del T. y 13 de la Constitución Nacional.

Conforme al mencionado artículo 10o. del Estatuto Laboral, los trabajadores ciertamente tienen las mismas protecciones y garantías, quedando abolida, en consecuencia, toda distinción jurídica entre ellos por razón del carácter intelectual o material de la labor, salvo las excepciones establecidas por la Ley.

De la comparación entre esta disposición y la acusada, no se aprecia a simple vista, la contradicción palmaria, a la que se refiere el actor.

El Presidente de la República haciendo uso de una atribución legal, –artículo 12 de la Ley 4a. de 1992–, mediante la cual se faculta al Gobierno Nacional para fijar el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales, se limita por las normas acusadas –artículo 1o.– a fijar el régimen prestacional para las personas que con el carácter de empleados públicos se vinculen al Servicio Público en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas a partir de la vigencia del Decreto que las contiene, sin que mediante las mismas se establezcan unos criterios o elementos diferenciadores entre los servidores públicos por razón de la labor intelectual o material a desempeñar, determinando para los nuevos empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público; y respetando el régimen prestacional que se venía reconociendo y pagando a los servidores del Distrito que estuviesen vinculados a éste antes de la vigencia del Decreto demandado, como se hace en el primer inciso de su artículo 2o., por lo cual no resulta evidente u ostensible el presunto quebranto del principio de igualdad a que se refiere el actor en su primera acusación

Y como quiera que en las normas acusadas no se hace la más mínima referencia al sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, sino que cobija a los servidores públicos, sin que se discrimine por ninguno de aquellos aspectos, mal puede darse la violación en forma manifiesta del artículo 13 de la Carta Política que afirma el demandante.

Pero lo más importante es destacar que lo que hacen las disposiciones acusadas no es una discriminación sino una distinción, cuya legalidad que no puede calificarse en esta etapa inicial de la *litis*.

En cuanto a que por el inciso 2o. del artículo 2o. acusado, los empleados antiguos del Distrito y de sus entes descentralizados deben permanecer indefinidamente en sus cargos para no perder sus prestaciones sociales en el evento de que deseen hacer uso del concurso propio de la carrera administrativa, es un aspecto que tampoco se aprecia en forma manifiesta ni evidente en dicha disposición a la que, desde luego, no podría llegarse sino a través de un análisis de fondo que se hará desde luego, en la sentencia.

2. En una segunda parte de la acusación el actor se refiere a una manifiesta violación de los artículos 109 del C. S. del T. y literales a) y b) del artículo 2o. de la Ley 4a. de 1992. En cuanto a aquella transgresión, cabe decir simplemente que, por referirse al canon social a la ineficacia de las cláusulas de Reglamento de Trabajo que desmejoren las condiciones laborales de los trabajadores, en relación con lo establecido en las leyes, contratos individuales, pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, no es dable aducir la presunta infracción toda vez que, precisamente, las normas acusadas son de estirpe superior al reglamento, y además implicaría un estudio a fondo. Igualmente determinar si el principio de favorabilidad consagrado en dicha disposición es o no aplicable a los empleados públicos, requiere un examen de mérito dado que el régimen que a éstos se aplica es distinto al de los trabajadores particulares que es al que pertenece la norma que se estima ostensiblemente vulnerada. No se aprecia a simple vista que se afecten con las disposiciones acusadas las prestaciones sociales de los servidores Distritales.

En cuanto a la presunta infracción de los literales a) y b) del artículo 2o. de la Ley 4a. de 1992, referente al desconocimiento de los derechos adquiridos de los servidores públicos del Estado, en el presente caso de los del Distrito Capital, y de la carrera administrativa, tampoco se da la violación manifiesta, toda vez que para llegar o no a ésta conclusión se requiere de un detenido examen sobre lo que en derecho público y específicamente en materia prestacional significa el concepto de "derechos adquiridos", lo que no es procedente efectuar en este estadio del juicio, dada la índole, alcance y finalidad de la medida provisoria, sino en la sentencia que dirima la controversia, al igual que para saber si las disposiciones demandadas inciden o no en la institución de la carrera administrativa, pues no de una simple confrontación entre estas normas y las que se estiman violadas aparece la transgresión alegada. Menos aún se da la manifiesta violación cuando en aquellas disposiciones no se hace mención literal de los referidos conceptos.

3) La tercera censura, que alude a la presunta violación manifiesta de los artículos 4o., 14, 19, 20, 21, 129 y 143 del C. S. del T. y del artículo 25 de la Carta, amerita también un despacho favorable, pues parte del supuesto de la prosperidad del cargo precedente sobre violación de derechos adquiridos. La violación de norma superior por la escisión en dos grupos: privilegiados y marginados, con salarios diferentes será justamente materia del fallo de fondo.

Finalmente, el traer a colación apartes de un fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, proferido en 1972, que interpreta el alcance del artículo 4o. del C. S. del

T., demuestra la necesidad del examen de doctrinas cuyo estudio será oportuno pero en sentencia que ponga fin a la contención.

Por lo anterior, habrá de denegarse la suspensión provisional solicitada.

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

RESUELVE:

1) **ADMÍTESE** la demanda presentada por el ciudadano JOSÉ CIPRIANO LEÓN CASTAÑEDA contra el Decreto 1133 de 1994, expedido por el Gobierno Nacional. En consecuencia, dispone:

a) **NOTIFÍQUESE** personalmente a los señores Ministro de Gobierno, de Hacienda y Crédito Público, de Trabajo y Seguridad Social; al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, a la Procuradora Delegada ante la Corporación y al Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, D.C.. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos.

b) **FÍJESE** el negocio en lista por el término de cinco (5) días para los efectos previstos en el artículo 207-5 del C.C.A.

c) Solicítese a la autoridad que expidió el acto acusado, los antecedentes del mismo. Término quince (15) días.

2) **DENIÉGASE** la suspensión provisional solicitada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciséis (16) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ
Ausente

JAVIER DÍAZ BUENO
Conjuez - Ausente

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

CARRERA JUDICIAL-Régimen aplicable/**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**-Funciones/**LISTA DE ELEGIBLES/ASPIRANTES**-Requisitos/**CIUDADANO EN EJERCICIO/DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN MILITAR/ABOGADO TITULADO/SUSPENSIÓN PROVISIONAL**-Improcedencia

De conformidad con el artículo 256 de la Constitución Nacional, corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley...; 1. Administrar la carrera judicial. 2. Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla. Se exceptúa la jurisdicción penal militar que se regirá por normas especiales. El artículo 125 de la Constitución dispone en su inciso segundo que "Los funcionarios, cuyo sistema o nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público." Según el artículo 2o. del citado Decreto 0052 de 1987, los magistrados son funcionarios, y de su artículo 7o. se desprende que tales cargos son de carrera, excepción hecha de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, es decir, que su sistema de nombramiento está ya definido en la ley. La normatividad del Decreto 052 de 1987, que como atrás se dijo, rige la carrera judicial, no regula lo atinente a los requisitos para ocupar los cargos de magistrados de Tribunales Superiores y Administrativos, por cuanto este aspecto se encontraba regulado en la Constitución vigente en la época en que se expidió el aludido Decreto. Si bien la Carta de 1991 otorgó al Consejo Superior de la Judicatura distintas atribuciones, tales como; elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales, administrar la carrera

judicial y dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia (arts. 256 y 257). Estas normas, por su mismo contexto, plantean la duda de si ante la falta de requisitos de tipo legal, puede el Consejo Superior subsanarlas, por lo que sin entrar a un estudio de fondo no es posible llegar a una conclusión segura, lo que impide decretar la medida cautelar. La sentencia habrá de referirse a ello.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. DIEGO YOUNES MORENO.

Referencia: Expediente No. 10.504. Actor: Juan Manuel Rodríguez Ochoa. AUTORIDADES NACIONALES.

El abogado JUAN MANUEL RODRÍGUEZ OCHOA, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demanda de esta Corporación la nulidad, previa suspensión provisional, del Acuerdo No. 52 de 19 de mayo de 1994, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se acordó convocar un concurso de méritos destinado a la conformación de lista del Registro Nacional de Elegibles para ocupar los cargos de Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en cuanto estableció los requisitos a los aspirantes a ocupar esas posiciones.

Por reunir los requisitos legales, la demanda habrá de admitirse.

LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL SOLICITADA

Expresa el accionante que el Acuerdo demandado viola flagrantemente los artículos 256, 150, 152-b y 125 de la Constitución Política.

Aduce, al respecto, que la función de legislar es exclusiva del Congreso por lo que no podía el Consejo Superior de la Judicatura hacerlo so pretexto de la función de administrar la Carrera Judicial. Porque si bien es cierto que el artículo 256 lo facultó para elaborar las listas de candidatos para la elección de funcionarios judiciales, no lo es menos que la misma disposición le impuso la exigencia de que para elaborarlos debe hacerlo de conformidad con la ley.

Señala que sin existir ley que así lo consagre, se estableció, por ejemplo, como requisito para Magistrado de Tribunal Superior, ocho (8) años de experiencia profesional, desconociendo que todos los aspectos atinentes a la administración de justicia deben ser regulados únicamente mediante la ley estatutaria, función ésta que aún no ha cumplido el Congreso para regular la Carrera Judicial.

La ley, pues, dice, es el único mecanismo válido para consagrar en forma definitiva los requisitos para ocupar cargos en la Rama Judicial respecto de los cuales no se ocupó el Constituyente de 1991.

Señala, que no se citaron las normas constitucionales y legales en las cuales se dice fundar la expedición del acto.

CONSIDERACIONES:

De conformidad con el artículo 256 de la Constitución Nacional, corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a (sic) la ley...: 1. Administrar la carrera judicial. 2. Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla. Se exceptúa la jurisdicción penal militar que se regirá por normas especiales." (Subraya la Sala).

En decisión de esta Sala, con ocasión de la suspensión provisional del mismo Acuerdo que ahora se cuestiona, se reiteró lo que se dijo a propósito de la misma medida provisoria en la relación con el Acuerdo No. 087 de 23 de noviembre de 1993 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (Auto de 5 de septiembre de 1994: exp. No. 10224; Actor: Luís F. Caicedo: Consejero Ponente: Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora).

Allí se dijo:

> "El artículo 21 transitorio de la Carta de 1991 le asignó al Congreso la tarea de desarrollar los principios consignados en el canon 125 dentro del año siguiente a su instalación; empero, no le impuso como condición *sine qua non,* la de expedir un estatuto de carrera global o genérico. De modo previsivo, señaló en su inciso cuarto que "Mientras se expiden las normas a que hace referencia este artículo, continuarán vigentes las que regulan actualmente la materia en cuanto no contraríen la Constitución." Por consiguiente, en lo relacionado con carrera judicial las normas preexistentes continuaron rigiendo porque la Ley 27 de 1992 (29 de diciembre), a la par que expidió el Estatuto de Carrera Administrativa, dispuso en su artículo 2, inciso 3o., que "Los servidores del Estado que presten sus servicios a la Presidencia de la República, Congreso de la República y por virtud de la ley, Ministerio de Defensa, organización electoral y demás entidades y sectores con carreras especiales o sistemas especiales de administración de personal, continuarán rigiéndose por las normas vigentes para ellos consagradas en la Constitución y la Ley". (se subraya).

Igualmente se señaló en aquella oportunidad, y a continuación de esta transcripción, lo siguiente:

"Por tanto la ley de Carrera Judicial es el D.L. 052 de 1987."

"En aplicación del inciso 1° del artículo 256 de la norma superior, ésa es la ley que debe observar el Consejo Superior de la Judicatura para los efectos de ejercer sus atribuciones como administrador de la Carrera Judicial....".

De otra parte, el artículo 125 de la constitución dispone en su inciso segundo que "los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.".

Según el artículo 2o. del citado Decreto 0052 de 1987, los magistrados son funcionarios. Y de su artículo 7o. se desprende que tales cargos son de carrera, excepción hecha de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, es decir, que su sistema de nombramiento está ya definido en la ley.

También aquella norma constitucional dispone en su inciso tercero que "El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.".

La normatividad del Decreto 052 de 1987, que como atrás se dijo, rige la carrera judicial, no regula lo atinente a los requisitos para ocupar los cargos de magistrados de Tribunales Superiores Administrativos, por cuanto este aspecto se encontraba regulado en la Constitución vigente en la época en que se expidió el aludido Decreto.

Sin embargo, en cuanto a la solicitud que se examina, la Sala dirá que no hay lugar a decretarla:

El numeral 1.1. porque la calidad de ser ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción (art. 99 de la C.N.);

el 1.2, por cuanto de conformidad con el art. 6° de la Ley 1ª de 1945, los varones no pueden tomar posesión de los empleos públicos sin haber definido su situación militar.

el 1.3, porque la condición de abogado titulado se infiere claramente del contexto del Decreto 052 de 1987, de manera especial del capítulo en donde se señalan los requisitos de otros empleos de la Rama Judicial, en donde, por ejemplo, se exige tener título de abogado para desempeñar el cargo de Secretario de Tribunal (art. 41), aparte de que se erige en condición imprescindible dada la naturaleza misma de la función a cumplir;

los numerales 1.4, 1.5, y 1.6, toda vez que las exigencias allí contenidas aparecen en los estatutos de la función publica, tales como el Decreto 2400 de 1968 y la Ley 13

de 1984, y, por consiguiente, en principio no puede afirmarse que tales numerales desconozcan manifiestamente el ordenamiento jurídico superior.

El numeral 1.7, por cuanto la exigencia de "No encontrarse dentro de las causales constitucionales o legales de inhabilidad o incompatibilidad", es una condición genérica que puede hallar expresión concreta y específica en la ley; y

el numeral 1.8, según el cual debe acreditarse experiencia profesional por un lapso no menor a ocho años, adquirida con posterioridad al título de abogado, toda vez que si bien la Carta de 1991 otorgó al Consejo Superior de la Judicatura distintas atribuciones, tales como; elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales, administrar la carrera judicial y dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia (arts. 256 y 257), estas normas, por su mismo contexto, plantean la duda de si ante la falta de requisitos de tipo legal, puede el Consejo Superior subsanarlas, por lo que sin entrar a un estudio de fondo no es posible llegar a una conclusión segura, lo que impide decretar la medida cautelar. La sentencia habrá de referirse a ello.

Anota el accionante que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expide el acto acusado sin expresar específicamente las normas constitucionales y legales, que solo invoca genéricamente, pero ello, *per se,* no explica de ningún modo el quebranto ostensible de las normas que señala como presuntamente infringidas.

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

RESUELVE:

1) **ADMÍTESE** la demanda presentada por el abogado JUAN MANUEL RODRÍGUEZ OCHOA contra el Acuerdo No. 52 de 19 de mayo de 1994, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, dispone:

a) Notifíquese personalmente al Director Nacional de Administración Judicial y a la Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado. Entrégueseles sendas copias de la demanda y sus anexos.

b) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días para los efectos previstos en el artículo 207-5 del C.C.A.

c) Solicítese a la autoridad que expidió el acto acusado, los antecedentes del mismo. Término quince (15) días.

2) DENIÉGASE la suspensión provisional solicitada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciséis (16) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ
Ausente

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

DEMANDA/COPIA-Autenticación/**JEFES DE DEPENDENCIAS ADMINISTRATIVAS**-Función/**COPIAS**-Expedición/**LITIS CONSORCIO PASIVO**-Inexistencia/**RETIRO DEL SERVICIO**-Demanda/**INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES/ALCALDES MUNICIPALES**-Función/**NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN/ENTIDADES DESCENTRALIZADAS/EMPOPASTO S.A./RETIRO DEL SERVICIO**

Resulta inaceptable para la Sala que el *a-quo*, después de haber admitido que al accionante subsanó la demanda de los defectos que se le habían puesto de presente, como lo dijo en providencia, aduzca, al momento de su fallo, precisamente la no observancia de tales exigencias, invocando en forma desacertada lo normado por los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil, preceptivas que en manera alguna manera están indicando que para que una copia se tenga como auténtica es necesario que además de haberlo certificado el funcionario, se anexe constancia de la petición del interesado o de la autorización del funcionario competente para su expedición. Pero además, lo reglado en los artículos 253 y 254 del C.P.C. debe entenderse en concordancia con los artículos 315 a 320 del Código de Régimen Político y Municipal que señalan como un deber de los jefes de las dependencias administrativas, la expedición de las copias de los documentos que existan en los archivos de la administración pública tanto del orden nacional como departamental y municipal. Por manera que la exigencia del artículo 139 inciso 3o. del C.C.A., ha de entenderse en armonía con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y las del Código de Régimen Político y Municipal, de las cuales se infiere; 1o. Que las copias de los documentos pueden consistir en transcripción o reproducción mecánica del

original. 2o. Que los funcionarios públicos están facultados para expedir copias de los documentos que se encuentren en su oficina ya sean transcripciones o reproducciones mecánicas. 3o. Que los notarios pueden autenticar las copias que se le presenten, previo cotejo con el original o con copia autenticada del documento y los jueces de la misma manera en el caso previsto en el inciso tercero del artículo 254 del C.P.C. De otra parte, tampoco se encuentra la falta de integración del *litis* consorcio en forma pasiva, como lo manifiesta el *a-quo,* por no haberse demandado el nombramiento del funcionario que reemplazó al accionante. En reiteradas oportunidades esta Sala ha dicho que cuando se demanda actos de retiro del servicio, no es necesario dirigir también la acusación contra el acto de designación del funcionario que entra a reemplazarlo, como quiera que la relación jurídica sustancial se plantea exclusivamente entre el accionante y la administración y no entre éstos y el funcionario reemplazante. Tampoco se encuentra la indebida acumulación de pretensiones que dice el *a-quo* ver en el libelo, por haberse demandado también el acto del Consejo Directivo de la empresa que recomendó la remoción del accionante, pues si bien no es un acto administrativo, como que no contiene la voluntad de al administración para producir el efecto jurídico de retiro del servicio, la inhibición para fallar sobre su legalidad no alcanza a comprender las otras pretensiones que fueron planteadas en forma independiente. Por lo tanto, la imposibilidad de juzgar su legalidad solo puede predicarse respecto de dicha acusación. Para entonces, en cambio, estaba en vigencia la ley 49 de 1987 que le asignó a los Alcaldes Municipales en su carácter de jefes de la administración local, la función de nombrar y remover libremente o los gerentes o directores de las entidades descentralizadas del orden municipal. Esta atribución comprende los nombramientos de gerentes de todas las entidades del orden municipal, que conforme al Decreto 1050 de 1968 y 170 de 1976 pertenezcan a este género de "entidades descentralizadas" y Empopasto S.A. es una de ellas, pues según los estatutos "La Empresa de Obras Sanitarias de Pasto "EMPOPASTO " S.A." es una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, de segundo grado, anónima, que se rige por las leyes colombianas, por los presentes estatutos, por las reglas propias de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de carácter indirecto y por el Código de Comercio, vinculada a la Alcaldía Municipal de Pasto". Y si tal facultad se confirió a los alcaldes en forma discrecional, podía ser ejercida en cualquier momento, sin sujeción a período estatutario alguno ya que la norma estatutaria que dispuso el período está en abierta contradicción con una norma superior dictada por el legislador. En reiteradas ocasiones esta Sala ha dicho que resulta una medida razonable y acorde con la buena marcha de la administración que el nominador prescinda de los funcionarios cuyas actitudes no se encuentren acordes con el manejo de las políticas trazadas por la empresa. Evidentemente, el ejercicio de la función pública

supone que en el nivel jerárquico superior el trabajo se cumpla de una forma armónica frente a los objetivos y metas fijados, por manera que si se rompe tal armonía, el nominador bien puede, en aras del buen servicio, remover los colaboradores que encuentre en disidencia con sus objetivos, como sucedió en el *sub-lite*.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

Referencia: Expediente No. 7830 Autoridades Municipales. Apelación Sentencia. Actor: JOSÉ FÉLIX MORENO MESÍAS.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal de Nariño, el 29 de octubre de 1992.

ANTECEDENTES

1.- El actor, JOSÉ FÉLIX MORENO MESÍAS, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad del acto proferido por el Consejo Directivo de la Empresa de Obras Sanitarias de Pasto "EMPOPASTO" S.A. el 18 de abril de 1991 que recomendó la remoción del cargo que desempeñaba como Gerente de la entidad y la del Decreto 226 de abril 19 de 1991 emanado del Alcalde del Municipio de Pasto, por el cual se declaró insubsistente su nombramiento. Como restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al mismo cargo que desempeñaba, la cancelación de los salarios y demás prestaciones dejados de devengar por razón al acto acusado, con los incrementos y demás emolumentos desde el 22 de abril de 1991 hasta la fecha en que se produzca efectivamente su reintegro, la declaración de que no ha existido solución de continuidad para todos los efectos prestacionales, desde la fecha de su retiro y hasta la de su reintegro y que se condene a pagar a la demandada, por lo daños causados al prestigio profesional y al buen nombre, el equivalente a 1.000 gramos oro.

2.- Alega el accionante que el acto acusado desconoció el período para el cual fue elegido, y que fue proferido con desvío de poder y falsa motivación, porque las razones en que fundamentó la entidad demandada la declaratoria de insubsistencia fueron de orden político, para satisfacer la solicitud del Concejal de Pasto, Carlos Velasco Holguín. Manifiesta además que el acto de remoción encubrió a destitución que se le hizo, sin adelantarse un proceso disciplinario conforme al trámite previsto en la Ley 13 de 1984, que le permitía defenderse de los cargos que le endilgaba el Consejo Directivo de la empresa.

3.- Las entidades demandadas, EMPOPASTO y la ALCALDÍA DE PASTO, se opusieron a las pretensiones del actor. Manifiestan, en resumen, que el Alcalde tenia facultad para remover del cargo al accionante, por virtud del artículo 5o. de la Ley 49 de 1987, que le atribuyó en su calidad de jefe de la administración municipal, la función

de nombrar y remover libremente a los funcionarios de la administración central y a los gerentes o directores de las entidades descentralizadas del orden municipal. Aducen que la preceptiva de la Ley 49 no hizo ninguna distinción para el ejercicio de esa facultad frente a los empleados que por normas de inferior categoría tuvieran señalado un período para el desempeño del cargo. Alegan que no se da el presupuesto de demanda en forma, por dos motivos: 1.- Porque la decisión del Consejo Directivo que ataca el libelista no es un acto administrativo, ya que no comporta una decisión unilateral, sino una simple recomendación y 2.- Porque el accionante no acompañó con su demanda copia hábil del decreto que lo declaró insubsistente, ni del Acuerdo del Consejo Directivo de EMPOPASTO.

4.- El Tribunal Administrativo de Nariño se inhibió para hacer un pronunciamiento de mérito, por falta del presupuesto procesal de demanda en forma. Consideró el *a-quo* que el accionante no acompañó copia hábil del acto acusado, porque no aportó la solicitud de la expedición de las copias que presentó con el libelo; que además, no se integró el *litis* consorcio necesario en forma pasiva, como quiera que no demandó el acto que designó su reemplazo y que existe indebida acumulación de pretensiones, por haberse demandado con el acto de insubsistencia la recomendación que formuló el Consejo Directivo, que no es un acto administrativo.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Insiste el accionante en los cargos de desvío de poder y falsa motivación que le atribuye a los actos demandados. Considera que no le asiste razón al *a-quo* para inhibirse de fallar el mérito del asunto, porque con la demanda aportó copia de los actos acusados autenticadas por la Secretaría del Consejo de Pasto y por la Secretaría Privada de la Alcaldía Municipal y que además, la exigencia del Tribunal de acompañar al libelo copias autenticadas de los actos acusados y la petición de dichos documentos ante la administración, contraría el artículo 83 de la Constitución Nacional que establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse al principio de la buena fe. Manifiesta que también erró el Tribunal al exigir además la impugnación de los actos por los cuales se designó su reemplazo, porque tal requisito no está contemplado en norma alguna y porque los decretos de nombramiento del reemplazo son ajenos al acto impugnado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Señor Procurador Cuarto Delegado ante esta Corporación solicita se revoque el fallo del *a-quo* y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. Manifiesta que no le asiste razón al Tribunal de inhibirse para fallar de fondo el asunto, porque los documentos aportados por el accionante con su libelo cumplían los requisitos el artículo 139 del C.C.A.. Considera que no era necesario, como dijo el Tribunal, demandar el acto mediante el cual se designó reemplazo al accionante, pero sí era indispensable poner en conocimiento del tercero que pudiese resultar afectado; que en el *sub-lite*, ese tercero era la persona que estuviese desempeñando el cargo de Gerente de la empresa, quien fue

notificado del auto admisorio de la demanda. Expresa que el Acuerdo contentivo de la recomendación de desvinculación del actor no es un acto administrativo, pero no es motivo suficiente para declararse inhibido el Tribunal, como quiera que su demanda, de ser totalmente ajena a la controversia, solo daría lugar a la inhibición pero únicamente respecto de él, caso que no es el del *sub-lite,* ya que el Acuerdo del Consejo debe tomarse como acto complejo, en razón de que el Consejo Directivo tiene injerencia en el nombramiento del Gerente de la empresa demandada. Finalmente considera el Señor Procurador, que el acto de remoción desconoció el artículo 24 de los estatutos de la entidad, porque no respetó el período para el cual fue elegido el accionante.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En primer lugar ha de decirse que no le asiste razón al *a-quo* para inhibirse de fallar de mérito por carencia del presupuesto procesal de demanda en forma, como quiera que los documentos que obran en el plenario a folios 59 a 92 del cuaderno ppal., dan cuenta de que el accionante cumplió con las exigencias del artículo 139 inciso 1o. del Código Contencioso Administrativo. En efecto, el actor en la oportunidad que el Tribunal le concedió para que subsanara la demanda, allegó nuevamente copias de los actos demandados –acta del Consejo Directivo de EMPOPASTO S.A. y decreto por el cual fue declarado insubsistente–, autenticados por el Secretario del Consejo Directivo y por la Secretaría Privada de la Alcaldía de San Juan de Pasto, con la constancia de la fecha en que se hizo efectivo el retiro del servicio, no obstante que ya había aportado como consta a folios 38 a 54 el acta No. 03 de 1991 que, en su sentir, contiene la solicitud de remoción formulada por el Consejo Directivo de EMPOPASTO S.A. y el Decreto de insubsistencia, autenticadas por el Secretario del Consejo Directivo de EMPOPASTO y por el Notario Tercero del Círculo de Pasto, que certifica que el contenido del Decreto corresponde al original presentado para su confrontación, así como había allegado el original de la constancia expedida por el Jefe de Personal de EMPOPASTO que prueba la fecha hasta la cual laboró para la empresa.

Resulta inaceptable para la Sala que el *a-quo,* después de haber admitido que al accionante subsanó la demanda de los defectos que se le habían puesto de presente, como lo dijo en providencia que obra a folios 81 a 83, aduzca, al momento de su fallo, precisamente la no observancia de tales exigencias, invocando en forma desacertada lo normado por los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil, preceptivas que en manera alguna están indicando que para que una copia se tenga como auténtica es necesario que además de haberlo certificado el funcionario, se anexe constancia de la petición del interesado o de la autorización del funcionario competente para su expedición.

Pero además, lo reglado en los artículos 253 y 254 del C. P. C. debe entenderse en concordancia con los artículos 315 a 320 del Código de Régimen Político y Municipal

que señalan como un deber de los jefes de las dependencias administrativas, la expedición de las copias de los documentos que existan en los archivos de la administración pública tanto del orden nacional, como departamental y municipal.

Por manera que la exigencia del artículo 139 inciso 3o. del C.C.A., ha de entenderse en armonía con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y las del Código del Régimen Político y Municipal, de las cuales se infiere:

1.- Que las copias de los documentos pueden consistir en transcripción o reproducción mecánica del original.

2.- Que los funcionarios públicos están facultados para expedir copias de los documentos que se encuentren en su oficina ya sean transcripciones o reproducciones mecánicas.

3.- Que los notarios pueden autenticar las copias que se le presenten, previo cotejo con el original o con copia autenticada del documento y los jueces de la misma manera en el caso previsto en el inciso tercero del artículo 254 del C.P.C.

En el caso *sub-lite,* el accionante aportó fotocopias del acta del Consejo Directivo, autentica por el Secretario del Consejo (fls. 38 y ss.), a cuyo cargo está la custodia del archivo de la empresa, como lo dispone el artículo 32 de los estatutos (fl. 29) y del decreto de insubsistencia, autenticado por el funcionario público que da fe que la copia es tomada del original (fl. 59), no obstante que ya lo había certificado un notario (fl. 54), por lo que se debe entender cumplido a satisfacción las exigencias del artículo 139 incisos 1o. y 3o. del C.C.A.

De otra parte, tampoco se encuentra la falta de integración del *litis* consorcio en forma pasiva, como lo manifiesta el *a-quo,* por no haberse demandado el nombramiento del funcionario que reemplazó al accionante. En reiteradas oportunidades esta Sala ha dicho que cuando se demanda actos de retiro del servicio, no es necesario dirigir también la acusación contra el acto de designación del funcionario que entra a reemplazarlo, como quiera que la relación jurídica sustancial se plantea exclusivamente entre el accionante y la administración y no entre éstos y el funcionario reemplazante.

Tampoco se encuentra la indebida acumulación de pretensiones que dice el *a-quo* ver en el libelo, por haberse demandado también el acto del Consejo Directivo de la empresa que recomendó la remoción del accionante, pues si bien no es un acto administrativo, como que no contiene la voluntad de la administración para producir el efecto jurídico de retiro del servicio, la inhibición para fallar sobre su legalidad no alcanza a comprender las otras pretensiones que fueron planteadas en forma independiente. Por lo tanto, la imposibilidad de juzgar su legalidad solo puede predicarse respecto de dicha acusación.

Los anteriores motivos imponen la revocación parcial del fallo del Tribunal y para reemplazarlo deberá entrar a estudiar la Sala los argumentos de la demanda.

Como quiera que uno de los cargos formulados contra los actos demandados se refiere al desconocimiento del período estatutario para el cual fue elegido el accionante, es preciso analizar el alcance de las normas que rigen esta clase de empresas y lo dispuesto por el artículo 5o. de la Ley 49 de 1987 en que dice la entidad demandada haber fundamentado el acto, para definir si estuvo bien definida la facultad de remoción.

De conformidad con la escritura pública No. 5821 de octubre 27 de 1989, de la Notaría Segunda del Círculo de Pasto (Fls. 11 a 18 cdno. 2), la Empresa de Obras Sanitarias de Pasto "EMPOPASTO S.A." demandada en el *sub-lite,* se definió así:

> "..... una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, de segundo grado, anónima, que se rige por las leyes colombianas, por los presentes estatutos, por las reglas propias de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de carácter indirecto y por el Código de Comercio, vinculada a la Alcaldía Municipal de Pasto..".

De acuerdo con el artículo 24 de los estatutos de la empresa,

> "El Gerente de la Empresa será el representante legal de la misma, designado por el Alcalde Mayor de la ciudad de Pasto, para períodos de dos (2) años de terna que le pase el Consejo Directivo, contados a partir de su nombramiento, y puede ser reelegido indefinidamente".

Además, dicho funcionario ostenta la calidad de empleado público, según el artículo 35 *ibídem.*

Ahora bien, no obstante que la norma estatutaria consagró un fuero de estabilidad para el cargo de gerente y que la Sala en otros casos se ha pronunciado sobre la estabilidad relativa durante el período señalado para los gerentes de las Empresas Sanitarias y de Obras Públicas por las normas estatutarias, la situación en el caso *sub-júdice* es diferente, como quiera que a la fecha de retiro del accionante se dan unos supuestos normativos distintos a los que sirvieron de fundamento a fallos anteriores, pues el decreto 2804 de 1975 cuyo artículo 28 respaldaba tales disposiciones estatutarias al señalar período a los gerentes de las Empresas de Obras Sanitarias de carácter municipal como organismos ejecutores del Instituto Nacional de Fomento Municipal, había dejado de regir.

En efecto, para la fecha en que fue designado el actor en el cargo de Gerente –10 de mayo de 1990- (fl. 35 cdno ppal.), había culminado el proceso de liquidación del Instituto de Fomento Municipal "INSFOPAL", que en orden a la descentralización de funciones en beneficio de los municipios dispuso el Decreto No. 077 de 1987, ya que éste prescribió que dicho proceso de liquidación concluiría a mas tardar el 31 de diciembre de 1989, quedando por consiguiente sin vigencia el Decreto 2804 de 1975.

Para entonces, en cambio, estaba en vigencia la Ley 49 de 1987 que le asignó a los Alcaldes Municipales en su carácter de jefes de la administración local, la función de

nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de las entidades descentralizadas del orden municipal.

Esta atribución comprende los nombramientos de gerentes de todas las entidades del orden municipal, que conforme al Decreto 1050 de 1968 y 170 de 1976 pertenezcan a este género de "entidades descentralizadas" y Empopasto S.A. es una de ellas, pues según sus estatutos "La Empresa de Obras Sanitarias de Pasto "EMPOPASTO S.A." es una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, de segundo grado, anónima, que se rige por las leyes colombianas, por los presentes estatutos, por las reglas propias de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de carácter indirecto y por el Código de Comercio, vinculada a la Alcaldía Municipal de Pasto".

Y si tal facultad se confirió a los alcaldes en forma discrecional, podía ser ejercida en cualquier momento, sin sujeción a período estatutario alguno ya que la norma estatutaria que dispuso el período está en abierta contradicción con una norma superior dictada por el legislador.

Por manera que le asiste razón a la empresa demandada para alegar que dicha facultad fue legalmente ejercida de conformidad con la Ley 49 de 1987.

Ahora bien, como el libelista acusa también el acto por desvío de poder y falsa motivación, la Sala considera dichos cargos, pero bajo el entendido de que el funcionario era de libre nombramiento y remoción, según voces de la ley 49 de 1987, y del estudio del plenario no encuentra que se haya probado los vicios que se le endilgan al acto.

Obra a folio 52 del cuaderno principal la proposición aprobada por unanimidad en la reunión del 18 de abril de 1991 del Consejo Directivo, para que se removiera al Gerente, por no seguir las políticas trazadas por las directivas y ocasionar con su actitud una " ausencia de una política económica y administrativa como soporte jurídico presupuestal y financiero coherente con las necesidades y objetivos de la Empresa". En reiteradas ocasiones esta Sala ha dicho que resulta una medida razonable y acorde con la buena marcha de la administración que el nominador prescinda de los funcionarios cuyas actividades no se encuentren acordes con el manejo de las políticas trazadas por la empresa. Evidentemente, el ejercicio de la función pública supone que en el nivel jerárquico superior el trabajo se cumpla de una forma armónica frente a los objetivos y metas fijados, por manera que si se rompe tal armonía, el nominador bien puede, en aras del buen servicio, remover los colaboradores que encuentre en disidencia con sus objetivos, como sucedió en el *sub-lite*.

De otra parte, tampoco encuentra probado la Sala que la remoción del accionante haya tenido como fin atender compromisos políticos con el Concejal de Pasto Carlos Velasco Holguín, miembro del Consejo Directivo de la Empresa, pues ninguna aprueba se allegó que así lo demuestre. Y si bien obra la intervención del señor Velasco Holguín en la reunión del 18 de abril de 1990, citada anteriormente, ella es explicable en razón de la calidad de miembro del Consejo y en cuanto a la queja presentada por él ante la

Procuraduría, por sí sola no demuestra persecución alguna del concejal, como quiera que del pliego de cargos que obra a folio 4 del cuaderno No. 2 se deduce que los hechos denunciados se relacionan con la actividad de la gerencia que debían ser de su interés como directivo de la empresa.

De manera que no siendo el accionante un funcionario de período y no habiéndose demostrado el fin desviado y la falsa motivación que se le endilga al acto de insubsistencia, ha de fallarse desfavorablemente las pretensiones del libelo.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia de octubre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y dos (1992) proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en cuanto se inhibió de pronunciarse de fondo respecto de la nulidad del Decreto 226 de 1991 del Alcalde Municipal de Pasto.

En su lugar **SE DISPONE:**

DENIÉGASE la nulidad del Decreto 226 de 1991 del Alcalde Municipal de Pasto y las pretensiones de restablecimiento del derecho formuladas como consecuencia de su nulidad.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada, aprobada y ordenada su publicación por la Sala en sesión del veintitrés (23) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

CARRERA ADMINISTRATIVA/ESCALAFÓN/EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN/COMISIÓN/DESVIACIÓN DE PODER- Inexistencia/**INSUBSISTENCIA**

Ha sostenido esta Sala que el funcionario escalafonado en carrera administrativa que pase a desempeñar otros cargos distintos de aquél en el cual está escalafonado, no pierde, en en principio, los derechos propios del escalafón en relación con ese cargo, salvo que acepte un nombramiento para ocupar un empleo de libre nombramiento y remoción, sin que medie comisión para tal efecto. Tanto en el Decreto 2400 de 1968 y su reglamento 1950 de 1973, como en la ley 61 de 1987 está prevista la figura de la comisión para que un empleado escalafonado en le carrera pueda pasar a ejercer las funciones de un cargo libre de nombramiento y remoción, sin perder los derechos de escalafonado; entre ellos, el de la estabilidad relativa. Anota la Sala, a este respecto, que el reunir los requisitos para ocupar un cargo y desempeñarlo bien, es lo mínimo que debe exigirse a un funcionario, el cual por ese solo hecho no adquiere garantía de estabilidad, porque pueden presentarse circustancias diversas que hagan aconsejable su retiro, sin perjudicar el buen servicio. Además, la declaratoria de insubsistencia es un acto independiente del nombramiento que se haga para llenar la vacante. Los vicios que afecten este último no necesariamente acarrean la nulidad del primero. Esto puede ocurrir en la medida en que se demuestre plenamente que la insubsistencia no obedeció a razones del buen servicio pues con ella y con el nuevo nombramiento, el funcionamiento de la entidad desmejoró.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrada Ponente: DRA. CLARA FORERO DE CASTRO.

Referencia: Expediente No. 7401. Autoridades Nacionales. Actor: ORLANDO CÓRDOBA GUERRERO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 30 de iulio de 1992, por el Tribunal Administrativo de Nariño.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el señor Orlando Córdoba Guerrero solicitó al Tribunal anular la resolución No. 02218 del 16 de mayo de 1991, por medio de la cual el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria declaró insubsistente su nombramiento como Director Regional de Nariño - Putumayo, lo mismo que la resolución No. 02219 de la misma fecha mediante la cual se nombró en su reemplazo al Doctor Orlando Córdoba Guerrero. Solicitó además la nulidad de los oficios mediante los cuales se comunicó la insubsistencia y el nuevo nombramiento y como consecuencia el restablecimiento del derecho.

Afirma en su demanda que ingresó al Incora desde el mes de febrero de 1968, desempeñó con honestidad y eficencia diferentes cargos, siendo nombrado como Director Regional el 9 de marzo de 1987, cargo del cual fue declarado insubsistente, mediente la resolución acusada. Resalta que era funcionario inscrito en carrera administrativa y por lo tanto gozaba de fuero de estabilidad; además, que la persona nombrada en su reemplazo no tenía la experiencia específica de 5 años, relacionada con la actividad propia del cargo, de lo cual deduce que la administración no tuvo como fin fundamental al expedir el acto, la mejora del servicio.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal negó las súplicas de la demanda, con los siguientes argumentos que se sintetizan así:

El actor ocupó diferente cargos en el Incora y fue inscrito en la carrera administrativa en forma definitiva por la resolución No. 228 de 3 de marzo de 1972, como jefe de Zona de Crédito 12. Posteriormente hizo dejación del cargo de carrera para aceptar la designación como Director Regional del Incora Nariño - Putumayo, cargo éste de libre nombramiento y remoción.

Al hacerlo perdió los derechos inherentes a la carrera puesto que no obtuvo comisión para desempeñarse como Director Regional, es decir, en un empleo de libre nombramiento y remoción.

Por otra parte, la persona nombrada para reemplazarlo ostenta títulos de idoneidad para ocupar el cargo y mediante prueba testimonial se acreditó que viene desempeñándolo con idoneidad y honorabilidad; además, de la hoja de vida que obra como prueba se deduce que posee las calidades exigidas por la resolución No. 03955 de 1990 emanada del Incora, según la cual solo es menester acreditar título profesional y una experiencia mínima de 5 años.

LA APELACIÓN

El apoderado del demandante al sustentar el recurso de apelación manifiesta su inconformidad con la sentencia del Tribunal al considerar que la persona que reemplazó a su mandante no demostró una experiencia "específica o relacionada" de 5 años como lo ordena la resolución No. 03955.

En consecuencia, estima que la desviación de poder es evidente, en razón a que no se mejoró el servicio.

CONSIDERACIONES

Son dos los motivos fundamentales alegados en la demanda para solicitar la nulidad de los actos administrativos acusados. El primero se refiere a la inscripción del actor en el escalafón de la carrera administrativa lo cual creaba en su favor un fuero de estabilidad en el empleo; y el segundo es el posible desvío de poder de la administración al nombrar en su reemplazo a un profesional que no acreditó la experiencia necesaria para ejercer el cargo.

Al examinar el expediente se encuentra que efectivamente el actor fue inscrito en carrera administrativa mediante resolución No. 228 del 31 de marzo de 1972, en el cargo de Jefe de Zona de Crédito 12 (folios 277 y 278).

Sin embargo durante su vinculación al Instituto pasó a desempeñar diferentes cargos, unos en provisonalidad, otros por encargo.

El 9 de marzo de 1987 tomó posesión como Director Regional 14 de Nariño - Putumayo y en ese mismo en el grado 15, fue incorporado por resolución 3965 de 1990, habiendo tomado posesión el 13 de agosto de ese año. (fls. 129 y 130).

Ha sostenido esta Sala que el funcionario escalafonado en carrera administrativa que pase a desempeñar otros cargos distintos de aquél en el cual está escalafonado, no pierde, en principio, los derechos propios del escalafón en relación con ese cargo, salvo que acepte un nombramiento para ocupar un empleo de libre nombramiento y remoción, sin que medie Comisión para tal efecto.

Tanto en el Decreto 2400 de 1968 y su reglamentario 1950 de 1973, como en la ley 61 de 1987 está prevista la figura de la Comisión para que un empleado escalafonado en la carrera pueda pasar a ejercer las funciones de un cargo de libre nombramiento y remoción, sin perder los derechos de escalafonado; entre ellos, el de la estabilidad relativa.

En el caso concreto de autos el actor no ha demostrado haber obtenido Comisión para desempeñar el cargo de director regional; ni en 1987 cuando lo nombraron por primera vez, ni en 1990 cuando fue incorporado de nuevo en la planta de personal, en ese mismo empleo.

En consecuencia, cuando aceptó tal nominación sin haber sido comisionado para ello, perdió sus derechos de carrera por tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción; y siendo ello así, podía ser declarado insubsistente en la forma como se hizo, es decir, sin motivar la providencia.

Argumenta también que el acto se profirió con desviación de poder, porque su desempeño en la Dirección Regional era inmejorable y su reemplazo no reunía las calidades exigidas en el manual de funciones y requisitos del Instituto.

Anota la Sala a este respecto, que el reunir los requisitos para ocupar un cargo y desempeñarlo bien, es lo mínimo que debe exigirse a un funcionario, el cual por ese solo hecho no adquiere garantía de estabilidad, porque pueden presentarse circunstancias diversas que hagan aconsejable su retiro, sin perjudicar el buen servicio.

Además, la declaratoria de insubsistencia es un acto independiente del nombramiento que se haga para llenar la vacante. Los vicios que afecten este último no necesariamente acarrean la nulidad del primero. Esto puede ocurrir en la medida en que se demuestre plenamente que la insubsistencia no obedeció a razones de buen servicio pues con ella y con el nuevo nombramiento, el funcionamiento de la entidad desmejoró.

En este caso no es claro que el señor Orlando Cabrera Peña no reuniera los requisitos para ser Director Regional, pues es abogado titulado con 25 años de experiencia en su profesión, y el manual de funciones y requisitos exige "Título de formación de educación superior en ..... derecho", y 5 años de experiencia relacionada o específica.

Como las funciones tienen que ver con esa formación, puede entenderse que el ejercicio profesional por más de 5 años es experiencia relacionada suficiente de acuerdo al manual. Como de otra parte, en éste no se hace mayor precisión al respecto, estima la Sala que no hay elementos de juicio suficientes para anular ese nombramiento. Tampoco se aportaron pruebas que lleven al convencimiento de una desmejora en el servicio.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a confirmar el fallo apelado puesto que no se configura ni la desviación de poder alegada ni la violación de las normas invocada en la demanda.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 30 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en el proceso promovido por Orlando Córdoba Guerrero.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 30 de marzo de 1995.

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA

CLARA FORERO DE CASTRO

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

CONTRALOR MUNICIPAL-Período/**CONTRALOR MUNICIPAL**-Elección/**CONCEJO MUNICIPAL/ALCALDE**-Elección/**CONTRALOR DEPARTAMENTAL**-Período/**AUDITOR INTERNO**-Período

En concordancia con el artículo 190 inciso 2o. de la Constitución de 1886, el artículo 306 del decreto ley 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal) establecía que los Contralores Municipales serían elegidos para períodos de dos años que empezarían a contarse el 1o. de enero de 1987; para quienes estaban ejerciendo este empleo cuando fue expedida la constitución de 1991 el período vencía el 31 de diciembre de 1992. El artículo 272 inciso 4o. de la Constitución Política de 1991 modificó estas disposiciones al señalar que a los concejos municipales les corresponde elegir Contralor para período igual al del alcalde. A su vez el artículo 314 *ibídem,* establece que los alcaldes serán elegidos popularmente para períodos de tres años. A esta misma conclusión llegó la Sala con respecto al período de los Contralores Municipales, es decir, que su período a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 se inicia y termina al tiempo con el de los Alcaldes. En consecuencia a los Contralores Municipales elegidos en 1990 y cuyo período debía vencerse el 31 de diciembre de 1992, éste se les término anticipadamente al entrar en vigencia la nueva Constitución Política que introdujo la modalidad de períodos iguales en su duración y coincidentes en su iniciación, para Alcaldes y Contralores Municipales pues es sabido que la Constitución es norma reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente tal como lo enseña la ley 153 de 1887 en su artículo 9o. Al igualar la Carta Constitucional de 1991 el período de los Alcaldes con el de los Contralores Municipales, y habiéndose establecido en el acto de creación del cargo de Auditor ante la

Contraloría de Ibagué –ocupado por el demandante– que el período de este funcionario es igual al del Contralor Municipal, debe concluirse que al terminar anticipadamente el período del Contralor, terminó también anticipadamente el del Auditor ante la Contraloría. No se trata entonces de la revocatoria del nombramiento en cuanto el período en él señalado, sino de la prevalencia de normas Constitucionales que tuvieron necesariamente repercusión en el orden Municipal frente a lo cual no puede hablarse de derechos adquiridos ni de situaciones concretas que los hubieran creado. Tampoco es de recibo el argumento del recurrente en el sentido de que el Concejo no podía elegir nuevo Auditor ante la Contraloría, al tenor del art. 274 de la Carta Política puesto que si bien la norma prescribe que la ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital, la designación del nuevo Auditorio Interno, cargo creado con anterioridad y que el actor venía desempeñando, si podía efectuarse sin perjuicio de que la ley indicara posteriormente los nuevos métodos para ejercer esa auditoría.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C. dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrada Ponente: DRA. CLARA FORERO DE CASTRO.

Referencia: Expediente No. 8387. Asuntos Municipales. Actor: HÉCTOR SOTELO BEJARANO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de abril de 1993 por el Tribunal Administrativo del Tolima.

ANTECEDENTES

El señor Héctor Sotelo Bejarano pidió al Tribunal anular la elección de la señora Yineth Poveda de Arredondo como Auditora Interna del Concejo Municipal de Ibagué, ante la Contraloría del mismo Municipio, –cargo que él ocupaba–, efectuada en la sesión del 28 de mayo de 1992 por el período comprendido entre el 1o. de junio de ese año y el 31 de diciembre de 1994. A título de restablecimiento del derecho pidió el reintegro, el reconocimiento de los salarios y prestaciones dejados de percibir, considerando que no ha existido solución de continuidad; y la indexación e intereses que correspondan a los valores reconocidos.

LA SENTENCIA APELADA

Analizó el Tribunal que el cargo de Auditor Interno de la Contraloría, fue creado por el Acuerdo 091 de 1987 indicando que el período de este funcionario era el mismo de Contralor, de forma que si en relación con este último se presentaba alguna modificación, igual suerte corría el correspondiente al de Auditor Interno.

Expresó que no era necesario que el Concejo Municipal expidiera un acuerdo modificando expresamente el período del Auditor Interno ante la Contraloría para proceder a una nueva elección, pues tal variación se operó por virtud del artículo 272 de la C.N.; que el Concejo en cuanto a esta designación no estaba supeditado al texto del artículo 274 de la Carta que hace referencia al Auditor como funcionario de vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y que a falta de un desarrollo legislativo deben aplicarse las disposiciones locales si ellas no contrarían la Constitución, como en este caso.

Agregó que el Acuerdo que creó el cargo de Auditor Interno no quedó derogado por el artículo 274 de la Carta Política, pues tal norma no toca materias relativas a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República sino que eetablece el período de un funcionario; que si el Concejo se hubiese visto obligado a esperar la ley que reglamentara el tema no hubiera podido reemplazar al actor.

Que el período de los Contralores que venían ejerciendo el cargo se extinguió al comenzar el de los Alcaldes a partir del 1o. de junio de 1992 e igualmente el del Auditor ante la Contraloría pues era el mismo del Contralor; además, que no era necesaria ninguna investigación para efecto del retiro ya que la causa no fue la comisión de una falta, sino la extinción del término del nombramiento por mandato constitucional; que no hubo desconocimiento de los artículos 100 y 101 del Código de Régimen Municipal puesto que la elección de la nueva Auditora Interna se efectuó en las sesiones ordinarias inmediatamente siguientes a la fecha de iniciación del período del Contralor y tampoco se trata en este caso de la elección de dos personas para un mismo cargo y por igual período, porque la designación de la señora Yineth Poveda se hizo para un período diferente.

Finalizó precisando que no se hizo revocatoria de un nombramiento, sino que expiró el período. Que si bien el acto de designación indicó uno preciso, esto se debió a que para entonces ese era el período del Contralor, el cual fue modificado luego por la Constitución de 1991.

LA APELACIÓN

El recurrente considera que la sentencia incurre en el error de equiparar el período de duración del nombramiento del Contralor, con las fechas en las cuales inicia y termina la labor, pues si bien el Contralor y el Auditor Interno ante la Contraloría son nombrados por dos años, ello no quiere decir que deban laborar dentro de las mismas fechas. Dice que, por ejemplo, tanto el Presidente como el Congreso se eligen para períodos de 4 años pero sus labores se inician en fechas distintas.

Agrega que el Auditor Interno del Concejo ante la Contraloría no es subalterno del Contralor sino su fiscalizador, y que en este caso se presenta una situación igual a la que se dio con los funcionarios del Congreso a quienes no obstante la revocatoria del mandato a los Congresistas en el año 1991, se les respetó su designación por el período de los cuatro años.

Afirma que si bien el Concejo podía modificar el período del Auditor Interno, ello era válido solo frente a un nuevo funcionario pero no en relación con quien para entonces ocupaba el cargo y había sido nombrado por un período que iba hasta el 31 de diciembre de 1992; que no existe norma que permita a los Concejos Municipales revocar el período a los funcionarios que han designado y mucho menos cuando éstos se desempeñan adecuadamente, ni disposición alguna que les permita crear cargos de período fijo. Insiste en que el Concejo no podía elegir Auditor Interno ante la Contraloría, pues de conformidad con el artículo 274 de la Constitución Nacional la forma de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal en el orden municipal era materia que correspondía a la ley, conllevando lo anterior la nulidad del acuerdo 020 de 1992 y de la elección efectuada.

Finaliza indicando que el mencionado Acuerdo 020 no fue publicado, ni notificado a la persona a quien se le revocaba el nombramiento; que fue retirado del servicio sin adelantársele proceso disciplinario alguno por parte de la Procuraduría; y que al no haberse notificado el retiro la decisión no produce efectos al tenor del artículo 48 del C.C.A.

CONCEPTO FISCAL

El Señor Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado opina que la sentencia amerita ser revocada puesto que si bien el acto que creó el cargo de Auditor Interno del Concejo ante la Contraloría determinó que el período sería el mismo del Contralor, el Acuerdo que eligió al actor determinó concretamente las fechas en que ese período debería cumplirse.

Agrega que el Concejo Municipal no podía disminuir el período a quien ya había elegido pues la ley no tiene carácter retroactivo y además se había creado en favor del actor una situación de carácter particular y concreto no revocable sin su consentimiento expreso y escrito.

Se decide previas las siguientes

CONSIDERACIONES

La Sala no comparte los planteamientos de la Agencia Fiscal ni los del recurrente, por las siguientes razones:

El artículo lo. del Acuerdo No. 091 del 3 de diciembre de 1987, expedido por el Concejo Municipal de Ibagué (fl. 2) reza:

> "Créase el cargo de Auditor ante la Contraloría Municipal de Ibagué, con funciones fiscalizadoras sobre el gasto público correspondiente al Presupuesto Interno de la Contraloría Municipal, con una remuneración y gastos de representación iguales a los previstos para el cargo de Secretario General de la Contraloría y por el mismo período del Contralor Municipal." (Subraya la Sala)

En concordancia con el artículo 190 inciso 2o. de la Constitución de 1886, el artículo 306 del Decreto Ley 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal) establecía que los Contralores Municipales serían elegidos para períodos de dos años que empezarían a contarse el 1o. de enero de 1987; para quienes estaban ejerciendo este empleo cuando fue expedida la Constitución de 1991 el período vencía el 31 de diciembre de 1992.

El artículo 272 inciso 4o. de la Constitución Política de 1991 modificó estas disposiciones al señalar que a los Concejos Municipales les corresponde elegir Contralor para período igual al del Alcalde. A su vez el artículo 314 *ibidem,* establece que los Alcaldes serán elegidos popularmente para períodos de tres años.

En relación con el período de los Contralores Departamentales, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto del 10 de septiembre de 1991, con ponencia del Doctor Jaime Betancurt Cuartas, dijo:

> "...del examen de estas normas se infiere que el período de los contralores departamentales se igualó al de los gobernadores, no sólo en su duración sino en la coincidencia de la iniciación del mismo, y por ello los tres años deben contarse a partir del 2 de enero de 1992. Lo cual permite concluir que, por expresa disposición de la Constitución, el período de los contralores departamentales de dos años previsto en el numeral 8o. del artículo 190 de la anterior Carta Constitucional y el lapso durante el cual se contaba que termina el 31 de diciembre de 1992 (art. 246, Decreto 1222 de 1986), fueron modificados y, por lo mismo, debe darse aplicación a las nuevas normas constitucionales."

A esta misma conclusión llegó la Sala con respecto al período de los Contralores Municipales, es decir, que su período, a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 se inicia y termina al tiempo con el de los Alcaldes.

La Ley 78 de 1986 estableció en su artículo 1o., inciso 2o., en concordancia con el parágrafo transitorio del Acto Legislativo No. 1 del mismo año, que el período de los alcaldes comenzaría a regir el 1o. de junio; y como consecuencia de la Constitución de 1991, el del Alcalde de Ibagué se iniciaba el 1o. de junio de 1992. Por ende, es obvio que el período del contralor comenzaba en la misma fecha.

En consecuencia a los contralores municipales elegidos en 1990 y cuyo período debía vencerse el 31 de diciembre de 1992, éste se les terminó anticipadamente al entrar en vigencia la nueva Constitución Política que introdujo la modalidad de períodos iguales en su duración y coincidentes en su iniciación, para Alcaldes y Contralores Municipales pues es sabido que la Constitución es norma reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente tal como lo enseña la Ley 153 de 1887 en su artículo 9o.

Al igualar la Carta Constitucional de 1991 el período de los Alcaldes con el de los Contralores Municipales, y habiéndose establecido en el acto de creación del cargo de Auditor ante la Contraloría de Ibagué –ocupado por el demandante– que el período de

este funcionario es igual al del Contralor Municipal, debe concluirse que al terminar anticipadamente el período del Contralor, terminó también anticipadamente el del Auditor ante la Contraloría.

No se trata entonces de la revocatoria del nombramiento en cuanto al período en él señalado, sino de la prevalencia de normas Constitucionales que tuvieron necesariamente repercusión en el orden Municipal frente a lo cual no puede hablarse de derechos adquiridos ni de situaciones concretas que los hubieran creado.

Tampoco es de recibo el argumento del recurrente en el sentido de que el Concejo no podía elegir nuevo Auditor ante la Contraloría, al tenor del artículo 274 de la Carta Política, puesto que si bien la norma prescribe que la Ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital y municipal, la designación del nuevo Auditor Interno, cargo creado con anterioridad y que el actor venía desempeñando, si podía efectuarse sin perjuicio de que la ley indicara posteriormente los nuevos métodos para ejercer esa Auditoría.

La argumentación del recurrente en nada favorece su pretendido derecho de permanencia en el cargo, puesto que conduce más bien a concluir que mientras la ley no regulara estas materias no era factible que alguien pudiera desempeñarlo.

Por otra parte, no fue la voluntad del Concejo Municipal, expresada en el Acuerdo 020 de 1992 la que puso fin al período del Auditor ante la Contraloría, sino la propia voluntad del Constituyente que modificó el orden institucional en cuanto a los períodos de los Contralores municipales y ello trajo como obligada consecuencia la modificación del del Auditor ante la Contraloría, por ser el mismo de acuerdo a la norma que lo creó.

En consecuencia el Acuerdo 020 de 1992 proferido por el Concejo Municipal de Ibagué no tiene incidencia alguna en la controversia planteada en este proceso como tampoco lo tiene el pronunciamiento del Tribunal Administrativo del Tolima reepecto a la validez de los artículos 4o. y 5o. del mismo. Aun sin su expedición, y por virtud de las nuevas disposiciones constitucionales que cambiaron el período del Contralor Municipal, cambiaba el período del auditor ante la Contraloría.

Por último dirá la Sala que como el retiro del actor no obedeció a faltas disciplinarias ni a cuestiones que tuvieran que ver con deficiencias en el desempeño de sus funciones sino a finalización del período, el nombramiento de su reemplazo no infringe el artículo 103 del Código de Régimen Municipal.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 22 de abril de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del proceso iniciado por el señor Héctor Sotelo Bejarano.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 6 de abril de 1995.

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ
Ausente

CLARA FORERO DE CASTRO

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

MYRIAM VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

NOTA DE RELATORÍA: En relación con el período de los contralores departamentales, la sala de consulta y servicio civil de esta corporación en concepto del 10 de septiembre de 1991, con ponencia del Doctor Jaime Betancur Cuartas.

INSUBSISTENCIA/CARRERA ADMINISTRATIVA-Ingreso/**PETICIÓN DE INSCRIPCIÓN**-Efectos/**DESVIACIÓN DE PODER**-Inexistencia

El ingreso a la carrera administrativa es formal y sus derechos no se adquieren por el desempeño de un cargo que legalmente esté considerado como de carrera. Por ello el art. 27 de la ley 10 de 1990, a los empleados del orden departamental que al momento de entrada en vigencia se hallaran en un cargo de carrera sin estar inscritos en la misma, hasta el 30 de diciembre de 1990 les concedió los beneficios del art. 5o. de la ley 61 de 1987 para solicitar su inscripción sin que les confiriera los derechos del escalafonamiento automático; pero al mismo tiempo les sujetó a los efectos del art. 6o. ídem, si no se acreditaban poseer los requisitos para el desempeño del cargo quedando como empleados de libre nombramiento y remoción es decir, al margen de la relativa inamovilidad propia del régimen de méritos. Si se estudia el punto dentro del régimen de transición indicado por el art. 27 de la ley citada y los arts. 5o. y 6o. de la ley 61 de 1987, tenemos que no se demostró que hubiera sido reglamentariamente inscrito, pues ese derecho no se adquiere por la formulación de la petición, sino con el acto que la ordene. Entre tanto goza de los derechos la persona que hace peticiones a una autoridad pública en intéres particular, pero no los derechos propios del estatuto de carrera, y ante los insucesos el pretenso afectado goza de las acciones pertinentes para reclamar. El cargo de la desviación de poder respecto del ejercicio de la facultad discrecional del nominador exige, tal como lo preceptúa el art. 177 del C. del P.C. aplicable por remisión expresa del art.168 del C.C.A. que el

actor demuestre los vicios atribuídos al acto, que en el presente evento fueron la desviación por razones políticas, sólo que el asunto no trascendió de su simple formulación y se quedó huérfana de elementos de convicción, por lo cual la demanda no está llamada a prosperar y la sentencia, salvo la aclaración mencionada, debe confirmarse.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., abril dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA.

Referencia: Expediente No. 8233. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. Actor: Carmelo J. Galván Lagares.

Decide la Sala la apelación de la sentencia del nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, para denegar la demanda de CARMELO JOSÉ GALVÁN LAGARES.

LA DEMANDA:

El Director Seccional de Salud de Córdoba, entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, según la Ordenanza No. 02 del 27 de junio de 1990, previo el visto bueno del Gobernador del Departamento, mediante la Resolución No. 03192 del 17 de diciembre de 1990, declaró la insubsistencia en el cargo de Jefe de la Oficina de Planeación, que ejercía Carmelo José Galván Lagares.

A través de apoderado se ejerció la acción contemplada en el art. 85 del C.C.A., contra la resolución de desvinculación, acusando la violación del art. 27 de la ley 10 de 1990 porque había solicitado desde el 31 de julio de 1990 su ingreso a la carrera administrativa (f. 22), y porque el nominador procedió por motivos políticos configurándose la desviación de poder (fl. 1-6).

POSICIÓN DE LA DEMANDADA:

Sostuvo que el cargo del cual fue removido el demandante no es de carrera sino de libre remoción, y que la sola presentación de la solicitud de ingreso no implica fuero especial o amparo al funcionario con respecto a la posibilidad de ser removido de su cargo, y que la alegada desviación de poder no tiene ningún fundamento fáctico (fl. 46-51).

LA SENTENCIA:

Analiza la cuestión dentro de la perspectiva jurídica del art. 27 de la Ley 10 de 1090, como única violación denunciada, y concluye que el cargo es de carrera, pero que mientras no se produzca el acto administrativo mediante el cual se le incluye en ella, el funcionario carece de sus prerrogativas. Y, que como en el expediente

LA SEGUNDA INSTANCIA:

Al recurrir el actor recalcó sus ejecutorias y antecedentes como servidor en el sector de la Salud y sus servicios al Departamento y a la Entidad; que cumplió los requisitos de la Ley 10 de 1990 y su reglamento, al solicitar su inscripción en la carrera administrativa, y que "solamente algunos trámites burocráticos no permitieron su inscripción antes que se declarara injusta e injurídicamente la insubsistencia en el cargo que desempeñaba" (fl. 130), y que con su desvinculación la administración de salud perdió un buen funcionario, todo lo contrario de mejorar el buen servicio, por lo cual pidió se revoque la sentencia (fl. 129-130).

En su concepto el Ministerio Público, solicitó confirmar el fallo porque no se desvirtuó la presunción de legalidad; la simple solicitud de inscripción en la carrera no crea la inamovilidad del empleado mientras no se perfeccione, y porque hasta donde se estableció la autoridad nominadora procedió de acuerdo con la facultad discrecional (fls. 140-14).

Como no se observa causal de nulidad procesal respecto de lo actuado, se desata la apelación previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El Decreto número 539 del 6 de agosto de 1990 emanado del despacho del Gobernador del Departamento de Córdoba, al fijar la organización, funcionamiento y estructura administrativa de un establecimiento público de salud, que es la "Dirección Secional de Salud de Córdoba", en su capítulo VI respecto de las relaciones del personal indicó que se regirían por las normas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

El estatuto de personal previsto por la Ley 10 de 1990, determina que en las entidades territoriales o en sus entes descentralizados, de conformidad con el tenor del num. 2 de su art. 27, son empleados de libre nombramiento y remoción los destinos públicos **"de Secretariado de salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente" ; "los de director, representante legal de la entidad descentralizada, y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes", y "los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría".**

Igualmente por virtud del inciso final del citado numeral los restantes cargos son de carrera.

El ingreso a la carrera administrativa es formal y sus derechos no se adquieren por el desempeño de un cargo que legalmente esté considerado como de carrera. Por ello el art. 27 de la Ley 10 de 1990, a los empleados del orden departamental que al momento de entrar en vigencia se hallaran en un cargo de carrera sin estar inscritos en la misma,

hasta el 30 de diciembre de 1990 les concedió los beneficios del art. 5o. de la Ley 61 de 1987 para solicitar su inscripción sin que les confiriera los derechos del escalafonamiento automático; pero al mismo tiempo les sujetó a los efectos del art. 6o. ídem, si no acreditaban poseer los requisitos para el desempeño del cargo quedando como empleados de libre nombramiento y remoción, es decir, al margen de la relativa inamovilidad propia del régimen de méritos.

En aplicación de dichas reglas, para la Sala no es cierta la premisa del *a-quo* que considera que el demandante se hallaba desempeñando un cargo de carrera como lo dedujo de la circunstancia de haber pedido su inscripción a ella, puesto que las reglas del art. 26 de la ley 10 de 1990 excluyeron de la carrera administrativa en el Sector de la Salud en las Entidades Territoriales y sus Entes Descentralizados, el cargo del cual fue desvinculado el actor, bien como jefe de planeación, o como uno de los dos primeros niveles jerárquicos del Ente.

Ahora bien, si se estudia el punto dentro del régimen de transición indicado por el art. 27 de la citada ley y los arts 5o. y 6o. de la ley 61 de 1987, tenemos que no se demostró que hubiera sido reglamentariamente inscrito, pues ese derecho no se adquiere por la formulación de la petición, sino con el acto que la ordene. Entre tanto goza de los derechos de la persona que hace peticiones a una autoridad pública en interés particular, pero no los derechos propios del estatuto de carrera, y ante los insucesos el pretenso afectado goza de las acciones pertinentes para reclamar.

El cargo de la desviación de poder respecto del ejercicio de la facultad discrecional del nominador exige, tal como lo preceptúa el art. 177 del C de P. C. aplicable por remisión expresa del art. 168 del C.C.A., que el actor demuestre los vicios atribuidos al acto, que en el presente evento fueron la desviación por razones políticas, sólo que el asunto no trascendió de su simple formulación y se quedó huérfana de elementos de convicción, por lo cual la demanda no está llamada a prosperar y la sentencia, salvo la aclaración mencionada, debe confirmarse.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia del nueve (9) de marzo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, para denegar la demanda de CARMELO JOSÉ GALVÁN LAGARES.

COPÍESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE, PUBLÍQUESE y DEVÚELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en su sesión del día 30 de marzo de 1995.

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

SUBSIDIO DE TRASLADO/CADUCIDAD/CARGO DE DIRECTIVO DOCENTE-Inexistencia/**HORAS EXTRAS**-Improcedencia

La administración adoptó la decisión de abstenerse da pagarle al accionante los gastos de traslado. No aparece acreditado en autos que esta decisión fuera impugnada en sede administrativa; por consiguiente, aunque lo demandado sea el oficio No. 1.2-206 de 1991 en el cual el Ministerio ratificó aquella determinación, el acto administrativo que en verdad contiene la negativa de la administración a reconocer al actor dicho subsidio es la resolución 5890 de 1986, por lo cual fuerza concluir que para el 28 de mayo de 1991, fecha en la se promovió el proceso, la acción en su contra se hallaba caducada. Ninguno de los estatutos legales, ni los decretos que fijan las asignaciones para los docentes en general, citados por el libelista como infringidos, prevé que los directores de las escuelas anexas a normales devenguen 40 horas extras mensuales. En estas circunstancias, es decir, sin que los fundamentos jurídicos esgrimidos por el actor constituyan respaldo válido a sus pretensiones, es imposible reconocer al demandante los emolumentos que reclama como directivo docente, ya que si bien se encuentra demostrado que cuando laboraba en Palermo se le cancelaban 40 horas como extras, no se cuenta con un sustento normativo que permita decidir que en razón del cargo que desempeña desde cuando fue trasladado a Ibagué, tiene derecho a que se cancele igual número de horas extras.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. JOAQUÍN BARRETO RUIZ.

Referencia: Expediente No. 7278. Autoridades Nacionales. Actor: Alberto Rodríguez González.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 30 de junio de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por la cual se declaró probada la excepción de inepta demanda propuesta por el apoderado de la entidad demandante, por no cumplir el libelo introductorio del proceso con la totalidad de las exigencias contempladas en el artículo 137 del C.C.A.

ANTECEDENTES

El señor Alberto Rodríguez González solicitó al Tribunal declarar la nulidad del oficio No. 1.5-206- del 7 de febrero de 1991, mediante el cual la Nación –Ministerio de Educación Nacional–, le negó, de una parte, el reconocimiento y pago de cuarenta horas extras, laboradas mensualmente como Director o Jefe de la Escuela Anexa Mixta a la Normal Nacional Integrada de Ibagué en jornada paralela; y de otra, el pago de los gastos de traslado por necesidades del servicio desde Palermo (Huila) a Ibagué (Tolima), y que como consecuencia de esa declaración se ordene a la administración cancelarle mensualmente y desde el 11 de junio de 1986 hasta cuando preste sus servicios en Unidad Docente en la institución de enseñanza de educación media vocacional, las referidas horas extras y los gastos de su traslado ordenado por resolución No. 5890 de 10 de junio de 1986, liquidados éstos sobre el 50% del sueldo que devengaba como docente directivo, grado 9o. del escalafón en institución de enseñanza de educación media vocacional; igualmente impetro que se declare que el valor de las horas extras constituye base salarial por ser permanente su pago y que debe tenerse en cuenta para la liquidación de primas de servicio, de navidad, de vacaciones, cesantías, intereses de estas, etc., y que se ordene la indexación o actualización del poder adquisitivo de las sumas que resulten decretadas a su favor por los anteriores conceptos, conforme al incremento del índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

En sustento de sus pretensiones el actor expone que en virtud del traslado ordenado por resolución No. 5890 de 10 de junio de 1986, presta sus servicios al Ministerio de Educación como Director o Jefe de la Escuela Anexa Mixta a la Normal Nacional Integrada de Ibagué, ostentando el grado 9o. del escalafón; que a pesar de haberlo solicitado, el Ministerio de Educación no le reconoció el valor de 40 horas extras a que tiene derecho por ejercer funciones de Director Docente en Unidad Docente, en institución de enseñanza de Educación Media Vocacional, siendo que dichas horas se le pagaban cuando laboraba en el municipio de Palermo (Huila).

Como normas infringidas el libelista cita los artículos 16, 17, 30, 45, y 62 de la Constitución Politica de 1886, "en cuanto constituyen pilar fundamental de los derechos individuales de la protección al trabajador", 7o., 43, y siguiente, 51, 102 y concordantes del decreto 1848 de 1968, 1o., 5o., 8o., 17, 23, 24, 31,. 32, 48, 49 y concordantes del decreto 1045 de 1975, 1o., 11, 13, 58, 73 y concordantes del decreto 1042 de 1978, en

cuanto reglamentan de manera general, los derechos prestacionales de los empleados de la rama ejecutiva del poder público; 1o., 2o., 12, 17, 19 y concordantes del decreto ejecutivo 111 de 1986, estos mismos artículos de los decretos ejecutivos 199 de 1987, 44 de 1989, 74 de 1990, en cuanto fijan para cada anualidad la escala de sueldos para los docentes.

Además de los anterior, el libelista señala que las pruebas que reposan en su hoja de vida demuestran que para junio de 1986 hasta febrero de 1989 estuvo escalafonado en el grado 9o. del escalafón docente ejerciendo la función de Director Docente; que a partir del mes últimamente citado, lo estuvo en el grado 10o., ejerciendo las mismas funciones en la institución de enseñanza de educación media vocacional en jornada paralela; que fue trasladado de Palermo a Ibagué mediante resolución 5890 de 10 de junio de 1986 y que si bien solicitó el traslado, los hechos que lo sustentan evidencian que éste se hizo por necesidades del servicio, conforme a lo dispuesto en el literal c) del artículo 5o. del decreto 180 de 1982.

Finalmente acota que la falta de pago y reconocimiento de las prestaciones económicas establecidas en las normas citadas, estando demostrado el grado de escalafón que ostenta, la función directiva docente que desempeña, la atención a la jornada paralela en unidad docente en institución de enseñanza de educación media vocacional y el traslado ordenado mediante acto administrativo en firme, constituyen violación palmaria de sus derechos y le irroga una lesión patrimonial. Agrega además, que el Ministerio de Educación tiene establecidos por decreto ejecutivo la clasificación de los traslados y el derecho a percibir una retribución cuando obedece a necesidades del servicio.

La entidad demandada al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del accionante y formuló excepciones por ineptitud sustantiva de la demanda, por carecer ésta del concepto de violación de las normas invocadas como infringidas, y por caducidad de la acción.

LA SENTENCIA

En el fallo impugnado, como se dijo, acorde con lo solicitado por la entidad demandada, se declaró la inhibición para proferir pronunciamiento de mérito sobre el debate propuesto, por no cumplir la demanda el requisito exigido por el numeral 4o. del artículo 137 del C.C.A., toda vez que conforme a sus mandatos el demandante debe indicar en forma precisa y concreta en qué consiste ese quebranto, y de la simple lectura de la parte pertinente del libelo se infiere, dice el Tribunal, que no se cumplió a cabalidad este precepto, pues el actor se limitó a citar como vulneradas una serie de disposiciones de rango superior, sin precisar los extremos de su violación por los actos acusados.

EL RECURSO

Al requerir la revocación del fallo, el apelante señala que al hacer la cita de las normas que estima violadas por la falta de pago de las acreencias laborales que devengó en

desarrollo de una relación legal y reglamentaria, acreencias que tiene como fuente los respectivos decretos ejecutivos que las reconocen a los educadores, los cuales invocó en el libelo como infringidos bajo determinados supuestos y condiciones especificas que fueron aprobadas, " en forma concreta y sin mayor verborrea" se tiene el concepto de violación de tales disposiciones.

Así mismo recalca que jurisprudencialmente, en múltiples ocasiones, se ha establecido que no debe sacrificarse el fondo por la forma y que " así, cuando las partes ni siquiera citan las normas de derecho, se ha fallado favorablemente al actor que prueba su derecho, bajo el principio jurídico, de que al juez deben dársele los hechos y, que aquel debe dar el derecho, fallando con conocimiento de causa, verdad sabida y buena fe guardada, de tal suerte que una omisión formal, que puede inferirse de otros elementos estructurales de la demanda, no lesione al particular por el error de su apoderado y, por la omisión del *a-quo,* ya que a éste la ley lo obliga a revisar la demanda e inadmitirla para subsanarse, a fin de evitar este tipo de fallos que hoy nos ocupa." (folios 119).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Judicial cuarto, tras señalar que no se da la caducidad de la acción porque la demanda fue presentada en oportunidad procesal, comparte lo decidido por el *a-quo,* por cuanto no se expresó, como lo manda la ley, el concepto de violación de la disposiciones tenidas como quebrantadas por los actos acusados.

Surtido el trámite de la segunda instancia, se procede a decidir, con base en las siguientes

CONSIDERACIONES:

Aunque en lo concerniente a la exposición del concepto de violación de las normas que se estiman infringidas por el acto acusado, el libelo ciertamente no constituye un modelo de técnica jurídica, la decisión del Tribunal de declarar la ineptitud de la demanda por incumplimiento de lo preceptuado en el numeral 4o. del artículo 137 del C.C.A., a juicio de la Sala, resulta equivocada.

En efecto, sin desconocer las deficiencias que en el aspecto mencionado presente el escrito introductorio del proceso, ya que no se indica en relación con cada una de las disposiciones que se citan como conculcadas, por qué razón se da su quebranto, la verdad es que al leer el capítulo intitulado " Normas Violadas y Concepto de Violación", se deduce, sin equívocos, que en sentir del actor la supuesta omisión de la administración de no cancelarle los haberes que reclama, constituye una vulneración manifiesta de los derechos que consagran los preceptos constitucionales y legales –derecho a la protección del trabajo, a que se le cancelen las prestaciones consagradas en favor de los empleados de la rama ejecutiva del poder público y a percibir los salarios que como docente directivo le corresponden, según su grado y funciones–.

Esta circunstancia impedía al Tribunal admitir que se configura la excepción formulada por la apoderada de la Nación –Ministerio de Educación Nacional–, basándose en la inobservancia del requisito contemplado en el numeral 4) del artículo 137 del C.C.A., pues constituiría un exceso de rigorismo procesal dejar de analizar el debate propuesto, ya que los motivos de la impugnación del acto acusado aparecen palpables de los razonamientos expuestos en la demanda; cosa distinta es que el fundamento jurídico esgrimido no sea útil a los propósitos del demandante, bien porque las normas invocadas no sean las pertinentes o porque el concepto de su infracción no sea el adecuado o suficientemente convincente para evidenciar tal quebranto, o porque por cualquier otra razón, resulte fútil a aquellas intenciones. Por tanto, se revocará la sentencia apelada.

Corresponde ahora analizar si se presenta la caducidad de la acción en relación con la pretensión referente al pago de subsidio de traslado propuesta en la contestación de la demanda, en virtud que "el acto administrativo del que se demanda su nulidad, está reviviendo términos de la resolución de traslado del actor, que es la que realmente desconoce el porcentaje alegado por el señor ALBERTO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ y producido el 10 de junio de 1986, que habiéndose posesionado el 11 de junio del mismo año, los cuatro meses vencieron el 10 de octubre de 1986, amén de que por tratarse de reconocimientos periódicos, los del 86 hasta el 10 de diciembre de 1987 han prescrito, que fue la fecha de presentación de la demanda. También solicitó respetuosamente se declare probada esta excepción". (folio 73)

La resolución de traslado textualmente, dispuso:

> **"Artículo 1o.-** Trasladar a ALBERTO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, con c.c. No. 14.1990.089 de Ibagué, del cargo de Coordinador Académico y de Disciplina del Colegio Nacional "San Juan Bosco" de Palermo - Huila, al cargo de Director de la Escuela Anexa Mixta a la Normal Nacional Integrada de Ibagué - Tolima. Reemplaza a ROBERTO ARTURO ZAMBRANO PINEDA con c.c. No. 130.190 de Bogotá, cuya renuncia se acepta a partir del 3 de febrero de 1986.
>
> **PARÁGRAFO.-** El educador no tendrá derecho a percibir auxilio por gastos de traslado como consecuencia del cambio de domicilio por obedecer éste a solicitud formulada por el docente". (folio 67)

Al leer el último artículo transcrito se advierte que mediante él la administración adoptó la decisión de abstenerse da pagarle al accionante los gastos de traslado. No aparece acreditado en autos que esta decisión fuera impugnada en sede administrativa; por consiguiente, aunque lo demandado sea el oficio No. 1.2-206 de 1991 en el cual el Ministerio ratificó aquella determinación, el acto administrativo que en verdad contiene la negativa de la administración a reconocer al actor dicho subsidio es la resolución 5890 de 1986, por lo cual fuerza concluir que para el 28 de mayo de 1991, fecha en la que se promovió el proceso, la acción en su contra se hallaba caducada. No hay duda que para entonces la oportunidad legal para cuestionar dicho acto había fenecido y no es jurídicamente viable admitir la validez de la demanda, cuando es manifiesto que la

administración, se repite, no hizo otra cosa que ratificar lo que ya había decidido a instancia del señor Rodríguez González, quien basándose en tal hecho pretende revivir los términos para demandar ante esta jurisdicción.

En lo atinente a la pretensión del pago de 40 horas extras por ocupar un cargo directivo docente, se anota que de la sola denominación del empleo que en virtud del traslado el actor debió desempeñar, no aflora el carácter de directivo que según el libelista ostenta y que por ello se justifique el pago de las horas extras que reclama. Habrá entonces que establecer si con base en los planteamientos fácticos y jurídicos esgrimidos por el demandante, procede ordenar que se le cancelen esos haberes, o si, efectivamente, como lo sugiere la entidad demandada, su no pago es una consecuencia de la orden de traslado impartida en la ludida resolución.

De acuerdo con las pruebas obrantes en autos, el cargo que a partir de su traslado ocupa el accionante es el de Director de la Escuela Anexa Mixta a la Normal Nacional Integrada de Ibagué (folio 67).

Ninguno de los estatutos legales, ni los decretos que fijan las asignaciones para los docentes en general, citados por el libelista como infringidos, prevé que los directores de las escuelas anexas a normales devenguen 40 horas extras mensuales. Tampoco se expresó en la demanda qué norma legal consagraba esa prescripción; solo se afirmó que por ser directivo docente tenía derecho a ese incremento salarial y que el accionante en calidad de Coordinador Académico y de Disciplina del Colegio Nacional San Juan Bosco de Palermo (Huila) percibía dicho incremento.

En estas circunstancias, es decir, sin que los fundamentos jurídicos esgrimidos por el actor constituyan respaldo válido a sus pretensiones, es imposible reconocer al demandante los emolumentos que reclama como directivo docente, ya que si bien se encuentra demostrado que cuando laboraba en Palermo se le cancelaban 40 horas como extras, no se cuenta con un sustento normativo que permita decidir que en razón del cargo que desempeña desde cuando fue trasladado a Ibagué, tiene derecho a que se cancele igual número de horas extras. Tal parece que el no reconocimiento de dichos valores obedece al cambio de cargo operado como consecuencia de la orden de traslado contenida en la resolución 5890 de 12986, decisión a la que no se opuso el accionante, pues no hay prueba que acredite que impugnó la citada resolución.

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

FALLA:

1o.- Revócase la sentencia proferida el 30 de junio de 1992 por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el proceso promovido por el señor ALBERTO RODRÍGUEZ

GONZÁLEZ contra la Nación –Ministerio de Educación Nacional–, en cuanto declaró probada la excepción de inepta demanda propuesta por la Nación.

2o.- Confírmase la sentencia en cuanto a la inhibición para efectuar un pronunciamiento de mérito en relación con la declaratoria de nulidad de la decisión referente al no pago del auxilio por gastos de traslado del actor, del cargo de Coordinador Académico y de Disciplina del Colegio Nacional San Juan Bosco de Palermo (Huila) al de Director de Escuela Anexa Mixta a la Normal Nacional Integrada de Ibagué (Tolima).

3°.- Niéganse las demás súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 30 de marzo de 1995.

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA
Ausente

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MIRYAM C. VIRACACHÁ S.
Secretaria (E)

TRASLADO-Requisitos/**MOVIMIENTO HORIZONTAL**-Inexistencia/**DESVIACIÓN DE PODER**-Inexistencia

La Sala precisa que el movimiento de personal objeto de análisis, no se trató de un traslado, pues el movimiento no fue horizontal sino vertical, puesto que lo fue a un cargo superior. Concluye la corporación, por consiguiente, que en el caso *sub-lite* no se configuró la desviación de poder en la forma como lo plantea la demandante en el escrito introductorio, ni era indispensable, por las razones ya expuestas, para desvincular de la administración a la actora, adelantar proceso disciplinario previo.

CARRERA ADMINISTRATIVA/ASCENSO-Requisitos/**CONCURSO**

Si en gracia de discusión se admitiera que el empleo en el cual fue declarado insubsistente el nombramiento de la demandante fuera de carrera administrativa, era indispensable que el ascenso al cargo de jefe de Unidad, Grado 52, se hubiera realizado previa realización del respectivo concurso, el cual constituye un imperativo legal para ser promovido en el escalafón. De lo contrario, el funcionario pierde los beneficios de la carrera al aceptar un supuesto ascenso al margen de la ley.

INSUBSISTENCIA/CARRERA ADMINISTRATIVA/EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN/COMISIÓN-Inexistencia/**FUERO DE ESTABILIDAD**-Inexistencia

Al ser nombrada la demandante en un empleo de libre nombramiento y remoción y tomar posesión del mismo, luego de haber sido inscrita en carrera administrativa en el cargo de Asesor de Empresas, Grado 44, sin que le

hubiere sido conferida la comisión para desempeñar las funciones de un cargo de aquella naturaleza jurídica, como lo exige el estatuto de personal del SENA en su art. 63 literal f modalidad de comosión regulada de igual manera en los decretos 2400 y 3074, debe concluirse que la actora carecía del fuero de carrera cuando su nombramiento fue declarado insubsistente, la dejación voluntaria que hizo la demandante del cargo en el cual había sido inscrita, en las circunstancias analizadas, implicó por consiguiente la renuncia de los privilegios que otorgan el pertenecer a la carrera administrativa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. JOAQUÍN BARRETO RUIZ.

Referencia: Expediente No. 7524. Autoridades Nacionales. Actor: BLANCA ELVIRA CAJIGÁS DE ACOSTA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 10 de julio de 19192 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso incoado por la señora Blanca Elvira Cajigas de Acosta en orden a obtener la nulidad de la Resolución No. 0601 de 3 de junio de 1987 expedida por la Dirección General del SENA, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe de Unidad, grado 52, y que, como consecuencia, se ordene su reintegro a un cargo igual o de superior categoría al que desempeñaba, se le cancelen los salarios dejados de percibir con sus respectivos aumentos, desde el momento de su desvinculación hasta el día que sea reintegrado; que no existido solución de continuidad en la prestación de sus servicios y que la sentencia que ponga fin al proceso sea cumplida en su integridad dentro de los términos establecidos en el artículo 176 del C.C.A. (fls. 10 y 11 cdno. ppal.).

LA SENTENCIA APELADA

El *a-quo* en la sentencia apelada denegó las súplicas de la demanda (fl. 205 *ibídem*).

Para adoptar tal decisión, el Tribunal consideró que respecto de la violación de los preceptos constitucionales, éstos no pueden ser infringidos sino a través de las normas legales que los desarrollan; el Tribunal no camparte la apreciación sobre la posibilidad de que haya existido la desviación de poder, pues no se puede alegar esta causal de anulación mediante normas que considera le son aplicables y delimitan la capacidad de la administración para insubsistir, porque de esta forma está sosteniendo que el acto no se ajustó a prescripciones normativas y esa constituye una causal de nulidad distinta a la misma desviación de poder, dice que si bien es cierto la demandante fue escalafonada en la carrera en el empleo de Asesor de Empresas, Grado 44, aceptó un cargo superior, lo cual conllevó a la situación fáctica de que frente al nuevo empleo no se encontrara en el escalafón, ya que los ordenamientos que regulan la materia a nivel general, determinan

que la selección para el ingreso a la carrera o la promoción dentro de ella se realizará siempre mediante oposición o concurso; que al tenor del artículo 42 del decreto 2400 de 1968 se disipa la creencia del demandante de que prosiga en carrera dentro de su nuevo cargo y afianza este pensamiento del legislador, el artículo 46 del referido decreto; que de lo anterior surge con claridad que los ascensos aún dentro de la misma carrera, para que permitan conservar los derechos derivados de ella, se deben establecer por concurso, ya que la relativa movilidad del funcionario es inherente al empleo y a la categoría en que está inscrito en el escalafón, toda vez que no existe comunicabilidad de tales prerrogativas al cargo superior dentro de ella misma; que en relación con el artículo 4o. del decreto 2464 de 1970, se está significando que efectivamente en la demandante seguirán subsistiendo los privilegios de la carrera administrativa pero respecto del empleo de Asesor de Empresas grado 44 en el que fue escalafonada; en el caso *sub-júdice* no se demostró que la actora hubiese estado escalafonada en carrera en el empleo de Jefe de Unidad, Grado 52, en el cual se produjo la declaración de insubsistencia de su nombramiento, no estando, por consiguiente, amparada por las prerrogativas que concede la carrera y que como quedó claro son inherentes al cargo y categoría en que se encuentre inscrito el empleado; por ende, bien podía ser declarado insubsistente el nombramiento de la actora, en la forma como se hizo, sin que de esa circunstancia se derive violación de disposición alguna, de lo se infiere que este cargo también debe fracasar.

FUNDAMENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN

En la sustentación del recurso de apelación, expresa el recurrente que es incuestionable que la actora se encontraba escalafonada en carrera y que, por ende, estaba protegida por los derechos que de ella se derivan; que también es evidente que el SENA incurrió en una manifiesta violación de la ley al ejercer la facultad discrecional frente a un funcionario amparado por el escalafón, por el hecho de no haber querido presentar su renuncia; no comparte el criterio expuesto por el Tribunal en el fallo recurrido, pues como ya lo sostuvo el Consejo de Estado, el planteamiento del *a-quo* es jurídicamente inaceptable, pues para hacer nugatorios los derechos de carrera, bastaría a la administración trasladar del cargo al funcionario, como en este evento, para que quedara automáticamente al arbitrio de la autoridad nominadora, lo que es claramente violatorio de los derechos ya adquiridos; la demandante fue promovida del empleo de Asesor en que encontraba escalafonada, por sus méritos y eficiencia, y ella no tenía la culpa de que el SENA no hubiera cumplido con los requisitos legales de ascenso, aceptó el cargo y los ejerció con solicitud, eficiencia y honestidad; además la actora no se encontraba en posición para colocarse en rebeldía contra las órdenes superiores; que esta circunstancia no le daba derecho a la administración para desconocer su condición de funcionaria de carrera y desconocer los derechos que de ella se derivan (fls. 208 y 209 *ibídem*).

Admitido el recurso de apelación (fl. 206), agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no observándose causal de nulidad que incida en lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-júdice* la legalidad de a Resolución No. 0601 de 3 de junio de 1987 expedida por la Dirección General del SENA, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el empleo de Jefe de Unidad, Grado 52 (fl. 2 cdno. ppal.).

Consta en autos que la actora fue inscrita en la carrera administrativa por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, hoy denominado de Función Pública, mediante resolución No. 01954 de mayo 27 de 1985 en el cargo de Asesor de Empresas, grado 44; más tarde, por resolución No. 912 de 16 de junio de 1986, fue designada por nombramiento ordinario en el cargo de Jefe de Unidad, grado 52, del cual tomó posesión el día 19 del mismo mes y año (fls. 151, 147 y 146 cdno. No. 2), empleo del cual su nombramiento fue declarado insubsistente mediante la resolución impugnada.

La Sala precisa que el citado empleo de Jefe de Unidad, grado 52, en los términos de lo dispuesto en el literal k) del artículo 3o. del acuerdo No. 130 de 1969 proferido por el Consejo Directivo Nacional del SENA, probado por decreto No. 2464 de 1970 del Gobierno Nacional, contentivo del estatuto de personal de la citada entidad descentralizada, para cuando fue dictada la resolución acusada No. 0601 de 1987 tenía el carácter de libre nombramiento y remoción; asimismo, para el momento en que la actora fue nombrada en forma ordinaria en dicho cargo. El referido artículo determina que son de libre nombramiento y remoción las personas que ocupen cargos correspondientes a la planta de personal establecida para cada uno de los despachos de Director General, Gerente Regional, Subdirectores Generales y Secretario General, y consta en autos que por resolución No. 2121 de 1984, por la cual se fija la planta de personal del SENA, Regional Bogotá y Cundinamarca, los empleos de Jefe de Unidad, Grado 52, se encuentran adscritos al despacho del señor Gerente (fl. 45 cdno. ppal.).

Así las cosas, al ser nombrada la demandante en un empleo de libre nombramiento y remoción y tomar posesión del mismo, luego de haber sido inscrita en carrera administrativa en el cargo de Asesor de Empresas, Grado 44, sin que le hubiere sido conferida la comisión para desempeñar las funciones de un cargo de aquella naturaleza jurídica, como lo exige el estatuto de personal del SENA en su art. 63 literal f (fl. 144 *ibídem*), modalidad de comisión regulada de igual manera en los decretos 2400 y 3074 de 1968, debe concluirse que la actora carecía del fuero de carrera cuando su nombramiento fue declarado insubsistente, tal como lo ha manifestado la Corporación en procesos de naturaleza similar, como en la sentencia del 14 de febrero de 1991, expediente No. 997, actor; Luís Benicio Jiménez A., Consejera Ponente: Dra. Clara Forero de Castro, y en fallo del 29 de mayo de 1992, expediente No. 3910, actor: Jesús Héctor Vélez Arroyave, Consejero Ponente: Dr. Diego Younes Moreno.

No obstante lo expuesto, si en gracia de discusión se admitiera que el empleo en el cual fue declarado insubsistente el nombramiento de la demandante fuera de carrera administrativa, era indispensable que el ascenso al cargo de Jefe de Unidad, Grado 52,

se hubiera realizado previa realización del respectivo concurso, el cual constituye un imperativo legal para ser promovido en el escalafón. De lo contrario, el funcionario pierde los beneficios de la carrera al aceptar un supuesto ascenso al margen de la ley.

De otro lado, como se lee en el escrito introductorio, la parte actora alude a que ejerció sus funciones con solicitud, eficiencia, imparcialidad, honestidad y que observó buena conducta en el servicio; y añade que " al retirarla del servicio en la forma como se efectuó, se le desconocieron los derechos que como funcionaria de carrera administrativa consagra la ley en su favor, especialmente el de permanecer al servicio del Estado, mientras cumpliera con sus deberes y observara buena conducta..." (fl. 14 *ibídem*). Y en el escrito contentivo del recurso de apelación se reitera que la actora " aceptó el cargo y lo desempeñó con solicitud, eficiencia y honestidad..." (fl. 209 *ibídem*).

Sobre el tópico, dirá la Corporación, como lo ha expuesto en otras ocasiones, que tales condiciones que acreditaba la demandante no son por si solas para enervar el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad nominadora, ni conceden estabilidad laboral al funcionario de libre nombramiento y remoción, ya que aquellas circunstancias especiales no significa que no pueda haber otras personas que desempeñen mejor el cargo o existir otras razones, que por motivos del buen servicio, hagan aconsejable producir la desvinculación del funcionario.

De otra parte, la Sala ha sostenido que el recurso de apelación no es medio idóneo para modificar o adicionar los argumentos planteados en el libelo. Y es lo que sucede en el caso *sub-exámine* cuando la actora afirma que el SENA ejerció la facultad discrecional por el hecho de que ella no quiso presentar su renuncia (fl. 208 *ibídem*), circunstancia además que no está demostrada en el plenario, como tampoco el hecho de que hubiera sido obligada a aceptar el nombramiento de Jefe de Unidad en el cual fue retirada de la administración, en cuanto a lo afirmado de que "no se encontraba en posición para colocare en reveldía (sic) contra las órdenes superiores." (fl. 209 *ibídem*).

No debe olvidarse que el cargo al cual fue "promovida" no es de aquellos que la ley cataloga como de forzosa aceptación, por lo cual bien hubiera podido no aceptar la designación y continuar laborando en su empleo anterior.

La dejación voluntaria que hizo la demandante del cargo en el cual había sido inscrita, en las circunstancias analizadas, implicó por consiguiente la renuncia de los privilegios que otorgan el pertenecer a la carrera administrativa.

Finalmente, la Sala precisa que el movimiento de personal objeto de análisis, no se trató de un traslado, como parece sugerirlo la parte actora (fl. 208 *ibídem*) pues el movimiento no fue horizontal sino vertical, puesto que lo fue a un cargo superior.

Concluye la Corporación, por consiguiente, que en el caso *sub-lite* no se configuró la desviación de poder en la forma como lo plantea la demandante en el escrito introductorio (fl. 16 *ibídem*), ni era indispensable, por las razones ya expuestas, para

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida el 10 de julio de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en el proceso instaurado por la señora Blanca Elvira Cajigas de Acosta en orden de obtener la nulidad de la resolución No. 0601 de 3 de junio de 1987 expedida por la Dirección General del SENA, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe de Unidad, Grado 52.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 30 de marzo de 1995.

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MIRYAM C. VIRACACHÁ S.
Secretaria (E)

SUSTITUCIÓN PENSIONAL-Definición/**TRASPASO DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL**-Improcedencia/**SUSTITUCIÓN PENSIONAL**-Beneficiarios/**HIJO INVÁLIDO**-Requisitos

El fenómeno jurídico de la sustitución pensional es el derecho que tiene una o varias personas para ser beneficiarios de la prestación social de que era acreeedora otra persona que ya falleció. No se trata en consecuencia del reconocimiento de un derecho pensional, sino de la legimitación que se debe acreditar para reemplazar a quien venía percibiéndolo, es decir, el derecho que ha estado radicado en el trabajador como titular de la pensión, pasa por el hecho de su muerte a los causahabientes laborales. No procede entonces la sustitución de una pensión adquirida por sustitución como lo pidió la accionante a la demandada y como lo pretende su apoderado según el texto de la demanda. La finalidad de la sustitución pensional es atender el riesgo de la viudez y la orfandad que comienza precisamente con el fallecimiento del trabajador. Según el art. 1o. de la ley 33 de 1973 para que un hijo inválido tenga dereho a la sustitución pensional de su padre, ya sea en forma exclusiva o en concurrencia con otros, debe reunir los siguientes requisitos: 1) Incapacidad para trabajar por razón de la invalidez. 2) Dependencia económica respecto al trabajador fallecido. En el caso *sub-júdice,* considera la Sala que si bien existen algunos testimonios respecto de la incapacidad laboral que presenta el demandante por causa de su estado de invalidez y respecto a la dependencia económica de sus padres, ni la invalidez ni la dependencia económica a la fecha del fallecimiento aparecen plenamente probadas. La actora no ha logrado probar ni su invalidez ni su condición de desprotección o desamparo económico existente para la época en que

falleció el titular de la pensión cuya sustitución pretende y por ello no ha demostrado el quebramiento de la presunción de legalidad que ampara los actos acusados, por lo cual se impone confirmar la sentencia apelada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., abril veinticinco (25) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

Referencia: Expediente No. 7250. Autoridades Nacionales. Apelación Sentencia. Actor: Beatriz Carrizosa Umaña.

Procede la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, en el proceso promovido por BEATRIZ CARRIZOSA UMAÑA contra la Universidad Nacional de Colombia, la cual negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La accionante, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad de las Resoluciones No CP-1675 de julio 25 de 1984 y No. 396 de julio 11 de 1985, proferidas por el Rector de la Univereidad Nacional de Colombia. Como consecuencia de la anterior declaración, se la reconozca "como sustituta de la pensión de jubilación que venía disfrutando su señora madre María Umaña Vda. de Carrizosa, en su condición de cónyuge sobreviviente del Dr. Julio Carrizosa Valenzuela, hasta el momento de su fallecimiento ocurrido en octubre 9 de 1983"; se ordene el pago de las mesadas pensionales causadas a partir de la citada fecha, con los aumentos legales a que tenga derecho.

2. El *a-quo* negó las súplicas de la demanda con base en los siguientes fundamentos:

De la interpretación que se hace de la demanda se deduce que la accionante pretende se la reconozca como sustituta de la sustitución pensional que venía gozando su madre. Plantea que al morir su padre quien era titular de una pensión de jubilación, no se presentó a reclamar su cuota parte, porque ésta la recibió a través de su madre a quien le fue sustituida dicha pensión.

Al respecto no se probó que la actora estuviera impedida para reclamar sobre las prestaciones sociales dejadas por su padre, cuando se hizo la citación correspondiente. Tampoco se probó que para la época del fallecimiento de su padre la demandante padecía de estado de invalidez ni que dependía económicamente de aquél.

Es relevante el hecho según el cual la madre de la actora presentó como pruebas para la sustitución de la pensión, unos testimonios según los cuales dicha peticionaria era la

única beneficiaria, puesto que sus hijos son mayores de edad y nada dijo del estado de invalidez de la recurrente. Y además no existe norma que consagre que se pueda reconocer la sustitución de una sustitución pensional.

3. La actora expresa su inconformidad con el anterior fallo con la siguiente alegación:

No se ha solicitado la sustitución de la sustitución pensional, sino que luego de declarada la nulidad de los actos acusados, se le restablezca en su derecho con el paso de la pensión en reemplazo de su madre; se trata de reclamar el derecho sustitutivo que venía usufructuando su madre en su condición de esposa sobreviviente.

Sí se ha probado el estado de invalidez de la actora desde antes del fallecimiento de su padre con declaraciones testimoniales de unos médicos, las cuales obran en el proceso. De igual manera sí se ha probado que dependía económicamente de sus padres y que además carece de bienes propios para su congrua subsistencia.

La madre mantenía a la demandante durante el tiempo que disfrutó de su pensión, porque ésta tenía derecho a una parte y lo que ahora se pretende es que se haga efectivo ese derecho, el cual tiene que ser acrecentado por el fallecimiento de la citada madre.

4. La Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación conceptuó que lo que se discute es la sustitución de la pensión de jubilación del padre y no de la madre en favor de la actora, y para ello es preciso analizar si están probados el estado de invalidez y la dependencia económica de la reclamante frente al pensionado, no frente al sustituto. Al respecto obran declaraciones testimoniales según las cuales la demandante no ha poseído bienes y siempre ha dependido económicamente de sus padres. Se ha probado además que padece desde los cuatro años de epilepsia y que en la actualidad se encuentra incapacitada para trabajar; sin embargo no es claro si al momento del deceso de su padre se encontraba en estado de invalidez, por lo cual considera importante que se ordene una complementación del dictamen del Ministerio de Trabajo para despejar la duda.

Surtido el trámite y no observándose causal de nulidad, se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar la legalidad de los actos, mediante los cuales la Universidad Nacional de Colombia negó a la demandante el traspaso de la sustitución pensional que venía disfrutando su madre, ya fallecida y quien fue beneficiada con la sustitución de la pensión de jubilación de su extinto esposo, y a su vez padre legítimo de la recurrente.

1. El fenómeno jurídico de la sustitución pensional es el derecho que tienen una o a varias personas para ser beneficiarios de la prestación social de que era acreedora otra persona que ya falleció. No se trata en coneecuencia del reconocimiento de un derecho pensional, sino de la legitimación que se debe acreditar para reemplazar a quien venía

percibiéndolo, es decir, el derecho que ha estado radicado en el trabajador como titular de la pensión, pasa por el hecho de su muerte a los causahabientes laborales.

No procede entonces la sustitución de una pensión adquirida por sustitución como lo pidió la accionante a la demandada y como lo pretende su apoderado según el texto de la demanda.

Por esta circunstancia habría lugar a denegar las pretensiones de libelo. Sin embargo, haciendo un esfuerzo interpretativo de la demanda procede la Sala al estudio de la *litis* entendiendo que lo que finalmente se pretende es que se declare que la actora tiene derecho a la sustitución de la pensión que devengaba su padre como pensionado de la Universidad Nacional.

El artículo 1o. de la Ley 33 de 1973, invocado como violado, prescribe lo siguiente:

> "Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea éste oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión **en forma vitalicia.**
>
> PARÁGRAFO 1o.- **Los hijos menores del causante incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir en concurrencia con el cónyuge supérstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad, o al terminar sus estudios, o al cesar la invalidez.** En este último caso se aplicarán las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron y aclararon." (Se destaca).

La finalidad de la sustitución pensional es atender el riesgo de la viudez y la orfandad que comienza precisamente con el fallecimiento del trabajador. Y en este sentido la jurisprudencia nacional ha expresado:

> "La filosofía de la sustitución pensional, no es otra que la de evitar que las personas allegadas al jubilado que por el simple hecho de la muerte de éste en el desamparo o la desprotección. Es entonces, el anterior, un principio elemental de justicia retributiva y de equidad, mediante el cual los seres que conforman el núcleo familiar del trabajador fallecido tengan derecho a la prestación pensional que éste venía disfrutando, lo que les permite mitigar las penurias económicas que un insuceso de estos produce." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Primera. Sentencia de septiembre 9 de 1993. Rad No. 5834. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio).

2. En el expediente se encuentra que:

a) La Caja de Previsión de la Universidad Nacional mediante acto de noviembre 12 de 1954, le reconoció al Dr. JULIO CARRIZOSA VALENZUELA, padre legítimo de la actora, una pensión vitalicia de jubilación (fls. 10, 84 y 85).

b) El citado doctor CARRIZOSA falleció el 25 de mayo de 1974 (fl. 8); por esta causa su cónyuge sobreviviente y a la vez madre de la demandante, señora MARÍA UMAÑA DE CARRIZOSA, solicitó a la citada entidad le reconociera el derecho a percibir dicha pensión (fl. 59). La administración mediante acto de julio 17 de 1974, consideró que la peticionaria reunía los requisitos de ley, por haber demostrado ser "la única beneficiaria puesto que sus hijos son mayores de edad" y que se hicieron los emplazamientos respectivos a terceros con posible derecho a intervenir en la reclamación sin que se hubiera presentado alguien, y en tal virtud reconoció en forma vitalicia la sustitución de la pensión en su favor (fls. 57 y 58). La beneficiaria disfrutó de la pensión hasta el día de su muerte ocurrida el 9 de octubre de 1983 (fl. 9).

c) Según concepto del Jefe Sección Medicina del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el 27 de abril de 1990 la recurrente presentaba "epilepsia de carácter irreversible", tratada desde los cuatro años de edad. Con disminución de su capacidad laboral del 85% (fl. 172).

Según concepto médico rendido por el Dr. EDUARDO CARRIZOSA ALAJMO en octubre 21 de 1984, ratificado dentro del proceso, la demandante padece de "dirritmia cerebral de difícil control, desde hace más de 30 años. Dicha situación la obligó a retirarse de sus actividades hace más de 15 años" (fls. 11 y 122).

Igualmente declaran sobre la incapacidad laboral de la recurrente por razón de su enfermedad el médico Dr. FERNANDO ROSAS PEÑA (fl. 129) y la sicóloga Dra. MARÍA PAULINA ESGUERRA DE IRIARTE (fl. 132). El primero se remonta al año 1976 y la segunda no señala fecha precisa.

d) Los testigos MARÍA JOSÉ HERRERA DE GÓMEZ, BEATRIZ URIBE DE JIMÉNEZ. BEATRIZ DE LA VEGA VARGAS Y MARÍA PAULINA ESGUERRA DE IRIARTE declaran sobre la dependencia económica de la actora respecto de sus padres, en razón de su enfermedad (fls. 125 a 127, 131 a 133).

e) En las declaraciones de renta de la señora MARÍA UMAÑA DE CARRIZOSA (madre de la accionante), correspondientes a los años de 1982 y 1983, no aparece ésta como persona a cargo, antes bien figura en calidad de acreedora (fls. 74 a 76 y 140).

En la declaración de renta simplificada de la actora por el año 1983, presentada extemporáneamente en febrero de 1985, la declarante informa haberla presentado por el año 1982. En la declaración de renta por el año gravable de 1984 la misma actora, informa que posee patrimonio propio, incluida casa de habitación, y que recibió ingresos por pensión de la Universidad Javeriana, honorarios de la Sociedad C.V.N. Samper Ltd. y derechos herenciales (fl.178 y 179).

3. Según el artículo 1o. de la Ley 33 de 1973 citada para que un hijo inválido tenga derecho a la sustitución pensional de su padre, ya sea en forma exclusiva o en concurrencia con otros, debe reunir los siguientes requisitos:

1. Incapacidad para trabajar por razón de la invalidez.

2. Dependencia económica respecto al trabajador fallecido.

En el caso *sub-júdice,* considera la Sala que si bien existen algunos testimonios respecto de la incapacidad laboral que presenta la demandante por causa de su estado de invalidez y respecto a la dependencia económica de sus padres, ni la invalidez ni la dependencia económica a la fecha del fallecimiento de su padre aparecen plenamente probadas.

En efecto, como bien lo anotó el Tribunal de instancia, es un hecho relevante que cuando la entidad demandada citó públicamente a quienes se consideraran con derecho a intervenir en la reclamación pensional del fallecido doctor CARRIZOSA VALENZUELA (fls. 65 y 66), la única persona que formuló petición de sustitución pensional fue la viuda del citado causante y en ningún momento concurrió la demandante a formular reclamación.

Por otra parte, los médicos Carrizosa Alajmo y Fernando Rosas informan sobre la antigua enfermedad de la actora y su dificultad para trabajar, pero no son específicos en relación con el grado de incapacidad que le genera invalidez y en cuanto a la pericia oficial, nada aporta al respecto, porque se refiere a la disminución de la capacidad laboral que presenta la demandante quince años después del deceso de su padre.

Y, aun cuando las declaraciones de los testigos Herrera de Gómez, Uribe de Jiménez, De la Vega Vargas coinciden en que la actora siempre dependió económicamente, primero de su padre y luego de su madre porque nunca ha podido trabajar y que no posee bienes de fortuna, sus testimonios no merecen credibilidad a la Sala, porque existen serios motivos para llegar a la convicción de que no se ajustan a la verdad.

En primer lugar, aparece el testimonio de María Paulina Esguerra quien dice haber laborado con la actora por varios años (no indica fechas) y en segundo, obra prueba documental suficiente para determinar que la accionante, varios años después de la muerte de su progenitor, percibía recursos por actividad laboral y que a la muerte de su madre tenía independencia económica derivada de recursos y patrimonio propio. De ello dan fe las declaraciones de renta de la madre por los años 1982 y 1983 y las propias de la demandante por los años 1983 y 1984 solicitadas como prueba por la entidad demandada.

De manera que si como lo afirma el médico Fernando Rosas que la trató y el mismo dictamen oficial, la enfermedad que padece la actora es progresiva e irreversible, no hay lugar a creer que la disminución laboral en 1974, fecha de la muerte del pensionado, fuera inferior a la que la recurrente presentaba en 1984, cuando aún recibía ingresos laborales.

En consecuencia, considera la Sala que la actora no ha logrado probar ni su invalidez ni su condición de desprotección o desamparo económico existente para la época en que falleció el titular de la pensión cuya sustitución pretende y por ello no ha desmostrado

el quebrantamiento de la presunción de legalidad que ampara los actos acusados, por lo cual se impone confirmar la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia de septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, en el proceso promovido por la señorita BEATRIZ CARRIZOSA UMAÑA contra la Universidad Nacional de Colombia, que se abstuvo de acceder a las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE. NOTIFÍQUESE Y CÚMPIASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del seis (6) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ
Ausente

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA/COMPETENCIA/FALTA GRAVE-Calificación/**EMPLEADO DE TELECOM**-Régimen Aplicable

El funcionario investigador pertenecía a la División de Investigaciones Administrativas de la entidad, dependencia que tiene la función preferente de adelantar tanto las diligencias preliminares como las investigaciones disciplinarias. Por lo tanto, no prospera la objeción del actor, debiendo anotarse que además, en ningún momento se probó que el funcionario investigador era inferior jerárquico del accionante como lo afirma el recurrente. Si bien las faltas disciplinarias deben estar expresamente formuladas en la ley, su calificación como graves o leves corresponde al funcionario competente, quien para el efecto debe tener en cuenta los criterios establecidos en el Decreto 2200 de 1987, en especial su artículo 160. Bien podía la administración, dado el carácter grave de las faltas cometidas, no considerar las circustancias de atenuación de la responsabilidad, por cuanto que uno de los fines de la potestad disciplinaria es proteger la moralidad y eficencia que deben prevalecer en la administración de todo servicio público, cuya afectación negativa por acción u omisión de sus agentes debe ser corregida o subsanada en forma eficaz, máxime cuando se trata de la ocurrencia de faltas atribuidas a un funcionario directivo de la entidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., abril veinticinco (25) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

Referencia: Expediente No. 8124. AUTORIDADES NACIONALES. APELACIÓN SENTENCIA. Actor: CÉSAR OCTAVIO CASTAÑEDA GARCÍA.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de febrero diez (10) de mil novecientos noventa y tres (1993) proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, en el proceso promovido por CÉSAR OCTAVIO CASTAÑEDA GARCIA contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom), la cual negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. El accionante, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó al Tribunal Adminiatrativo de Sucre la nulidad de las Resoluciones No. 00010000-72-02 de agosto 5 de 1991 y No. 000-10000-8821 de septiembre 18 del mismo año, dictadas por el Presidente de Telecom, por medio de las cuales se destituyó al actor del cargo de Gerente Zonal II en Sincelejo, Código 2602. Como consecuencia de lo anterior, solicitó ser reintegrado al cargo o a otro de superior categoría; el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir; se desanote de su hoja de vida la sanción impuesta en todas las instancias estatales en donde se hubiese anotado; se le paguen perjuicios morales estimados en cuatro mil gramos oro; se declare que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio; los valores se cancelen con la corrección monetaria; y se cumpla la sentencia según los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

2. El *a-quo* en el fallo recurrido negó las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

No se desconoció el debido proceso por cuanto el funcionario investigador sí era de superior jerarquía en relación a la categoría que tenía el censor. En la entidad existen cuatro niveles jerárquicos y mientras que el investigador pertenecía al segundo nivel, el inculpado era del cuarto.

Los cargos formulados al investigado están comprendidos dentro de las faltas que contempla el artículo 167 del Decreto 2200 de 1987 así:

Primer Cargo: por falta de previsión del actor se hizo doble pago de un tiquete aéreo, por lo cual incurrió en la falta prevista en el inciso 5o. de la citada norma, a pesar de que la empresa aérea devolvió tiempo después el importe de uno de los tiquetes.

Segundo Cargo: en similar falta incurrió el recurrente por la suscripción de una obligación de suministro de combustible sin llenar los requisitos exigidos.

Tercer Cargo: cometió igualmente similar falta al haber firmado una resolución reconociendo una obligación por concepto de reparación y repuestos no realizados.

Cuarto Cargo: no dio trámite a las investigaciones disciplinarias que fueron solicitadas. Puede tipificarse como la falta establecida por el inciso 14o. de la mencionada norma.

Quinto Cargo: se acusó al actor de no haber adelantado gestiones encaminadas a la recuperación de la cartera morosa de la empresa. El cargo puede ubicarse dentro del citado inciso No. 14, pero fue desvirtuado.

Sexto Cargo: puede estar previsto como la falta grave de que trata el inciso 11o. de la norma citada, el haber suscrito el inculpado un contrato de suministro de combustible para 1990, "con base en el cual se pagó combustible utilizado el año anterior, así como otros conceptos no contemplados en el contrato".

No prospera la alegación del actor de haberse incurrido en falsa motivación al expedirse los actos acusados, por cuanto se ha demostrado que el demandante incurrió en negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, lo cual es sancionable con destitución. Si bien no existen causales de agravación, no puede aceptarse que dichos hechos sean simples fallas administrativas.

3. El apelante fundamenta su inconformidad con el anterior fallo con los siguientes razonamientos:

En la investigación disciplinaria se violó el debido proceso por cuanto el inculpado era superior jerárquico del investigador y esta anomalía constituye causal de nulidad. Si bien el artículo 9o. del Decreto 2200 establece la existencia de cuatro niveles de empleados, no se expresa que se hayan dispuesto en orden jerárquico. Es perfectamente posible que en una misma dependencia puedan laborar empleados de diferentes niveles y en tratándose de una Gerencia Zonal, el de más jerarquía es el gerente.

También se violó el debido proceso por cuanto el investigador sin mediar orden, abrió investigación contra el demandante. De igual manera no se concretaron las normas legales que tipifican las faltas imputadas al actor; sino que es el Tribunal quien las establece. Y por último, en el fallo protestado no se dio ninguna consecuencia jurídica a las causales de atenuación que acepta el Tribunal y ellas imponían que la sanción se viera disminuida.

4. En su escrito de alegato la entidad demandada manifiesta que los cargos contra el actor se encuentran debidamente probados y no fueron desvirtuados por el censor y por lo tanto se debía de aplicar la sanción de destitución. No existe falsa motivación en los actos acusados puesto que el actor actuó con negligencia cuando su deber era obrar con diligencia y prudencia.

Surtido el trámite legal y no observándose causal de nulidad procesal, se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Insiste el demandante en la violación del debido proseso por cuanto fue investigado por un funcionario de inferior categoría.

Al respecto encuentra la Sala que si bien es cierto que el Decreto 2200 de 1987, que regula el Régimen Especial de Administración de Personal y de Carrera Administrativa

para los empleados de Telecom, prescribe en su artículo 139 que el funcionario designado para adelantar la investigación disciplinaria deberá ser de igual o superior categoría a la del funcionario investigado, esta disposición debe armonizarse con el artículo 138 del citado decreto que dispone lo siguiente:

> "La investigación disciplinaria será adelantada por el funcionario que designe la Administración respectiva, dentro del término que en el oficio de la designación se le señale para el efecto,
>
> Sin perjuicio de lo anterior, las diligencias preliminares o las investigaciones disciplinarias **preferentemente serán adelantadas por los funcionarios de la División de Investigaciones Administrativas o de la dependencia que haga sus veces.**" (Destaca y subraya la Sala. f. 87 rev., c. ppal.).

Consta en el plenario que la entidad demandada designó al doctor LAUREANO AUGUSTO RAMÍREZ GIL, Profesional II de la "División Investigaciones Administrativas", para que adelantara diligencias preliminares y luego iniciara formal investigación disciplinaria en la gerencia zonal de Sincelejo por presuntas irregularidades cometidas por empleados de esa dependencia; investigación a la cual fue vinculado el actor (fl. 2, 14 y 123, c. 3).

En consecuencia, el funcionario investigador pertenecía a la División de Investigaciones Administrativa de la entidad, dependencia que tiene la función preferente de adelantar tanto las diligencias preliminares como las investigaciones disciplinarias. Por lo tanto, no prospera la objeción del actor, debiendo anotarse que además, en ningún momento se probó que el funcionario investigador era inferior jerárquico del accionante como lo afirma el recurrente.

2. Se reprocha igualmente al Tribunal que valoró equivocadamente las pruebas por cuanto ninguna de la faltas imputadas es causal de destitución.

Al respecto los autos dan cuenta de lo siguiente:

a) El autor autorizó el pago de un tiquete aéreo no utilizado (junio 8/90), incurriendo en un comportamiento culposo que afectó el patrimonio de la empresa. Ya en curso la investigación el inculpado acreditó que la agencia de viajes devolvió el dinero cancelado (en mayo 10/91). En sus descargos el actor calificó este hecho como un "error involuntario" (fl. 128, 133 y 137, c. 3).

b) Sin el lleno de los requisitos exigidos para el suministro de combustible y aceites para vehículos (sin indicación de fecha, tipo y placa de vehículo, firma del empleado que recibe), el accionante ordenó el pago respectivo. En sus descargos el actor aceptó este hecho y dijo que procedió así para evitar que el surtidor del servicio lo suspendiera (fl. 128 y 133. c. 3).

El actor aceptó en sus descargos que fue enterado acerca de que un taller en donde se había llevado a reparar un vehículo de la empresa no le habían cambiado unos

repuestos, pero ya él había ordenado el pago de la cuenta respectiva, o sea que sin que se verificara la realización del trabajo contratado dispuso dicha cancelación (fl. 23, 24, 26 y 134, c 3).

d) El censor no atendió oportunamente las solicitudes de adelantamiento de investigaciones disciplinarias que le fueron solicitadas por funcionarios de la empresa en relación a personal bajo su dependencia (fl. 60 a 71, c. 3).

e) El cargo de no haber adelantado gestiones administrativas que le competían encaminadas a recuperar la cartera morosa de la entidad, fue desvirtuado por el inculpado según pruebas documentales que obran en el expediente (fl. 73, 74, 169 a 183; c. 3).

f) El actor ordenó que se pagara el valor de un contrato de suministro de combustible ($1.500.000.oo), antes de que dicho contrato se perfeccionara legalmente; y además ordenó el pago de bienes no contratados (fl. 95 a l03, c. 3). El actor reconoció este hecho y lo justificó por cuanto la deuda había quedado en vigencia expirada y no se quería perder el crédito con el proveedor (fl. 136, c. 3).

La entidad demandada responsabilizó al actor de haber infringido las siguientes disposiciones prescritas en el Decreto 2200 de 1987, artículo 11o: desempeñar con solicitud y eficiencia las funciones de su cargo; cumplir las funciones específicas del cargo señaladas en el manual de funciones y aquellas asignadas en reglamentos, circulares u órdenes superiores; responder por el ejercicio de la autoridad otorgada y por la ejecución de las órdenes que imparta. De igual manera la prohibición del artículo 14 del citado decreto: cometer, encubrir o permitir en cualquier forma conductas que atenten gravemente contra los intereses de la empresa. Y la falta descrita en el artículo 167 de la misma normatividad: apropiarse o usar indebidamente bienes del Estado cuya administración o custodia le hayan sido confiados (fl. 16, c. ppal.).

Si bien las faltas disciplinarias deben estar expresamente formuladas en la ley, su calificación como graves o leves corresponde al funcionario competente, quien para el efecto debe tener en cuenta los criterios establecidos en el Decreto 2200 de 1987, en especial su artículo 160 (fl. 71).

La administración calificó como graves las faltas imputadas al actor, debido al perjuicio que recibió el patrimonio económico y la imagen de la empresa. (fl. 17, c. ppal.).

Por otra parte encuentra la Sala que los cargos imputados y no desvirtuados por el actor encajan dentro de la tipificación de faltas descritas por el artículo 167 del citado Decreto 2200 de 1987, las cuales dan lugar a la aplicación de sanción de destitución.

Respecto a la protesta del demandante sobre que no se tuvieron en cuenta al imponerle la sanción circunstancias de atenuación de la responsabilidad, considera la Sala que bien podía la administración, dado el carácter grave de las faltas cometidas, no considerar tales circustancias de atenuación de la responsabilidad, por cuanto que uno de los fines de la potestad disciplinaria es proteger la moralidad y eficiencia que deben

prevalecer en la administración de todo servicio público, cuya afectación negativa por acción u omisión de sus agentes debe ser corregida o subsanada en forma eficaz, máxime cuando se trata de la ocurrencia de faltas atribuidas a un funcionario directivo de la entidad.

En consecuencia, considera la Sala que se impone confirmar la sentencia apelada, por cuanto el censor no ha logrado desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos acusados.

En virtud de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia de febrero diez (10) de mil novecientos noventa y tres (1993) proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, en el proceso promovido por el doctor CÉSAR OCTAVIO CASTAÑEDA GARCÍA contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom), que se abstuvo de acceder a las pretensiones de la demanda.

Reconócese a la doctora MARÍA ESPERANZA PIRACÓN MEDINA como apoderada del actor, por sustitución que hiciera el doctor ROBERTO RODRÍGUEZ D'ALEMAN, y quien al mismo tiempo recibió sustitución del doctor EDUIN DE LA ROSA QUESSEP, en los términos y para los efectos de los memoriales que obran a folios 159 y 160 del cuaderno principal del proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del seis (6) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ
Ausente

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

REAJUSTE PENSIONAL/PRESTACIONES SOCIALES-Creación/**CONGRESO DE LA REPUBLICA**-Facultades/**EMPLEADO PUBLICO/EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD /BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA/EMPLEADO DEPARTAMENTAL/LAUDO ARBITRAL** Inaplicabilidad/**PRIMA DE ANTIGÜEDAD**

Como el reajuste reclamado por la actora referente a la inclusión de la prima de antigüedad y las once doceavas partes de la prima de navidad como factor de reliquidación, lo fundamenta en lo establecido en el laudo arbitral de 1965 y en el acuerdo 17 de 1976 de la Junta General de la Beneficiencia de Cundinamarca, es incuestionable que no procede reconocerlo porque la creación de prestaciones sociales para los empleados públicos era facultad exclusiva y excluyente del Congreso de la República, según el texto de la Constitución Política de 1886, como lo ha sostenido reiteradamente esta Sección. Tampoco le favorece el laudo arbitral porque como bien lo estimó el tribunal, la actora no desvirtuó su condición de empleada pública, caso en el cual la controversia no correspondería a esta jurisdicción por ser propia de la justicia ordinaria laboral.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., abril veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

Referencia: Expediente 9668. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. APELACIÓN SENTENCIA. Actor: María Idaly Culma de Pinilla.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 25 de noviembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

LA DEMANDA

La señora MARÍA IDALY CULMA DE PINILLA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal declarar la nulidad del oficio sin número de fecha 5 de enero de 1988, por el cual la Beneficencia de Cundinamarca negó la reliquidación de su pensión vitalicia de jubilación con la inclusión de unos factores salariales como son el 25% de la prima de antigüedad, que señala el Acuerdo 17 de 1967; el 20% establecido por la Ordenanza No. 13 de 1947; las once doceavas partes de la prima de navidad ordenadas por el artículo 9o. del Laudo Arbitral de 1965 y su aclaratorio de mayo 25 del mismo año. A título de restablecimiento solicitó el reconocimiento y pago de la mencionada reliquidación con los reajustes previstos en la Ley 4a. de 1976 y los ajustes monetarios de que trata el artículo 178 del C.C.A.

Los hechos fundamentales de la demanda se circunscriben a que a la actora se le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación, sin que para su liquidación se tuviera en cuenta el 20%, el 25% del salario como prima de antigüedad y el total del valor de la prima de navidad.

LA SENTENCIA

El fallo de primera instancia declaró probada la excepción de inconstitucionalidad de la Ordenanza No. 13 de 1947 emanada de la Asamblea de Cundinamarca y del Acuerdo No. 17 de 1967 proferido por la Junta General de la Beneficencia del mismo departamento. Consideró que los preceptos citados, resultan abiertamente contrarios a los mandatos del artículo 76 numeral 9 de la Constitución de 1886, vigente para la época en que se expidieron dichos actos, y negó las súplicas de la demanda.

Finalmente razonó el *a-quo* que respecto de los derechos que reclama en su favor la demandante, de la Convención Colectiva de Trabajo y del Laudo Arbitral citados en el libelo, son disposiciones que no le son aplicables, ya que no desvirtuó su condición de empleada pública.

EL RECURSO

Alega la recurrente que la base esencial de la demanda se cimenta en el artículo 9o. del Laudo Arbitral de 1965, la aclaración que de él se hizo y el Acuerdo 17 de 1967, que conforman una sola unidad jurídica indivisible y a las cuales no hizo referencia alguna el Tribunal.

Agrega que la sentencia cuestionada se preocupa de que a la demandante, según lo pedido en el libelo, le correspondería el 150% del sueldo como pensión, pero que la demanda se quedó corta porque debió ser el 175%, pues la norma no habla del promedio

anual del último salario, sino del último salario e insiste en la procedencia de los aumentos del 25% de prima de antigüedad y 20% de la Ordenanza, por cuanto no puede ser igual una norma de otra, pues en el primero el concepto discutido se causa en forma escalonada, en la segunda de produce cumplidos los veinte años y las condiciones determinadas, siendo por ello diferentes y acumulables.

Concluye alegando que según el artículo 230 de la Constitución los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley y que en ellas prevalecerá el derecho sustancial.

CONSIDERACIONES

Obra folio 31 el Acuerdo No. 0058 de 1986 "Por el cual se modifican los Estatutos de la Beneficencia de Cundinamarca", que en su artículo segundo señala que dicha entidad es un establecimiento público del orden departamental y en el vigésimo cuarto establece que las personas que presten servicios en la entidad son empleados públicos estableciendo unas excepciones dentro de las cuales no se encuentra el cargo de ayudante de enfermería que la actora desempeñaba, según constancia que aparece a folio 89 del expediente. Tuvo entonces razón el Tribunal al afirmar que se trataba de una empleada pública.

Como el reajuste reclamado por la actora referente a la inclusión de la prima de ántigüedad y las once doceavas partes de la prima de navidad como factor de reliquidación, lo fundamenta en lo establecido en el laudo arbitral de 1965 y en el Acuerdo 17 de 1967 de la Junta General de la Beneficencia de Cundinamarca, es incuestionable que no procede reconocerlo porque la creación de prestaciones sociales para los empleados públicos era facultad exclusiva y excluyente del Congreso de la República, según el texto de la Constitución Política de 1886, como lo ha sostenido reiteradamente esta Sección

En sentencia de febrero 17 de 1994, Consejero Ponente Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, Actor: Ángela María Avendaño Delgado, tuvo oportunidad esta Corporación de pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos que crearon las prestaciones sociales que reclama la actora en esta *litis*.

Dijo en uno de sus apartes dicho proveído:

> "Por tanto no podía la administración reconocer ese reajuste pensional en virtud de lo acordado por un tribunal de arbitramento, cuyas decisiones son ajenas a los empleados públicos, y con base en lo señalado por un estatuto (Acuerdo de la Junta General) que carece de fuerza de ley, pues no fue expedido por el Congreso en uso de su facultad legislativa, ni por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, puesto que de esa manera se estaría dando aplicación a textos que contrarian lo previsto en el numeral 9 del artículo 76, en armonía con el 10 del mismo canon y con los artículos 62 y 132 de la Carta de 1886, que reservaban la función de fijar el régimen de prestaciones sociales de los empleados oficiales del Congreso.

> Resulta imperativo darle cabida a la excepción de inconstitucionalidad del acuerdo citado conforme lo establecía el artículo 215 de la Carta anterior, y por consiguiente, dejar de aplicarlo al igual que el laudo arbitral en comento."

Los planteamientos anteriores resultan aplicables al caso *sub-júdice*, ya que la actora ostentaba la calidad de empleada pública y sus prestaciones sociales por ello estén regidas por la ley.

Tampoco le favorece el Laudo Arbitral porque como bien lo estimó el Tribunal, la actora no desvirtuó su condición de empleada pública, caso en el cual la controversia no correspondería a esta jurisdicción por ser propia de la Justicia ordinaria laboral.

En consecuencia, tuvo razón el *a-quo*, y por ello será confirmada la sentencia de primera instancia.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia de veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso promovido por MARÍA IDALY CULMA DE PINILLA contra la Beneficencia de Cundinamarca.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ARTURO GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO
Ausente

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAN C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera la jurisprudencia de feb. 17/94, Exp. 8082. Actor: María Eduviges Leguizamón; C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

PROFESIONAL DE LA SALUD/JORNADA LABORAL/DOMINICALES Y FESTIVOS/DESCANSO COMPENSATORIO/ISS/TRABAJO OCASIONAL

La interpretación más acorde con el espíritu y finalidad de la ley es la que para acceder al derecho se requiere que se haya laborado los días dominicales o festivos en forma repetida, usual o frecuente, es decir, que como el enunciado de la norma lo llama, se trate de "trabajo ordinario". Esta noción se opone a lo que ocurre excepcionalmente, o sea el trabajo ocasional que se realiza en tales días, posibilidad legal que está contemplada en el artículo 3o. del mismo decreto 186 de 1987, que dispone que dicha labor se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del empleado. Se ha demostrado que el actor fue vinculado al ente demandado como médico General del Departamento de Urgencias, Unidad programática Institucional Rafael Uribe Uribe, con una asignación de seis horas. Del análisis de la Agenda de Turnos médicos Generales Departamento. Urgencias, UPI.RUU", del período enero 26 de 1987 a marzo 8 de 1992, aparece que en forma habitual el accionante laboró en días domingos o festivos, durante 46 ciclos de seis semanas cada uno. En consecuencia el demandante tenía derecho a un día de descanso compensatorio por cada domingo o festivo laborado, como lo estipula el decreto 186 de 1987, independiente de la remuneración que conjuntamente debía reconocerse equivalente al doble de un día de trabajo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

Referencia: Expediente No. 7837. AUTORIDADES NACIONALES. CONSULTA SENTENCIA. ACTOR: OCTAVIO PIÑEROS.

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de octubre (19) de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Segunda, en el proceso promovido por Octavio Piñeros contra el Instituto de Seguros Sociales, la cual acogió parcialmente las peticiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. El accionante, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio SGP-118 de febrero 8 de 1990, por medio del cual se le negó el reconocimiento y pago de compensatorios por trabajo en domingos y festivos. Igualmente se anule la Resolución No. 1978 de mayo 25 de 1990, por la cual se resuelve el recurso de apelación. Consecuencialmente se concede al Instituto de Seguros Sociales a reconocer y pagar a favor del actor el valor de los descansos compensatorios por haber laborado los días domingos y festivos desde enero 27 de 197 hasta la fecha en que se haga el reconocimiento; se ordene la reliquidación y pago del mayor valor de las prestaciones sociales causadas desde enero 27 de 1987, por razón de la condena anterior; se ordene continuar pagando hacia el futuro el descanso compensatorio por trabajos en domingos y festivos; en caso del no pago de las condenas liquidadas, se cancele los intereses corrientes durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término.

2. El Tribunal en el fallo objeto de la consulta, declaró la nulidad de los actos acusados y ordenó a la entidad demandada pagar al actor lo correspondiente al descanso compensatorio a partir de enero 27 de 1987 y hasta la ejecutoria de la sentencia. No accedió a las demás peticiones del libelo.

Consideró el *a-quo* en primer término, que no prosperan las excepciones de caducidad e inepta demanda por no encontrarse probadas. Sobre el fondo de la *litis* dijo que en el efecto el Decreto 186 de 19897, Art. 2o., consagra el descanso compensatorio a favor de quienes por razón de la naturaleza de su trabajo laboran habitual y permanentemente en días dominicales o festivos, sin perjuicio del pago doble por trabajar en dichos días y que el actor ha demostrado acreditar este derecho. Precisó que no puede aceptarse la exigencia de la administración respecto a que es necesario que haya laborado 44 horas semanales (la totalidad de la jornada laboral), porque la ley no lo exige. Tampoco admitió el argumento de que los sábados dejados de laborar deben tomarse como compensatorios. Dicho reconocimiento debe ser expreso por parte del empleador y el trabajador debe quedar notificado de ello.

Como en el caso de la *litis* no es posible hacer efectivo ese derecho en tiempo, dada la naturaleza del servicio, dispuso ordenar su pago en dinero de acuerdo con el salario

vigente en cada momento. No es posible su reconocimiento hacia el futuro por ser meras expectativas.

3. La señora Procuradora 9a. Delegada ante esta Corporación solicitó la confirmación del fallo objeto de consulta con algunas modificaciones.

Dijo que no hay lugar a que prosperen las excepciones de caducidad e inepta demanda por no haberse probado. Pero respecto al fondo del litigio se debe considerar que la filosofía del Decreto 186 de 1987 está orientada a reconocer que quienes trabajen habitual y permanentemente los domingos y festivos, tengan doble remuneración y que disfruten de un día de descanso compensatorio cuya contraprestación se entiende involucrada en la asignación mensual ordinaria. Es decir, que si no se disfruta del descanso compensatorio no hay contraprestación diferente por él, ya que queda incluido dentro de la asignación ordinaria. De tal manera que si el actor no trabajó todos los días de las seis semanas que comprende cada ciclo, se puede asimilar esos días a los que corresponde al descanso compensatorio, como lo sostiene la entidad demandada. Y del peritazgo practicado en el proceso se tiene en consecuencia, que el actor solo tiene derecho a que se le pague el equivalente a 19 días de descanso compensatorio no disfrutados.

Surtido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad procesal, se decide previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. En primer término procede la Sala a estudiar las excepciones formuladas por la parte demandada:

1.1. **CADUCIDAD:** Como bien lo sostiene el *a-quo* esta excepción no prospera por cuanto el término para instaurar la acción comenzó a correr a partir de noviembre 24 de 1990 (día siguiente a la desfijación del edicto por el cual se notificó el segundo acto demandado, fl. 3, c. ppal.), y el 24 de marzo de 1991 correspondió a vacancia judicial por Semana Santa, por lo cual, en aplicación del Art. 62 de la Ley 4a. de 1913, el término para presentar la demanda se extendió hasta el primer día hábil o sea el 1o. de abril del citado año (fecha de presentación de la demanda).

1.2. **INEPTA DEMANDA**

La excepción de ineptitud de la demanda por cuanto no se determinó la estimación razonada de la cuantía tampoco está llamada a prosperar, porque, si bien el actor manifiesta en su libelo que estima la cuantía en suma superior a un millón de pesos, valor de los salarios dejados de pagar desde enero de 1987 y hasta la fecha de presentación de la demanda, agrega que el sueldo en ese momento es de $ 232.326.00 por jornada de seis horas diarias. De tal manera que sí se satisface el requisito consagrado en el artículo 137, numeral 6o. sobre la estimación razonada de la cuantía, por cuanto en la demanda se indican los factores que permiten que la cuantía sea determinada.

2. En orden a resolver sobre el fondo de la *litis,* encuentra la Sala lo siguiente:

El demandante en su condición de médico se vinculó laboralmente al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle del Cauca, Departamento de Urgencias, Unidad programática Institucional Rafael Uribe Uribe, desde noviembre 6 de 1985 (fl. 2 y 3, c. 4).

El citado actor formuló a la administración petición escrita para que se le reconociera y pagara el valor correspondiente a los descansos compensatorios de todos los domingos y festivos laborados desde enero 27 de 1987, fecha en que entró a regir el Decreto 186 de 1987 y se le reconociera en tiempo remunerado, el día de descanso compensatorio por el trabajo que realice a partir del pago y hacia el futuro (fl. 6 c. 3).

La entidad mediante Oficio SGP-118 de febrero 8 de 1990, negó a petición del demandante antes descrita con fundamento en lo siguiente:

> "Para tener derecho al descanso compensatorio del domingo **es requisito haber laborado las 44 horas entre lunes y sábado.** Lo anterior significa que quien entre el lunes y el sábado no ha completado su jornada laboral, no ha adquirido el derecho al descanso remunerado, la Seccional del Valle aún en este caso deja 24 horas sin programar labores contados desde finalización de un turno hasta el inicio del siguiente. Si labora el domingo par completar la jornada ordinaria, las horas laboradas ese día se le pagan con recargo del 200% y el descanso compensatorio por ese trabajo se le paga en el salario ordinario del mes." (fl. 14, c. ppal.). Se destaca.

Contra la anterior decisión interpuso el actor recurso de apelación, desatado por la administración mediante Resolución No. 1978 de mayo 25 de 1990, en la cual se abstiene de revocar la ya definido (fl. 2 c. 3).

En la contestación de la demanda el Instituto manifestó que el actor debe laborar 33 horas semanales en turnos rotatorios que se repiten al cabo de un ciclo de seis semanas (198 horas promedio); existen días en la semana que no se labora, lo cual busca evitar el incremento del promedio de horas por encima de la jornada máxima legal y además esos días no laborados pero pagados constituyen el compensatorio a los domingos y festivos laborados (fl. 25, 26, c. ppal.). Es decir, la administración considera que sí se está reconociendo el descanso compensatorio, por cuanto habitualmente ocurre que hay semanas en las que no se programan días laborables, y éstos en consecuencia, significan el mencionado descanso compensatorio.

3. El artículo 2o. del Decreto 186 de 1987 invocado por el actor como violado, prescribe lo siguiente:

> **"Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos.**
>
> En los mismos términos de lo establecido para los empleados públicos del orden nacional en el Decreto Ley 1042 de 1978 artículo 39, sin perjuicio de lo que

dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio en el sistema de turnos, los servidores del Instituto de Seguros Sociales, que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales y festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un (1) día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, **más el disfrute de un (1) día de descanso compensatorio,** sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el empleado por haber laborado el mes completo.

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual." (Se destaca).

Como bien lo sostiene el Tribunal, de la anterior disposición se desprende que para acceder a la prestación del descanso compensatorio en las circunstancias allí señaladas se requiere: 1) Trabajar en dominicales y festivos; 2) Hacerlo de manera habitual y permanente porque la naturaleza del trabajo así lo exige.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el adjetivo **habitual** tiene por significado: que se hace, padece o posee con continuación o con hábito. A su vez **hábito** significa: modo especial de proceder o conducirse adquirido por repetición de actos iguales o semejantes, u originado por tendencias instintivas. Facilidad que se adquiere por larga y constante práctica en el mismo ejercicio.

Por su parte el adverbio **permanentemente** significa: con permanencia. Y el sustantivo **permanencia** tiene como significado: duración firme, constancia, perseverancia, estabilidad, inmutabilidad (Cf. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española 21a. edición, Madrid, 1992).

De lo anterior se observa que el vocablo habitual no es sinónimo de permanente, por cuanto el primero indicó la ocurrencia de un fenómeno en forma repetida, usual o frecuente y el segundo está señalando que el fenómeno se presenta en la totalidad de las veces y como el artículo 2o. del Decreto 186 de 1987, antes descrito, establece como requisito para el descanso compensatorio que el trabajo se realice **en forma habitual y permanente,** presentando los dos vocablos prescriptivos unidos por medio de la conjunción "y", es preciso interpretar razonablemente la norma en orden a que adquiera sentido y eficacia.

Si se interpreta que la ley lo que exige es que la actividad laboral sea desarrollada la totalidad de las veces, o sea todos los domingos o días festivos sin interrupción, se llega a una noción extrema que se opone a lo que nunca o jamás ocurre o se presenta. Este criterio conduciría a anular toda significación y contexto del vocablo "permanente". Este, por tanto no puede ser el sentido de la ley, ya que es principio general de derecho que todas las prescripciones normativas están llamadas a producir efectos.

De allí que la interpretación más acorde con el espíritu y finalidad de la ley es la que para acceder al derecho se requiere que se haya laborado los días dominicales o festivos en forma repetida, usual o frecuente, es decir, que como el enunciado de la norma lo llama, se trate de "trabajo ordinario"... Esta noción se opone excepcionalmente, o sea el trabajo ocasional que se realiza en tales días, posibilidad legal que está contemplada en el artículo 3o. del mismo Decreto 186 de 1987, que dispone que dicha labor se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del empleado.

4. En el *sub-lite* se ha demostrado que el actor fue vinculado al ente demandado como Médico General del Departamento de Urgencias, Unidad programática Institucional Rafael Uribe Uribe, con una asignación de seis horas (fl. 3, c. 4).

Del análisis de la "Agenda de Turnos Médicos Generales Depto. Urgencias, UPI.RUU", del período enero 26 de 1987 a marzo 8 de 1992, aparece que en forma habitual el accionante laboró en días domingos o festivos, durante 46 ciclos de seis semanas cada uno (fl. 7 a 12 y 24 a 62, c. 5).

En consecuencia el demandante tenía derecho al disfrute de un día de descanso compensatorio por cada domingo o festivo laborado, como lo estipula el Decreto 186 de 1987, independiente de la remuneración que conjuntamente debía reconocerse equivalente al doble de un día de trabajo.

Pues bien, vistos los documentos aportados con la prueba pericial, la Sala encuentra que es acertado el concepto formulado en esta instancia por la señora agente fiscal, porque como lo dijo la señora Procuradora:

> "Si el médico Octavio Piñeros no tiene que trabajar todos los días de las seis (6) semanas que comprende cada ciclo, por las razones anotadas atrás (la jornada semanal máxima es de 33 horas), se pueden asimilar esos días a los que corresponde por descanso compensatorio. Como dice el apoderado del Instituto, estos días constituyen el compensatorio correspondiente a los días dominicales y festivos en que se laboró" (numeral 9o. folio 26 cuaderno No. 1).

Así del examen de cada ciclo en que laboró el actor, se determinan los domingos y festivos en que prestó servicio, los días no trabajados y la definición si tiene o no el derecho al descanso compensatorio. Luego de ese prolijo procedimiento la Agencia Fiscal, llegó a la siguiente conclusión que la Sala comparte y hace suya:

> "De la relación anterior se tiene, a juicio de esta Delegada, que el **demandante tiene derecho a que se la pague el equivalente a diecinueve (19) días de descanso compensatorio, que corresponden a aquellos en que no disfrutó el descanso, por haber laborado en domingos y festivos.** Este pago es procedente ante la dificultad que se presentaría por el reconocimiento de su goce, dada la

naturaleza del servicio que presa el Instituto de Seguros Sociales, como lo dice el Tribunal.

La condena debe hacerse hasta el 8 de marzo de 1992, fecha hasta la cual aparecen las planillas que sirvieron para establecer que el demandante laboró días domingos y festivos. Para determinar el monto, debe atenderse el valor del día compensatorio que obra en el dictamen pericial visible a folio 64 y 65 del cuaderno No. 5" (Destaca la Sala). (fl. 100).

Como bien lo aprecia la señora Agente del Ministerio Público, los peritos no cumplieron a cabalidad con las exigencias legales establecidas en el artículo 237 del C. de P.C. en la producción de la prueba pericial. La utilización de diferentes metodologías para el análisis, en especial la división por años no consecutivos dificultan su estudio y cabal comprensión. Además es irregular emitir en forma separada conceptos complementarios en donde se dividen los temas solicitados a instancias de las partes. En consecuencia, el dictamen está lejos de tener la suficiente claridad y precisión.

En conclusión, se procede a confirmar la sentencia consultada, concretando la condena impuesta a la entidad demandada.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia de octubre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Segunda, en el proceso promovido por el Dr. OCTAVIO PIÑEROS contra el Instituto de Seguros Sociales.

En tal virtud, el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle del Cauca, reconocerá y pagará a favor del demandante el valor correspondiente a diecinueve (19) días por concepto de descanso compensatorio a que tiene derecho por el período comprendido entre enero 27 de 1987 y marzo 8 de 1992. Para determinar el valor del día se tendrá en cuenta el que obra en el dictamen pericial visible a folios 64 y 65 del cuaderno No. 5.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del once (11) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MIRYAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

SUSTITUCIÓN PENSIONAL-Beneficios/**CÓNYUGE SOBREVIVIENTE/MATRIMONIO/SOCIEDAD CONYUGAL**-Disolución/**SEPARACIÓN DE CUERPOS/POTESTAD REGLAMENTARIA**

Esta Sección del Consejo de Estado mediante sentencia calendada el 8 de julio de 1993, recaída en el Consejero Ponente: doctora Clara Forero de Castro, declaró la nulidad de la expresión "cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos" del artículo 7 del Decreto 1160 de 1989, por el cual se reglamentó parcialmente la ley 71 de 1988. Como quiera que el demandante a través del ejercicio de la presente acción pretendía obtener idéntica declaración respecto de la expresión que en tal virtud desapareció del ámbito jurídico, habrá de estarse a lo ya decidido por la jurisdicción contencioso administrativa sobre el particular.

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

Consejera Ponente: DRA. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

Referencia: Expediente No. 8173. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: NÉSTOR GUTIÉRREZ ROJAS.

En ejercicio de la acción de nulidad y actuando en nombre propio, el ciudadano Néstor Gutiérrez Rojas pide al Consejo de Estado declarar la nulidad parcial del artículo 7o. del Decreto 1160 de 1989, relativo a la pérdida del derecho de sustitución pensional del cónyuge sobreviviente, respecto de la expresión "CUANDO SE HAYA DISUELTO

LA SOCIEDAD CONYUGAL O EXISTA SEPARACIÓN LEGAL Y DEFINITIVA DE CUERPOS".

Considera el accionante que el Presidente de la República al expedir la norma acusada excedió el ejercicio de la facultad reglamentaria consagrada en la Constitución Política, por cuanto estableció la pérdida del derecho del cónyuge sobreviviente a la sustitución pensional de su esposo o esposa, por el hecho de haberse disuelto la sociedad conyugal o haberse producido la separación legal y definitiva de cuerpos, cuando las leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980, 113 de 1985 y 71 de 1988, disposición ésta última que extendió el beneficio de la sustitución pensional en forma vitalicia al cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, no establecen como causal de pérdida de este derecho las circunstancias aludidas.

Dichas leyes, acota el libelista, solamente prevén la pérdida del derecho de la cónyuge sobreviviente, cuando por su culpa ésta no viviere unida al cónyuge fallecido en el momento de su deceso, pero no prevén que ello ocurra porque exista separación de cuerpos o liquidación de la sociedad conyugal, como se estipula en la norma impugnada.

Tramitado el proceso y sin contar con el concepto del Procurador Judicial Cuarto Delegado en lo Contencioso Administrativo, se procede a decidir previas estas

CONSIDERACIONES:

Esta Sección del Consejo de Estado mediante sentencia calendada el 8 de julio de 1993, recaída en el proceso número 4583. Actora: Alba Lucía Carvajal y otros. Consejero ponente: doctora Clara Forero de Castro, declaró la nulidad de la expresión **"cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos"** del artículo 7o. del Decreto 1160 de 1989, por el cual se reglamentó parcialmente la ley 71 de 1988, artículo cuyo texto en su integridad es del siguiente tenor:

> **"Pérdida del derecho del cónyuge sobreviviente.** El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hiciere vida en común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho éste que se demostrará con prueba sumaria.
>
> El cónyuge sobreviviente pierde el derecho de la sustitución pensional que esté disfrutando, cuando contraiga nupcias o haga vida marital".

En esa oportunidad se hizo el siguiente razonamiento a efecto de fundamentar aquella decisión:

> "Observa la Sala que efectivamente, la ley reglamentada no establece la disolución de la sociedad conyugal ni la separación definitiva de cuerpos como causales para que el cónyuge sobreviviente pierda el derecho a la sustitución pensional.

Tampoco está señalada ninguna de esas causales de pérdida del derecho en las leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, cuyas previsiones en materia de sustitución pensional –por mandato del artículo 3o. de la ley 71 de 1988– se extienden en forma vitalicia "al cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado...", en los términos allí mismo establecidos.

Como dice la Doctora Agente del Ministerio Público, lo que las leyes antes mencionadas determinan es la pérdida del derecho a la sustitución pensional cuando por culpa del cónyuge reclamante no hubieren vivido unidos en la época del fallecimiento, o cuando hubiere contraído nuevas nupcias o haga vida marital.

Ni la disolución de la sociedad conyugal ni la separación legal y definitiva de cuerpos hacen desaparecer el vínculo matrimonial, que es el que debe estar vigente al momento de la muerte, según la ley colombiana, para tener la calidad de cónyuge supérstite y hacerse acreedor a la sustitución pensional como tal.

Cosa distinta es, que el cónyuge supérstite haya sido el culpable de la separación definitiva o haga vida marital con otra persona; caso en el cual será estas circunstancias las que impidan la sustitución, mas no el solo hecho de la separación de bienes o de cuerpos.

Es necesario tener en cuenta que el parágrafo del artículo 1o. de la ley 44 de 1980, que trata de los pasos a seguir para que un pensionado facilite el traspaso de su pensión en caso de muerte, advierte: El hecho de que el pensionado no hubiere revocado antes de su fallecimiento el nombre de su cónyuge, establece en favor de éste la presunción legal de no haberse separado de él por su culpa".

Conviene recordar, por último, que sobre la primera parte de la expresión demandada –"cuando se haya disuelto la sociedad conyugal"– la Sala se pronunció en auto de mayo 20 de 1992, con ponencia del Consejero Doctor Álvaro Lecompte Luna (Expediente 6640. Actor Darío Vallejo Jaramillo) y que en aquella oportunidad, tras un detenido estudio del caso controvertido, se decretó la suspensión provisional de la frase aludida.

Así las cosas, es evidente que se excedió la potestad reglamentaria y que las expresiones acusadas deben por ello anularse".

Como quiera que el demandante a través del ejercicio de la presente acción pretendía obtener idéntica declaración respecto de la expresión que en tal virtud desapareció del ámbito jurídico, habrá de estarse a lo ya decidido por la jurisdicción contencioso administrativa sobre el particular.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Estése a lo resuelto en la sentencia de 8 de julio de 1993 –Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda–, expediente 4583, actor: Alba Lucía Carvajal y otros. Consejero ponente: Doctor Clara Forero de Castro, en la cual se declaró la nulidad de la frase **"cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos"** contenida en el artículo 7o. del Decreto 1160 de 1989.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAN C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

CARRERA ADMINISTRATIVA/INGRESO AUTOMÁTICO-Improcedencia/**RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN/ESTABILIDAD**-Inexistencia/**EMPLEADO DE NIVEL TERRITORIAL/INGRESO EXTRAORDINARIO A LA CARRERA**

La Ley 27 de 1992, desarrolla el art. 125 de la C.N., su espíritu es el regular la extensión de la Carrera Administrativa, mientras se expiden los nuevos estatutos especiales; otorga un sistema nacional y territorial unificado e indica que por regla general todos los servidores oficiales son de Carrera Administrativa, salvo las excepciones allí previstas; el artículo 22 *ibídem* consagra un ingreso extraordinario sin proceso de selección para empleados del nivel territorial que lleguen a desempeñar cargos de Carrera Administrativa, ya que de acuerdo con la nueva ley, podrán ingresar a ella si acreditan del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados o en equivalencias establecidas en los decretos 583 de 1994, 573 de 1988 y Ley 61 de 1987; quienes no lo acrediten y sigan en servicio pueden solicitar su inscripción, cuando acrediten tales requisitos; quienes no actuaren dentro del referido término quedarán de libre nombramiento y remoción. En ningún momento la norma supralegal o la legal han establecido ingreso masivo y automático a la Carrera Administrativa; se expresa sí una política estatal en el sentido de constituir como norma general su instauración. Ahora, el término del año se refiere a un plazo de transición para los servidores estatales que no quedaron ubicados dentro del régimen de excepción (art. 4o., Ley 27 de 1992 y C.N. Art. 125), acrediten el cumplimiento de los requisitos por manual de funciones y ley, para ingresar a la Carrera Administrativa y ante tal evidencia la administración culmine el respectivo proceso administrativo que legalice el ingreso como funcionario de carrera, por lo tanto antes del pronuncia-

miento oficial de aceptación en la Carrera Administrativa del aspirante, sólo hay una expectativa y no derechos causados de estabilidad relativa. Estas razones llevan a la conclusión de que la actora el 26 de marzo de 1993, cuando se profirió el Decreto 237 de 1993, mediante el cual se suprimió el cargo, no estaba en Carrera Administrativa ni disfrutaba de estabilidad relativa.

RETIRO DEL SERVICIO-Causales/**SUPRESIÓN DE EMPLEOS/EMPLEADO DE CARRERA/DERECHOS ADQUIRIDOS/INDEMNIZACIÓN/TRATAMIENTO PREFERENCIAL/DERECHO A LA IGUALDAD**-Inexistencia

La supresión de empleos está consagrada constitucional y legalmente a nivel nacional y territorial (C.N. art. 189, numeral 14, art. 305 numeral 7o.; Ley 27 de 1992 art. 8o., Decreto 2400 de 1968, art. 25) como facultad del ejecutivo y constituye causal de retiro del servicio; las consecuencias de esta medida frente a cada situación individual, en verdad no son iguales, porque el legislador distingue entre quien no es funcionario de carrera y el que sí está inscrito en ella, en el primer evento llanamente se da la causal de retiro sin consecuencias por estar frente a un funcionario de libre nombramiento y remoción; en tanto que frente a la segunda hipótesis, se está ante el servidor público titular de unos derechos adquiridos, los cuales se sacrifican ante el interés público, pero en aras de no causarle perjuicios se autoriza la indemnización o tratamiento preferencial previstos en el Decreto Ley 2400 de 1968 (Ley 27 de 1992 art. 8o., Decreto 1223 de 1993 art. 1o. y ss., Decreto Extraordinario Departamental No. 0735 de 1990 art. 10-112-119). Entonces como la situación legal de vinculación laboral de los servidores no es igual, ante el fenómeno de la supresión tienen tratamiento diferente, sin que sea valedero invocar de esas circunstancias disímiles el derecho a la igualdad; razón por la cual en el caso materia de estudio el demandante al no estar inscrito en Carrera Administrativa, no tenía los derechos que invoca.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Dr. DIEGO YOUNES MORENO.

Referencia: Expediente No. 10.716. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. Actor: ALIRIO BETANCOURT GARCÍA.

ALIRIO BETANCOURT GARCÍA, solicita declare nulo del Decreto No. 602 del 25 de junio de 1993 expedido por el Gobernador del Tolima, y mediante el cual se suprimió el cargo que ejercía el demandante.

Estima que el acto impugnado se profirió con desviación de poder, con vicio oculto y falsa motivación, pues no tendió al mejoramiento del servicio, ni a una real reestructuración administrativa, porque se dio fue una extralimitación de las facultades

otorgadas por la Asamblea del Tolima, y de otra parte, él pertenecía a la Carrera Administrativa al tenor de lo dispuesto en la Ley 27 de 1992 y sus Decretos Reglamentarios 1223 y 1224 del 29 de junio de 1993.

LA SENTENCIA APELADA:

El *a-quo* consideró que el mandatario seccional obró conforme a la C.N., art. 305 numeral 7o., por lo tanto no quebranto principios generales consagrados en el mismo mandato supralegal arts. 53-4-26-13. Señala que de otra parte no se demostraron los supuestos fácticos que evidencien la desviación del poder en el acto atacado, y la Ley 27 de 1992 no dispuso un ingreso masivo a la Carrera Administrativa; estima que en base a esta ultima disposición legal la actora se encontraba disfrutando de los derechos de la Carrera Administrativa. Lo anterior para llegar a la conclusión de que el Gobernador no transgredió los preceptos legales de la Ley 27 de 1992.

Finalmente expresa que la pretensión subsidiaria sobre pago de indemnización por supresión del cargo, no es de recibo porque no se indica cual es la norma transgredida, ni el concepto de violación.

EL RECURSO:

La parte demandante sustenta el recurso de alzada básicamente sobre la discrepancia en la aplicación del principio de que cuando hay una misma razón debe existir una misma conclusión, C.N., artículo 13, y no entiende cómo frente al plazo del año otorgado por la Ley 27 de 1992 para acreditar los requisitos de ingreso definitivo se les podía declarar insubsistentes y a otros suprimirles el cargo sin indemnización. Estima que ha debido respetarse ese plazo para concursar e ingresar a la carrera y a su vez en los seis meses siguientes expedir el manual de funciones.

CONSIDERACIONES:

Ya la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el caso de la supresión de cargos en el Departamento del Tolima, y la posible estabilidad relativa alegada por el actor, con base en la Ley 27 de 1993.

Dijo la Sala en fallo de 3 de abril de 1995, expediente 10715, con ponencia del Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora:

"Del contenido de la sentencia materia de apelación y los argumentos soporte del recurso de alzada, se tiene que el eje central de la controversia lo constituye el dilucidar si la actora estaba en carrera administrativa o no, con estabilidad laboral relativa; al respecto se analiza:

La Carrera Administrativa como presupuesto de garantía y eficacia en el buen servicio administrativo, regula los derechos, deberes, ingreso, permanencia y remoción de los servidores estatales; esta valoración e incorporación de la persona humana en el desarrollo de las tareas de la función pública tiene en la Constitución Nacional de 1991

consagración especial; es así como el artículo 125, dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones allí enunciadas, el inciso tercero de este precepto supralegal dice: "...El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mimos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes...".

La Ley 27 de 1992, desarrolla el art. 125 de la C.N., su espíritu es regular la extensión de la Carrera Administrativa, mientras se expiden los nuevos estatutos especiales; otorga un sistema nacional y territorial unificado e indica que por regla general todos los servidores oficiales son de Carrera Administrativa, salvo las excepciones allí previstas; el artículo 22 *ibídem* consagra un ingreso extraordinario sin proceso de selección para empleados del nivel territorial que lleguen a desempeñar cargos de Carrera Administrativa, que de acuerdo con la nueva ley, podrán ingresar a ella si acreditan dentro del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en manuales o en equivalencias establecidas en los Decretos 583 de 1984, 573 de 1988 y Ley 61 de 1987; quienes no lo acrediten y sigan en servicio pueden solicitar su inscripción, cuando acrediten tales requisitos; quienes no actuaren dentro del referido término quedaran de libre nombramiento y remoción.

El tenor de la Ley 27 de 1992 y lo consignado en los párrafos que anteceden, indican que en ningún momento la norma supralegal o la legal han establecido ingreso masivo y automático a la Carrera Administrativa; se expresa sí una política estatal en el sentido de construir como norma general su instauración. Ahora, el término del año se refiere a un plazo de transición para que los servidores estatales que no quedaron ubicados dentro del régimen de excepción (art. 4o., Ley 27 de 1992 y C.N., art. 125), acrediten el cumplimiento de requisitos por manual de funciones y ley, para ingresar a la Carrera Administrativa y ante tal evidencia la administración culmine el respectivo proceso administrativo que legalice el ingreso como funcionario de carrera, por lo tanto antes del pronunciamiento oficial de aceptación en la Carrera Administrativa del aspirante, sólo hay una expectativa y no derechos causados de estabilidad relativa.

Estas razones llevan a la conclusión de que ELSA LEONOR CUARTAS DE RESTREPO el 26 de marzo de 1993, cuando se profirió el Decreto 237 de 1993, mediante el cual se suprimió el cargo, no estaba en Carrera Administrativa ni disfrutaba de estabilidad relativa.

Aclarado el punto que antecede se observa que el Decreto 237 de 1993 (fl. 3 a 5), fue expedido con fundamento en la facultad constitucional otorgada a los gobernadores C.N., art. 305, numeral 7, y el Decreto Departamental Extraordinario No. 0735 de julio 30 de 1990 (fls. 1 a 46 cuaderno anexo No 3), dentro de la política de modernización y racionalización de las plantas de personal al servicio del Estado en el nivel departamental.

El tercer punto de inconformidad es lo que atañe con el derecho a la igualdad, C.N., art. 13, al respecto se observa: cierto es que el precepto supralegal consagra el derecho de igualdad de las personas ante la ley, pero debe entenderse que es ante situaciones idénticas.

La supresión de empleos esta consagrada constitucional y legalmente a nivel nacional y territorial (C.N. art. 189, numeral 14, art. 305 numeral 7o., Ley 27 de 1992 art. 8o., Decreto 2400 de 1968, art. 25), como facultad del ejecutivo y constituye causal de retiro del servicio; las consecuencias de esta medida frente a cada situación individual, en verdad no son iguales, porque el legislador distingue entre quien no es funcionario de carrera y el que si esta inscrito en ella, en el primer evento llanamente se da la causal de retiro sin consecuencia por estar frente a un funcionario de libre nombramiento y remoción; en tanto que frente a la segunda hipótesis, se está ante el servidor público titular de unos derechos adquiridos, los cuales se sacrifican ante el interés público, pero en aras de no causarle perjuicios se autoriza la indemnización o tratamiento preferencial previstos en el decreto Ley 2400 de 1968 (Ley 27 de 1992 art. 8o. Decreto 1223 de 1993 art. 1o. y s.s., Decreto Extraordinario Departamental No. 0735 de 1990 art. 10-112-119).

Entonces, como la situación legal de vinculación laboral de los servidores no es igual, ante el fenómeno de la supresión tienen tratamiento diferente, sin que sea valedero invocar de esas circunstancias disímiles el derecho a la igualdad; razón por la cual en el caso materia de estudio la demandante al no estar inscrita en Carrera Administrativa, no tenía los derechos que invoca.

El análisis consignado muestra que en verdad el acto atacado no quebranta ningún precepto constitucional ni legal, tampoco se probó que la motivación hubiese sido por fines políticos o de otra índole que distorsionaran el principio rector del buen servicio y si bien no se allego el concepto de planeación para la reestructuración de la planta de personal, esto obedeció a falta de interés de quien pretendía probar ese tópico (cuaderno anexo No.2, fl. 19), C.P.C. art. 177).

Por consiguiente, como en el presente caso el actor no demostró el abuso o la desviación de poder, y tampoco probó su estabilidad en la carrera administrativa, y ella no se deduce de la ley 27 de 1992, no puede prosperar la petición de nulidad del acto demandado, y en tal virtud se confirmara la sentencia apelada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el doce (12) de agosto de 1994, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda, en el juicio adelantado por ALIRIO BETANCOURT GARCÍA contra el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase el expediente al tribunal de origen. PUBLÍQUESE en los Anales del Consejo de Estado.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciocho (18) de mayo mil novecientos noventa y cinco (1995).

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

CARLOS ORJUELA GÓNGORA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera la sentencia del 3 de abril de 1995, Exp. 10715, Ponente Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN/INSUBSISTENCIA/ CARRERA ADMINISTRATIVA-Ingreso/**DERECHO A LA IGUALDAD**-Improcedencia

En ningún momento la norma supralegal o la legal han establecido ingreso masivo y automático a la Carrera Administrativa; se expresa sí una política estatal en el sentido de constituir como norma general su instauración. Ahora, el término del año se refiere a un plazo de transición para los servidores estatales que no quedaron ubicados dentro del régimen de excepción (art. 40, Ley 27 de 1992 y C.N. Art. 125), acrediten el cumplimiento de los requisitos por manual de funciones y ley, para ingresar a la Carrera Administrativa y ante tal evidencia la administración culmine el respectivo proceso administrativo que legalice el ingreso como funcionario de carrera, por lo tanto antes del pronunciamiento oficial de aceptación en la Carrera Administrativa del aspirante, sólo hay una expectativa y no derechos causados de estabilidad relativa. Como la situación legal de vinculación laboral de los servidores no es igual, ante el fenómeno de la supresión tiene tratamiento diferente, sin que sea valedero invocar de esas circunstancias disímiles el derecho a la igualdad; razón por la cual en el caso materia de estudio la demandante al no estar inscrito en Carrera Administrativa, no tenía los derechos que invoca. El análisis consignado muestra que en verdad el acto atacado no quebranta ningún precepto constitucional ni legal, tampoco se probó que la motivación hubiese sido por fines políticos o de otra índole que distorsionaran el principio rector del buen servicio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Dr. DIEGO YOUNES MORENO.

Referencia: Expediente No. 10.911. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. Actor: JORGE LÓPEZ AVILA.

JORGE LÓPEZ ÁVILA solicita declare nulo del Decreto No. 602 del 25 de junio de 1993 expedido por el Gobernador del Tolima, y mediante el cual se suprimió el cargo que ejercía el demandante.

Estima que el acto impugnado se profirió con desviación de poder, con vicio oculto y falsa motivación, pues no tendió al mejoramiento del servicio, ni a una real reestructuración administrativa, porque se dio fue una extralimitación de las facultades otorgadas por la Asamblea del Tolima, y de otra parte, él pertenecía a la Carrera Administrativa al tenor de lo dispuesto en la Ley 27 de 1992 y sus Decretos Reglamentarios 1223 y 1224 del 29 de junio de 1993.

LA SENTENCIA APELADA:

El *a-quo* consideró que el mandatario seccional obró conforme a la C.N., art. 305 numeral 7o., por lo tanto no quebrantó principios generales consagrados en el mismo mandato supralegal arts. 53-4-26-13. Señala que de otra parte no se demostraron los supuestos fácticos que evidencien la desviación del poder en el acto atacado, y la Ley 27 de 1992 no dispuso un ingreso masivo a la Carrera Administrativa; estima que en base a esta ultima disposición legal la actora se encontraba disfrutando de los derechos de la Carrera Administrativa. Lo anterior para llegar a la conclusión de que el Gobernador no transgredió los preceptos legales de la Ley 27 de 1992.

Finalmente expresa que la pretensión subsidiaria sobre pago de indemnización por supresión del cargo, no es de recibo porque no se indica cual es la norma transgredida, ni el concepto de violación.

EL RECURSO:

La parte demandante sustenta el recurso de alzada básicamente sobre la discrepancia en la aplicación del principio de que cuando hay una misma razón debe existir una misma conclusión, C.N., artículo 13, y no entiende cómo frente al plazo del año otorgado por la Ley 27 de 1992 para acreditar los requisitos de ingreso definitivo se les podía declarar insubsistentes y a otros suprimirles el cargo sin indemnización. Estima que ha debido respetarse ese plazo para concursar e ingresar a la carrera y a su vez en los seis meses siguientes expedir el manual de funciones.

CONSIDERACIONES:

Ya la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el caso de la supresión de cargos en el Departamento del Tolima, y la posible estabilidad relativa alegada por el actor, con base en la Ley 27 de 1993.

Dijo la Sala en fallo de 3 de abril de 1995, expediente 10715, con ponencia del Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora:

> "Del contenido de la sentencia materia de apelación y los argumentos soporte del recurso de alzada, se tiene que el eje central de la controversia lo constituye el dilucidar si la actora estaba en carrera administrativa o no, con estabilidad laboral relativa; al respecto se analiza:
>
> La Carrera Administrativa como presupuesto de garantía y eficacia en el buen servicio administrativo, regula los derechos, deberes, ingreso, permanencia y remoción de los servidores estatales; esta valoración e incorporación de la persona humana en el desarrollo de las tareas de la función pública tiene en la Constitución Nacional de 1991 consagración especial; es así como el artículo 125, dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones allí enunciadas, el inciso tercero de este precepto supralegal dice: "... El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes...".

La Ley 27 de 1992, desarrolla el art. 125 de la C.N., su espíritu es regular la extensión de la Carrera Administrativa, mientras se expiden los nuevos estatutos especiales; otorga un sistema nacional y territorial unificado e indica que por regla general todos los servidores oficiales son de Carrera Administrativa, salvo las excepciones allí previstas; el artículo 22 *ibídem* consagra un ingreso extraordinario sin proceso de selección para empleados del nivel territorial que lleguen a desempeñar cargos de Carrera Administrativa, que de acuerdo con la nueva ley, podrán ingresar a ella si acreditan dentro del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en manuales o en equivalencias establecidas en los Decretos 583 de 1984, 573 de 1988 y Ley 61 de 1987; quienes no lo acrediten y sigan en servicio pueden solicitar su inscripción, cuando acrediten tales requisitos; quienes no actuaren dentro del referido término quedaran de libre nombramiento y remoción.

El tenor de la Ley 27 de 1992 y lo consignado en los párrafos que anteceden, indican que en ningún momento la norma supralegal o la legal han establecido ingreso masivo y automático a la Carrera Administrativa; se expresa sí una política estatal en el sentido de construir como norma general su instauración. Ahora, el término del año se refiere a un plazo de transición para que los servidores estatales que no quedaron ubicados dentro del régimen de excepción (art. 4o., Ley 27 de 1992 y C.N., art. 125), acrediten el cumplimiento de requisitos por manual de funciones y ley, para ingresar a la Carrera Administrativa y ante tal evidencia la administración culmine el respectivo proceso administrativo que legalice el ingreso como funcionario de carrera, por lo tanto antes del pronunciamiento oficial de aceptación en la Carrera Administrativa del aspirante, sólo hay una expectativa y no derechos causados de estabilidad relativa.

Estas razones llevan a la conclusión de que ELSA LEONOR CUARTAS DE RESTREPO el 26 de marzo de 1993, cuando se profirió el Decreto 237 de 1993, mediante el cual se suprimió el cargo, no estaba en Carrera Administrativa ni disfrutaba de estabilidad relativa.

Aclarado el punto que antecede se observa que el Decreto 237 de 1993 (fl. 3 a 5), fue expedido con fundamento en la facultad constitucional otorgada a los gobernadores C.N., art. 305, numeral 7, y el Decreto Departamental Extraordinario No. 0735 de julio 30 de 1990 (fls. 1 a 46 cuaderno anexo No 3), dentro de la política de modernización y racionalización de las plantas de personal al servicio del Estado en el nivel departamental.

El tercer punto de inconformidad es lo que atañe con el derecho a la igualdad, C.N., art. 13, al respecto se observa: cierto es que el precepto supralegal consagra el derecho de igualdad de las personas ante la ley, pero debe entenderse que es ante situaciones idénticas.

La supresión de empleos está consagrada constitucional y legalmente a nivel nacional y territorial (C.N. art. 189, numeral 14, art. 305 numeral 7o., Ley 27 de 1992 art. 8o., Decreto 2400 de 1968, art. 25), como facultad del ejecutivo y constituye causal de retiro del servicio; las consecuencias de esta medida frente a cada situación individual, en verdad no son iguales, porque el legislador distingue entre quien no es funcionario de carrera y el que si esta inscrito en ella, en el primer evento llanamente se da la causal de retiro sin consecuencia por estar frente a un funcionario de libre nombramiento y remoción; en tanto que frente a la segunda hipótesis, se está ante el servidor público titular de unos derechos adquiridos, los cuales se sacrifican ante el interés público, pero en aras de no causarle perjuicios se autoriza la indemnización o tratamiento preferencial previstos en el decreto Ley 2400 de 1968 (Ley 27 de 1992 art. 8o. Decreto 1223 de 1993 art. 1o. y s.s., Decreto Extraordinario Departamental No. 0735 de 1990 art. 10-112-119).

Entonces, como la situación legal de vinculación laboral de los servidores no es igual, ante el fenómeno de la supresión tienen tratamiento diferente, sin que sea valedero invocar de esas circunstancias disímiles el derecho a la igualdad; razón por la cual en el caso materia de estudio la demandante al no estar inscrita en Carrera Administrativa, no tenía los derechos que invoca.

El análisis consignado muestra que en verdad el acto atacado no quebranta ningún precepto constitucional ni legal, tampoco se probó que la motivación hubiese sido por fines políticos o de otra índole que distorsionaran el principio rector del buen servicio y si bien no se allego el concepto de planeación para la reestructuración de la planta de personal, esto obedeció a falta de interés de quien pretendía probar ese tópico (cuaderno anexo No.2, fl. 19), C.P.C. art. 177).

Por consiguiente, como en el presente caso el actor, no demostró el abuso o la desviación de poder, y tampoco probó su estabilidad en la carrera administrativa, y ella

no se deduce de la ley 27 de 1992, no puede prosperar la petición de nulidad del acto demandado, y en tal virtud se confirmara la sentencia apelada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el tres (3) de octubre de de mil novecientos noventa y cuatro (1994), mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda, en el juicio adelantado por JORGE LÓPEZ ÁVILA contra el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase el expediente al tribunal de origen. PUBLÍQUESE en los Anales del Consejo de Estado.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

CARLOS ORJUELA GÓNGORA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

NOTA DE RELATORÍA: Reiteración jurisprudencial de la Providencia de abril 13 de 1995, Exp. 10715, Ponente Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora y Expedientes 10716 y 10540.

PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS/TIEMPO DE SERVICIO-Cómputo/**TIEMPO DOBLE**-Improcedencia/**DETENCIÓN PREVENTIVA/PRESTACION DEL SERVICIO**-Cesación/**TIEMPO DE SERVICIO**-Deducción

El reconocimiento del tiempo doble dependía no solamente de que se estableciera el estado de sitio en el país, sino de que el gobierno determinara las zonas donde habría de contarse ese tiempo como de servicios dobles para los oficiales y los suboficiales de las Fuerzas Militares, a juicio del Consejo de Ministros y si las condiciones justificaban la medida. Es decir, podía existir el estado de sitio y el oficial hallarse prestando sus servicios en una zona donde se hubiere declarado la perturbación del orden público, pero si el Gobierno Nacional no determinaba las zonas en que el servicio de dichos oficiales debía computarse como doble, no procedía reconocer como tal el que hubiera prestado durante el período de vigencia del estado de sitio. De suerte, que no es dable efectuar el reconocimiento de los lapsos indicados por el libelista como dobles, porque si bien ellos corresponden al período de perturbación del orden público declarado por medio de los decretos que enuncia, no está demostrado que el actor hubiera laborado en regiones en las cuales, previo concepto del Consejo de Ministros, el Gobierno Nacional hubiera autorizado computar como doble el tiempo de servicio, la reclamación carece de vocación de prosperidad. Como quiera que en la hoja de servicios No. 334 de 1990 (folio 50), se incluyen como tiempo de servicios dos de los años que el actor permaneció como cadete en la Escuela de Formación Militar, la Sala encuentra que la administración al hacerlo, obró en armonía con lo preceptuado en la norma transcrita, cuya inaplicación por contrariar supuestamente el artículo 17 de la Constitución de 1886, vigente

en la fecha de su expedición, no procede, por cuanto si la permanencia en la Escuela de Formación de Suboficiales tiene como objetivo precisamente la preparación y adiestramiento de los futuros oficiales y no propiamente la prestación de un servicio como tal, no ve la Sala cómo el hecho de señalar que solo dos años de dicho período debían computarse como de servicio, atente contra la protección al trabajo consagrado en el aludido precepto constitucional. De acuerdo con lo anterior, carece de fundamento la petición del demandante en orden a que se le compute como tiempo de servicio, la totalidad del que permaneció en la escuela de Servicio Militar. Durante el lapso que el oficial o suboficial se halla detenido preventivamente, deja de ejercer sus funciones, esto es, cesa en la prestación de sus servicios. De esta manera, constituiría una total ausencia de sindéresis, admitir como tiempo de servicios efectivamente prestados a las fuerzas Militares, aquel en que el oficial estuvo detenido preventivamente.

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO/CADUCIDAD

Jurisprudencialmente esta Corporación ha precisado que la interposición extemporánea de un recurso no interrumpe el término de caducidad señalado en la ley para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el respectivo acto, pues esto adquiere firmeza jurídica si dentro de la oportunidad legal no se hace uso de los recursos pertinentes en su contra: Por tanto, el *sub-lite,* por haberse presentado extemporáneamente el aludido recurso de reposición, el término de caducidad de dicha acción contra la resolución 7805 transcurrió desde el mes de diciembre de 1990 hasta el mes de abril de 1991, y como la demanda que dio origen a este proceso se presentó el 17 de octubre de ese año, fuerza concluir que para esa fecha la aludida acción se hallaba caducada, lo que obliga a la Sala a declarar la inhibición para pronunciarse sobre su legalidad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. JOAQUÍN BARRETO RUIZ.

Referencia: Expediente No. 6254. Resoluciones Ministeriales. Actor: TOMÁS IGNACIO MONROY RONCANCIO.

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el Capitán en retiro Tomás Ignacio Monroy Roncancio demandó la nulidad de las resoluciones números 7805 del 13 de noviembre de 1990 y 3216 del 6 de junio de 1991, expedidas por el Subsecretario General del Ministerio de Defensa Nacional, por las cuales, según dice el actor, ese Dèspacho se negó a expedir su hoja de servicios con la totalidad del tiempo que sirvió al Ejército Nacional; requirió igualmente la nulidad parcial de la hoja de servicio No. 334 de 1990.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se condene al Ministerio de Defensa Nacional a expedir su hoja de servicios militares por todo el tiempo servido en el Ejército –desde el 29 de enero de 1979 al 20 de octubre de 1989–, sin deducción de tiempo alguno y con tiempo doble por perturbación del orden público y estado de sitio en el país, tiempo éste último que identifica como el transcurrido entre el 20 de enero de 1973 al 28 de noviembre de 1983, según decretos 250 de 1971 y 2275 de 1973, en concordancia con el artículo 181 del decreto 2337 de 1971 y 158 del decreto 3071 de 1968; del 26 de junio de 1975 al 21 de junio de 1976, según decretos 1249 de 1975 y 1263 de 1976; del 7 de octubre de 1976 al 19 de junio de 1982, según decretos 2131 de 1976 y 1674 de 1972 y del 1o. de mayo de 1984 al 20 de noviembre de 1990 fecha de su baja fiscal, según decretos 1038 de 1984 y 1686 de 1991.

Relata el libelista que ingresó como Cadete de la Escuela Militar José María Córdoba el 29 de enero de 1973, que fue ascendido al grado de Subteniente el 1o. de junio de 1976, con ascensos sucesivos hasta obtener el grado de Capitán; que por condena penal proferida por el Consejo de Guerra Verbal el 21 de mayo de 1987, confirmada el 14 de mayo de 1988, fue separado en forma absoluta de las Fuerzas Militares, retiro que se produjo el 20 de noviembre de 1989 mediante el decreto 2682 de ese año, o sea que sirvió a esa institución por un tiempo efectivo de 16 años, 9 meses y 21 días.

Sin embargo, acota, se le expidió la hoja de servicios No. 334 de 1990, computándole solamente 12 años y 7 meses, aduciendo al efecto el artículo 172 del decreto ley 1211 de 1990, conforme al cual el tiempo de condena privativa de la libertad personal decretada por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, no se considera cono de actividad para efectos del cómputo de tiempo de servicios a que se refiere el artículo 170 ibídem, norma esta última que ordena que los tiempos dobles, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 181 del decreto 2337 de 1971 y disposiciones anteriores sobre la misma materia se hayan reconocido o reconozcan por servicios prestados con anterioridad a la vigencia de ese decreto, se tendrán en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales de los oficiales o suboficiales favorecidos con tales reconocimientos.

Y finaliza el accionante recalcando que no se le computó el tiempo doble por el lapso que permaneció desde Cadete hasta la fecha en que fue separado en forma absoluta de las Fuerzas Militares en virtud de la condena aludida.

Como disposiciones infringidas cita "El artículo 169 de la Constitución Política de 1886, 5o., 42 y 220 de la Constitución de 1991. Inconstitucionalidad del artículo 172 del decreto ley 1211 de 1990, por violación de la ley 66 de 1989. Violación del artículo 38 del decreto ley 2550 de 1988 por inaplicación. Excepción de inconstitucionalidad del artículo 172 del decreto 1211 de 1990, por violación del artículo 29 de la Constitución de 1991 en cuanto a la exclusión de tiempo de servicio efectivo por razón de condena y artículo 8o. de la ley 153 de 1887."

Por razón de la omisión de cómputo de tiempo doble, se viola el artículo 181 del Decreto 2337 de 1971 y 3071 de 1968, artículo 158, artículo 140 parágrafo del decreto 612 de 1977, artículo 162 parágrafo 1o. decreto ley 089 de 1984."

Luego de exponer que la relación laboral está protegida por el artículo 25 de la Constitución de 1991, Carta Política que en su artículo 220, al igual que en el artículo 69 de la anteriormente vigente, consagra la posibilidad de que el militar pueda ser privado de sus grados, honores y pensiones, únicamente en los casos y en la forma señalados en la ley, el libelista afirma que los actos acusados y la hoja de servicios No. 334 son inconstitucionales, pues con ellos no se protege la relación militar de trabajo al no computar un tiempo de servicio prestado a la Nación, actitud que conduce al desconocimiento del derecho a expedir la asignación de retiro, pues so pretexto de aplicar el artículo 172 del decreto 1211 de 1990 se le reduce el tiempo de servicios a 12 años y 7 meses, contrariándose también el artículo 170 *ibídem* a cuanto a cómputo de tiempo prestado en la Escuela de Formación de Oficiales y el servicio como oficial, que en su caso, terminó con la expedición del decreto 2682 del 20 de noviembre de 1982.

Asimismo el demandante invocó la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4o. de la Constitución de 1991 contra el artículo 172 del decreto 1211 de 1990, por ser incompatible con los artículos 4o., 5o., 29 y 42; porque viola el debido proceso de que trata el artículo 29 *ibídem*, en cuanto pone una pena accesoria sin apoyo en el artículo 38 del Código Penal Militar –decreto 2250 de 1988–, estatuto en el que no se consagra como tal, la pérdida de la pensión por vía de exclusión del tiempo de servicio del militar. Se impone, concluye, una pena sin respaldo en la ley.

Con idéntico propósito argumenta que el artículo 172 del decreto 1211 de 1990 se expidió por virtud de autorizaciones de la ley 66 de 1989, que en su artículo 1o. confirió facultades al Presidente de la República para reformar los estatutos del personal de oficiales, suboficiales y agentes de las Fuerzas Militares, más no para emitir normas que impusieran penas principales o accesorias, como se establece en dicho artículo en que se sanciona "accesoriamente" el derecho al tiempo de servicio con la privación del lapso en que el oficial esté suspendido en funciones y atribuciones por razón de investigaciones penales. En consecuencia estima que privar por esa vía a un militar de su designación de retiro es imponerle una sanción que lo despoja del derecho a la pensión, que contiene intrínsecamente la protección a la familia, tema al que se refiere trayendo a colación una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 16 de septiembre de 1980 de la que transcribe algunos apartes.

Transcribe también fragmentos de otro fallo de dicha Corporación fechado el 30 de septiembre de ese año, relacionado con la inconstitucionalidad de una norma.

Finalmente el actor agrega que el artículo 172 del decreto 1211 de 1990 es eminentemente inconstitucional e incompatible en su aplicación con el artículo 58 de la Constitución que regía la propiedad privada con justo título, puesto que antes de ser separado de forma absoluta del Ejército alcanzó un tiempo de servicio de 16 años, 9 meses y 21 días, o sea superior al requerido para la asignación de retiro que es de 15 años según el mismo decreto 1211 y que se infiere "el artículo 150.10 Constitución de 1991, por

exceso: que es un enriquecimiento injusto del Estado, violando el artículo 8o. de la ley 153 de 1887. Y viola los artículos 5o. y 42, porque siendo la asignación de retiro un derecho adquirido por una parte, que no solamente protege al trabajador sino que alcanza a la familia, privar al demandante so pretexto de que no se le computa ese tiempo, es privar a la familia de un ingreso alimentario para su propia subsistencia". (folio 7).

En relación con el tiempo doble, luego de precisar cómo se estableció su reconocimiento en el artículo 29 de la ley 23 de 1916 y que fue mantenido en los decretos 3071 de 1968, 2337 de 1971, 1305 (no menciona el año), 612 de 1977, 089 de 1984 y en el artículo 170 del decreto 1211 de 1990, asevera que el Ministerio de Defensa no hace el cómputo del tiempo doble, "con el entendimiento de que como no se reprodujo la constante que dispuso el cómputo de tiempo doble, el decreto ley 612 de 1977, artículo 140, no debe computarse esta prestación en relación al tiempo de servicio". (folio 8).

Aduce en relación con este tópico, que el tiempo de servicio debe hacerse desde su ingreso a la Escuela Militar como Cadete y que no es jurídico que solo se le reconozcan dos años, puesto que todo el tiempo servido como tal está amparado por la misma legalidad y por la misma razón. También respecto de este artículo impetra su inaplicabilidad por ser contrario a los artículos 17 y 25 de las Constituciones de 1886 y de 1991.

Surtido el trámite del proceso, se procede a decidir, con base en las siguientes

CONSIDERACIONES:

Los actos demandados son la resolución número 7805 del 13 de noviembre de 1990, expedida por el Subsecretario General del Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se le reconoció y ordenó el pago al actor de las prestaciones sociales a que tenía derecho por haber prestado sus servicios al Ejército Nacional, y la número 3216 de 6 de junio de 1991 originaria del mismo despacho, por la cual se rechazó por extemporáneo, el recurso de reposición interpuesto contra la resolución inicialmente mencionada y se negaron las peticiones que por medio de apoderado formuló el 4 de febrero de 1991, relacionadas con la conformación de la hoja de servicios computando la totalidad del tiempo de servicios al Ejército Nacional, desde su ingreso a la Escuela Militar de Cadetes, sin deducción alguna por concepto de condena penal, de pago de la totalidad de la cesantía "y que con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se le haga reconocimiento de asignación de retiro".

Las prestaciones sociales que se reconocen al actor por medio de la resolución No. 7805 de 1990 son: Prima de servicios, vacaciones y cesantías, que no son de pago periódico; por tanto, lo concerniente a la caducidad de la acción de restablecimiento del derecho a intentarse en su contra, se regula por la regla general de los cuatro meses contados a partir de la fecha en que se notificó al interesado.

Pues bien, la notificación de dicha providencia se surtió mediante edicto que fue fijado el 29 de noviembre de 1990 y desfijado el 12 del siguiente mes de diciembre (folio

113 cdno. No 2). Sin embargo, el recurso de reposición en su contra se interpuso el 25 de enero de 1991, por lo cual se rechazó de plano mediante la resolución No. 3216 del 6 de junio de 1991.

Jurisprudencialmente esta Corporación ha precisado que la interposición extemporánea de un recurso no interrumpe el término de caducidad señalado en la ley para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el respectivo acto, pues este adquiere firmeza jurídica si dentro de la oportunidad legal no se hace uso de los recursos pertinentes en su contra. Por tanto, el *sub-lite*, por haberse presentado extemporáneamente el aludido recurso de reposición, el término de caducidad de dicha acción contra la resolución 7805 transcurrió desde el mes de diciembre de 1990 hasta el mes de abril de 1991, y como la demanda que dio origen a este proceso se presentó el 17 de octubre de ese año, fuerza concluir que para esa fecha la aludida acción se hallaba caducada, lo que obliga a la Sala a declarar la inhibición para pronunciarse sobre su legalidad.

En virtud que en la resolución No. 3216 de 1991, además de rechazarse el recurso de reposición contra la No. 7805, se negó el reconocimiento del tiempo de servicio reclamado por el apoderado del demandante en memorial presentado el 29 de enero de 1991, se examinará la validez jurídica del argumento que en esa oportunidad expuso la administración en los siguientes términos:

> "b) En lo atinente a la solicitud sobre la elaboración de la Hoja de Servicios, ésta no es procedente en razón a que la No. 334 EJC del 15 de marzo de 1990, por la cual se reconocieron las prestaciones del citado Oficial, se encuentra perfectamente elaborada ya que el tiempo de suspensión y condena es deducible del tiempo de servicio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del decreto 1211 de 1990, y el decreto 2682 de 1989, que dispone el retiro del oficial señalado. Concluyéndose entonces, que en este caso, el tiempo resultante no le da derecho a reconocimiento para Asignación de Retiro, ya que no puede contarse independientemente el tiempo de servicio del que duró suspendido de funciones y atribuciones y por ende este debe ser descontado de aquel". (fl. 15 vto.).

También se establecerá la procedencia de computar como de servicio, todo el tiempo que el actor estuvo como Cadete en la Escuela de Formación de Oficiales, como se reclama por el libelista.

Al respecto se tiene que el artículo 158 del decreto 3071 de 1968, por el cual se reorganiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, invocado como violado, prescribe lo siguiente:

> "El tiempo de servicio en Guerra Internacional o Conmoción Interior, en las zonas que determine el gobierno, a juicio del Consejo de Ministros, si las condiciones justifican esa medida, desde la fecha en que se establezca el estado de sitio por turbación del orden público hasta la expedición del decreto por el cual se restablece

la normalidad, se computará como tiempo doble de servicio para efectos de prestaciones sociales".

De la lectura de su texto se infiere que el reconocimiento del tiempo doble dependía no solamente de que se estableciera el estado de sitio en el país, sino de que el gobierno determinara las zonas donde habría de contarse este tiempo como de servicio doble para los oficiales y los suboficiales de las Fuerzas Militares, a juicio del Consejo de Ministros y si las condiciones justificaban la medida. Es decir, podía existir el estado de sitio y el oficial hallarse prestando sus servicios en una zona en donde se hubiere declarado la perturbación del orden público, pero si el Gobierno Nacional no determinaba las zonas en que el servicio de dichos oficiales debía computarse como doble, no procedía reconocer como tal el que hubiera prestado durante el período de vigencia del estado de sitio.

De suerte, que no es dable efectuar el reconocimiento de los lapsos indicados por el libelista como dobles, porque si bien ellos corresponden al período de perturbación del orden público declarado por medio de los decretos que enuncia, no está demostrado que el actor hubiera laborado en regiones en las cuales, previo concepto del Consejo de Ministros, el Gobierno Nacional hubiera autorizado computar como doble el tiempo de servicio, la reclamación carece de vocación de prosperidad.

De otra parte, el artículo 170 del decreto 1211 de 1990 que regula el cómputo de tiempo para efectos de asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, de idéntico contenido al artículo 165 del decreto 95 de 1989, vigente en la fecha en que se produjo el retiro del demandante de las Fuerzas Militares, como se comprueba al leer el texto de ambas disposiciones, preceptúa:

"Artículo 170. Cómputo de tiempo. Para efectos de asignación de retiro y demás prestaciones sociales, el Ministerio de Defensa liquidará el tiempo de servicio, así:

a. Oficiales, el tiempo de permanencia en la respectiva Escuela de Formación de Oficiales, con un máximo de dos (2) años.

b. Suboficiales, el tiempo de permanencia como Soldado o Alumno de una Escuela de Formación de Suboficiales con un máximo de dos (2) años.

c. El tiempo de servicio como Oficial o Suboficial".

Como quiera que en la Hoja de Servicios no. 334 de 1990 (folio 50), se incluyeron como tiempo de servicios dos de los años que el actor permaneció como Cadete en la Escuela de Formación Militar, la Sala encuentra que la administración al hacerlo, obró en armonía con lo preceptuado en la norma transcrita, cuya inaplicación por contrariar supuestamente el artículo 17 de la Constitución de 1886, vigente en la fecha de su expedición, no procede, por cuanto si la permanencia en la Escuela de Formación de Suboficiales tiene como objetivo precisamente la preparación y el adiestramiento de los

futuros oficiales y no propiamente la prestación de un servicio como tal, no ve la Sala cómo el hecho de señalar que solo dos años de dicho período debían computarse como de servicio, atente contra la protección al trabajo consagrado en el aludido precepto constitucional.

De acuerdo con lo anterior, carece de fundamento la petición del demandante en orden a que se le compute como tiempo de servicio, la totalidad del que permaneció en la Escuela de Formación Militar.

Pasa la Sala a referirse al descuento del tiempo de servicio de los 3 años y 21 días durante los cuales el actor estuvo detenido preventivamente, como sindicado del delito de homicidio agravado en la humanidad de seis particulares, en hechos ocurridos en jurisdicción del municipio de Belmira, delito por el cual inicialmente fue condenado a la pena principal de 18 años de prisión, rebajados luego a 16, y a las penas accesorias de separación absoluta de las fuerzas militares, interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, por un período igual al de la pena principal.

Sobre el particular es preciso acotar, en primer lugar, que si bien en la resolución acusada se señaló como fundamento jurídico del descuento de ese lapso (detención preventiva) el artículo 172 del decreto 1211 de 1990, expedido con posterioridad a la fecha en que se produjo el retiro definitivo del accionante de las Fuerzas Militares –20 de noviembre de 1989–, lo que haría pensar que la administración aplicó retroactivamente dicha norma, la verdad es que esa decisión tiene plena validez jurídica en virtud de que el artículo 167 del decreto 95 expedido el 11 de enero de 1989, ordenaba exactamente y en los mismos términos el descuento del tiempo de condena privativa de la libertad, del tiempo de servicios prestados a las Fuerzas Militares.

El siguiente es el texto de ambos artículos:

> "Deducción tiempo por condena. El tiempo de condena privativa de la libertad personal, decretada por la Justicia Penal Militar o por la Ordinaria, no se considerará como de actividad para efectos del cómputo de tiempo de servicio a que se refiere el artículo 170 de este Decreto".

No obstante que en esa norma se hace referencia al tiempo de condena privativa de la libertad y no al de detención preventiva, como lapso deducible al de actividad para efectos de asignación de retiro y demás prestaciones sociales, la verdad es que para un correcto entendimiento de dicho artículo, debe efectuarse su intelección en forma armónica con aquellas disposiciones de orden legal que determinan el alcance y validez del tiempo de detención preventiva frente a un fallo que impone la condena de pena privativa de la libertad y frente a la realidad fáctica que se presenta en el ámbito laboral, cuando a un oficial o suboficial se le detiene preventivamente, pues ello en la práctica implica su separación del servicio como tal, pues se halla suspendido de las funciones y atribuciones inherentes a su grado.

En relación con lo primero, cabe señalar que según voces del artículo 54 del Código Penal, el tiempo de detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad. Igual disposición se consagra en el artículo 49 del Código Penal Militar, cuyo tenor literal es el siguiente:

> "Cómputo de la detención preventiva. El tiempo de detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad".

Por lo demás como es lógico, durante el lapso que el oficial o suboficial se halla detenido preventivamente, deja de ejercer sus funciones, esto es, cesa en la prestación de sus servicios. De esta manera, constituiría una total ausencia de sindéresis, admitir como tiempo de servicios efectivamente prestados a las fuerzas Militares, aquel en que el oficial estuvo detenido preventivamente, apoyándose en que según el tenor literal de una disposición legal (arts. 165 del Decreto 95 de 1989 y 172 del Decreto 1211 de 1990), el tiempo deducible para efecto de liquidación de asignación de retiro y demás prestaciones sociales es estos servidores, es solo el tiempo de condena, entendiendo contra toda realidad jurídica, que esta expresión únicamente comprende el tiempo que transcurre luego de se haya producido providencia que imponga una pena privativa de la libertad y, más aún, el tiempo posterior al día de la ejecutoria de dicho proveído, desconociendo la trascendencia jurídica, que como se vio, el legislador otorgó a esta medida precautelativa, al permitir, con justa razón, que se tenga como parte cumplida de la pena privativa de la libertad, pues esto es en puridad de verdad, lo que ocurre el oficial o suboficial cuando se le detiene preventivamente, lo que le imposibilita para prestar los servicios propios de su grado.

No obstante que el verdadero fundamento jurídico de la deducción del tiempo en que estuvo detenido precautelativamente es el artículo 165 del decreto 95 de 1989, por se éste de idéntico tenor al artículo 172 del decreto 1211 de 1990 al que se alude en el acto acusado, del que se predica su inaplicabilidad con base en la excepción de inconstitucionalidad consagrada en la Carta Política, la Sala considera oportuno precisar sobre el particular que no es dable admitir la inoperancia de tal excepción, en cuento se pregona en virtud de su contrariedad con normas de rango legal, cuando solo se daría por violación de disposiciones de estirpe constitucional; y, porque además, los derechos adquiridos a los que alude el principio constitucional que consagra esta protección, son aquellos que se obtienen con base en disposiciones legales, y si el legislador de antemano había previsto que para efectos de prestaciones sociales de los miembros de las Fuerzas Militares se descontara como de servicio el tiempo de condena privativa de la libertad personal, no se ve cómo una norma que contempla exactamente la misma disposición, pueda vulnerar el aludido precepto constitucional.

De acuerdo con lo anterior, tampoco son atendibles los planteamientos esgrimidos por el demandante para que el tiempo que estuvo detenido preventivamente, se adicione al que se señaló en la hoja de servicios No. 334 de 1990, como prestado al Ejército Nacional.

En consecuencia, se impone negar las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

1o. Declárase inhibido, por caducidad de la acción, para hacer un pronunciamiento sobre la legalidad de la resolución No. 7805 del 13 de noviembre de 1990, expedida por el Subsecretario General del Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de prestaciones sociales al Capitán (r) del Ejército Tomás Ignacio Monroy Roncancio.

2o. Niegánse las demás pretensiones de la demanda promovida por el mencionado oficial en retiro, contra la Nación –Ministerio de Defensa Nacional–.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase al tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 11 de mayo de 1995.

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

EMPLEADO DE PERÍODO/ESTABILIDAD/INSUBSISTENCIA-Improcedencia/ **REINTEGRO**-Improcedencia

La existencia de un período para el ejercicio de un empleo, confiere a su titular fuero de relativa estabilidad durante el transcurso del mismo y que este debe ser respetado por la autoridad nominadora. Igualmente se ha precisado, que cuando existen razones de buen servicio para desvincular a un funcionario que desempeñe un cargo de período, la administración debe utilizar los mecanismos legales, que en forma válida le permitan prescindir de sus servicios. La Junta Directiva de la empresa, al adoptar la decisión impugnada desconoció el derecho de estabilidad relativa de que gozaba el accionante, en virtud de que el período de dos años, para el cual se le había designado como gerente de aquella, no había fenecido, lo cual determina su irregularidad y hace fiable su infirmación, como acertadamente lo hizo el *a-quo*. Al actor solo le asistía el derecho de permanecer en ese empleo hasta el 31 de marzo de 1991, día en que culminó el período para el cual fue designado y, consecuencialmente, y como quiera que esa fecha ya pasó, únicamente procede a dicho título, ordenar que se le paguen los salarios y prestaciones sociales durante el lapso comprendido entre el 19 de julio de 1990, fecha en que se adoptó la decisión demandada y el 31 de marzo de 1992, día en que culminó el período para el cual fue nombrado como gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Barbosa, Guatavá, Puente Nacional y Vélez.

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

Consejero Ponente: Dr. DIEGO YOUNES MORENO.

Referencia: Expediente No. 6841. ASUNTOS MUNICIPALES. Actor: ÉDGAR JOSÉ SANTOYO MATEUS. ASUNTOS MUNICIPALES.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el 25 de febrero de 1992.

ANTECEDENTES

El señor ÉDGAR JOSÉ SANTOYO MATEUS demandó ante el Tribunal la nulidad de la decisión de la Junta Directiva de la Asociación de Municipios, Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Barbosa –Guavatá -, Puente Nacional y Vélez, contenida en el Acta 005 de 19 de julio de 1990, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Gerente de dicha empresa y solicitó el restablecimiento del derecho mediante el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el día de su posesión hasta el 31 de marzo de 1992, fecha en que expiraba el período para el cual fue designado, debido a que la Junta Directiva de la entidad no respetó el aludido período y de manera ilegal y arbitraria decidió removerlo de su empleo.

Como disposiciones transgredidas el actor cita los artículos 16 y 17 de la Constitución Política de 1886 y el acta de constitución de la entidad demandada, numeral V, inciso 4o. y capítulo III, artículo 17, inciso 2o. "normas que prescriben que el funcionario tenía derecho a un período fijo de dos años como Gerente, cargo para el cual fue nombrado" (sic) folio 21.

LA SENTENCIA

Tras precisar que en el *sub-lite* no se presentaba la excepción de falta de jurisdicción y competencia propuesta por el apoderado de la entidad demandada, el Tribunal accedió a las pretensiones del accionante, en virtud de que estimó que éste había sido designado en el acta de constitución de la Asociación de Municipios denominada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Barbosa, Guavatá, Puente Nacional y Vélez, como Gerente de la misma par el período comprendido entre el 1o. de abril de 1990 y el 31 de marzo de 1992; que en el artículo 17 de los estatutos de la entidad se expresa que el nombramiento de gerentes corresponde a la Junta Directiva, estableciendo una rotación cada dos años entre los municipios asociados y que abonado a lo anterior, en el acta de posesión del señor Santoyo Mateus, se hace constar que el período del posesionado era de dos años y, finalmente acota que el acto de nombramiento de aquel, no se encuentra *sub-júdice* ni ha sido anulado por la jurisdicción contencioso administrativa, gozando por tanto de la presunción de legalidad. Con base en lo anterior, concluye el *a-quo*, que se desconoció el derecho del demandante de permanecer en el cargo durante el período para el cual fue designado, lo que señala la procedencia de declarar la nulidad del acto acusado.

EL RECURSO

Al sustentar la alzada el apoderado de la entidad demandada expresa que las asociaciones de municipios constituyen verdaderos establecimientos públicos, que debe sujetarse para su creación legal a lo previsto en los artículos 324, 325, 326, 328, 330 y 332 del Decreto 1333 de 1986, que mientras no se cumplan esos requisitos son entes de hecho, que no es dable otorgar validez al acta por medio de la cual se da por creada la mencionada Asociación de municipios, pues en esta no se dispuso la creación de la misma; toda vez que se halla demostrado que los alcaldes de los municipios integrantes de aquella, llegando más allá de la facultad que los respectivos concejos municipales les habían otorgado para estructurar y organizar la prestación de los servicios públicos, resolvieron asociarse "con lo cual se estaba abusando del derecho y se estaba aparentemente creando un ente sin las formalidades propias para ello." (fl. 101).

Aduce igualmente el recurrente, que los estatutos que se dicen violados carecen de validez por no haberse expedido conforme lo dispone la ley, ya que no fueron aprobados por los concejos de los municipios que conformaron la asociación o por delegación de éstos y que en el acta de constitución de la entidad se designó a un gerente a quien se le dio la representación legal de la empresa, desconociendo lo dispuesto en el artículo 339 del decreto 1333 de 1986, que establece que el representante legal de las asociaciones de municipios será un director ejecutivo.

Finalmente manifestó que como la mencionada asociación fue creada en forma irregular, se adelantaban las gestiones para su legalización, así se dictó la sentencia No. 06 de 25 de noviembre de 1991, por medio de la cual se crea dicha asociación y se estaban elaborando los correspondientes estatutos. Por tanto, señala, es desacertado imponer condenas a un ente que en la misma forma que se creó desapareció, es decir, de hecho, ya que el ente actualmente existente se rige por la ordenanza mencionada, acto por el cual realmente surgió al ámbito jurídico.

Apoyado en los anteriores argumentos impetra la revocación del fallo y la negación de las súplicas del demandante.

CONCEPTO FISCAL

El Procurador Judicial Cuarto ante el Consejo de Estado, en la vista reglamentaria, precisa que la constitución de las asociaciones de municipios, según lo preceptúa el decreto 1333 de 1986, puede ser voluntaria u obligatoria; que en el caso *sub-júdice* la asociación de municipios demandada, primero fue voluntaria y luego se hizo obligatoria por la Ordenanza No. 06 de 1991, lo que hace considerar, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, que la entidad sí nació a la vida jurídica y por eso el acto demandado podía ser controlado por esta jurisdicción y luego concluye, que siendo ello así, la providencia recurrida se produjo conforme a derecho y amerita ser confirmada.

Cumplido el trámite de la segunda instancia, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

No obstante que de los documentos obrantes en autos se desprende que efectivamente la tramitación efectuada en orden a constituir la asociación de municipios Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Barbosa, Guavatá, Puente Nacional y Vélez", no se ajusta estrictamente a lo dispuesto en el Título XVI del decreto 1333 de 1986 que regula lo concerniente a la formación y funcionamiento de dichas entidades, lo cierto es que según consta en el acta obrante a folios 4 y 5 de la empresa demandada, surgió al ámbito del derecho en virtud del acto voluntario de los representantes legales de los citados municipios, quienes manifestaron estar facultados para constituirla mediante sendos acuerdos expedidos por los respectivos concejos municipales y aportaron los decretos proferidos por sus despachos, por los cuales los municipios se vincularon a la Asociación.

Da cuenta el acta mencionada que luego los constituyentes de la Asociación probaron los estatutos de la misma y procedieron a nombrar al señor EDGAR JOSÉ SANTOYO MATEUS como su gerente, para el período comprendido ente el 1o. de abril de 1990 y el 31 de marzo de 1992.

Ahora bien, el artículo 17 de los estatutos mencionados prescribe: "Nombramiento. El Gerente será designado por la Junta Directiva de la Empresa de terna presentada por el respectivo Alcalde Municipal cuando le corresponda el turno de administrar la Empresa. La rotación gerencial iniciará así: Vélez, Puente Nacional, Barbosa y Guavatá y el período será de dos (2) años.

Aunque la redacción de la norma transcrita pueda dar lugar a interpretaciones encontradas en cuanto al período de dos (2) años allí contemplado; así, la entidad demandada estima que éste se refiere a la rotación gerencial de los municipios que la integran, y el demandante, por su parte, considera que alude a la duración de la gestión del Gerente, la verdad es que en el presente caso, no hay duda que al señor Santoyo Mateus se le designó como tal, para un período de dos años, como claramente se hizo constar en el acta de la sesión en que se produjo su designación y en la de su posesión.

Reiteradamente esta Corporación ha sostenido que la existencia de un período para el ejercicio de un empleo, confiere a su titular fuero de relativa estabilidad durante el transcurso del mismo y que este debe ser respetado por la autoridad nominadora.

Igualmente se ha precisado, que cuando existen razones de buen servicio para desvincular a un funcionario que desempeñe un cargo de período, la administración debe utilizar los mecanismos legales, que en forma válida le permitan prescindir de sus servicios.

Mas en el caso *sub-exámine*, si bien los documentos aportados, entre ellos el acta misma que contiene la remoción del accionante, sugiera la existencia de motivos de esa naturaleza, la verdad es que se prescindió de tales procedimientos legales en orden de expedir el acto acusado.

De ahí, que deba concluirse que la Junta Directiva de la empresa, al adoptar la decisión impugnada desconoció el derecho de estabilidad relativa de que gozaba el accionante, en virtud de que el período de dos años, para el cual se le había designado como gerente de aquella, no había fenecido, lo cual determina su irregularidad y hace fiable su infirmación, como acertadamente lo hizo el *a-quo*.

La Junta Directiva de la empresa, al adoptar la decisión impugnada desconoció el derecho de estabilidad relativa de que gozaba el accionante, en virtud de que el período de dos años, para el cual se le había designado como gerente de aquella, no había fenecido, lo cual determina su irregularidad y hace fiable su infirmación, como acertadamente lo hizo el *a-quo*. Así las cosas, procede confirmar la sentencia en cuanto declaró la nulidad del acto de insubsistencia del nombramiento del demandante.

Así las cosas, procede confirmar la sentencia en cuanto declaró la nulidad del acto de insubsistencia del nombramiento del demandante.

Empero, debe revocarse en la medida en que a título de restablecimiento del derecho ordenó su reintegro como gerente de la entidad demandada, ya quesolo le asistía el derecho de permanecer en ese empleo hasta el 31 de marzo de 1992, día en que culminó el período para el cual fue designado y, consecuencialmente, y como quiera que esa fecha ya pasó, únicamente procede a dicho título, ordenar que se la paguen los salarios y prestaciones sociales durante el lapso comprendido entre el 19 de julio de 1990, fecha en que se adoptó la decisión demandada y el 31 de marzo de 1992, día en que culminó el período para el cual fue nombrado como gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Barbosa, Guavatá, Puente Nacional y Vélez.

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

FALLA:

1) **CONFÍRMANSE** los numerales 1o., 3o., y 4o. de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el 25 de febrero de 1992, en los cuales se declaró la nulidad del acto de insubsistencia del nombramiento del señor ÉDGAR JOSÉ SANTOYO MATEUS, como Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Barbosa, Guavatá, Puente Nacional y Vélez, contenido en el acta No. 005 de la reunión celebrada por la Junta Directiva de dicha Empresa el 19 de julio de 1990; se dispuso dar cumplimiento a la sentencia dentro de los términos establecidos en el artículo 176 del C.C.A. y compulsar copia de ella al Procurador Departamental.

2) **REVÓCASE** el numeral 2o. de la misma sentencia y, en su lugar, se dispone que a título de restablecimiento del derecho la empresa mencionada, cancele al señor SANTOYO MATEUS los salarios y prestaciones sociales que dejó de percibir como Gerente de la misma, entre el lapso comprendido entre el 19 de julio de 1990 y el 31 de

marzo de 1992, día en que terminaba el período para el cual fue designado para desempeñar el aludido cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y una vez ejecutoriada DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día once (11) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MIRYAM VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/CADUCIDAD/INDIVIDUALIZACIÓN DEL ACTO-Inexistencia**/SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO-**Configuración**/ACTO PRESUNTO NEGATIVO/ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

Es de la esencia de la acción de nulidad y restablecimiento que se demande la nulidad de un acto administrativo, o que siendo este ficto, al menos se alegue y se pruebe la ocurrencia del silencio administrativo y se le solicite al juez que así lo declare; pues no es dable jurídicamente ordenar tal restablecimiento, sin que previamente se declare la nulidad del acto administrativo que quebrantó el ordenamiento jurídico, o se declare que operó el silencio administrativo respecto a una petición, silencio del cual la ley hace presumir que se ha producido una respuesta de la administración, que de ser contraria al ordenamiento jurídico, conforme a la valoración del juez, da lugar al correspondiente restablecimiento del derecho. Tal es en sentir de la Sala, el alcance del artículo 85 del C.C.A. Y es por ello, que el artículo 138 *ibídem,* exige que el acto se individualice con toda precisión al instaurarse dicha acción. En el caso *sub-júdice* se configuró un acto presunto negativo por silencio de la administración, respecto de la petición hecha por el actor el 23 de febrero de 1990 para que se efectuara su nombramiento en el cargo de cirujano ortopedista y traumatólogo. En consecuencia, ha debido demandar dentro de los cuatro meses siguientes al día en que se configuró el silencio administrativo negativo, lo cual no hizo, puesto que la demanda se instauró el 22 de enero de 1991. Ahora bien, si lo que buscaba la parte demandante era la reparación del daño derivado de la omisión del ISS en nombrarlo, ha

debido incoar la acción de reparación directa y no instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo hizo en el escrito introductorio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. JOAQUÍN BARRETO RUIZ.

Referencia: Expediente No. 6585. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: JAIME QUINTERO SEPÚLVEDA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 6 de febrero de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

ANTECEDENTES

Jaime Quintero Sepúlveda solicitó ante el Tribunal que se declare que el Instituto de Seguros Sociales violó la ley al abstenerse de nombrarlo dentro del año subsiguiente a la fecha en que lo consideró elegible en el empleo para el cual participó en el concurso No. 06 de 26 de julio de 1989, y que, como consecuencia, el I.S.S. debe proceder a designarlo en período de prueba en el cargo de Médico Especialista en traumatología y ortopedia, Clase III, Grado 38, con dedicación parcial de seis horas semanales en la clínica Maridíaz de la ciudad de Pasto, para el cual concursó y se le declaró elegible en el segundo lugar; que se declare que no existido solución de continuidad en el desempeño del empleo desde cuando venció el año de que disponía dicho organismo para hacer el nombramiento, es decir, desde el 10 de octubre de 1990; que se condene al I.S.S., o a su Seccional Nariño, a pagarle los salarios y prestaciones económicas que le correspondan en el citado cargo a partir de la referida fecha y durante el período de prueba para el cual dejó de ser designado hasta el día en que se produzca su nombramiento con tal calidad, de conformidad con el sueldo y prestaciones sociales que hasta entonces se devenguen en el mencionado cargo, reconociéndole además los intereses moratorios a que haya lugar; que al fallo que se dicte se le dé aplicación en las condiciones y términos establecidos en los artículos 174 y 176 del C.C.A. (folios 63 y 64 cdno. ppal.).

LA SENTENCIA APELADA

El *a-quo* en el fallo recurrido se declaró inhibido para decidir en el fondo las súplicas formuladas en la demanda (folios 219 a 230 *ibídem*), pues examinada ésta, en particular lo ateniente al *petitum,* llegó a la conclusión de que este no se expuso como la ley lo exige, ya que si bien se hacen pretensiones encaminadas al restablecimiento del derecho, en ninguna súplica se solicita la declaratoria de nulidad de acto administrativo alguno, siendo por esta razón inepto el escrito introductorio, toda vez que la acción instaurada por la parte demandante consagrada en el artículo 85 del C.C.A. tiene por objeto pedir la nulidad del respectivo acto, el restablecimiento del derecho, la reparación del daño sufrido, la modificación de una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo indebidamente pagado.

FUNDAMENTO DEL RECURSO

Por su parte el actor, en el escrito de sustentación del recurso de apelación (folios 232 a 235 *ibídem*), expone que el Tribunal confundió la noción de acto administrativo negativo con otro de omisión o abstención; que el primero consiste en una manifestación expresa y escrita en la cual se dice que se niega el derecho impetrado o en una manifestación tácita que la ley, la doctrina y la jurisprudencia equiparan a un acto administrativo ficto o presunto en virtud del silencio administrativo negativo, que se produce por el transcurso de tres meses sin que la administración resuelva la petición; que en cambio, hay acto administrativo de abstención cuando la administración está obligada adoptar una decisión, no la toma o se abstiene de hacerlo; que en el artículo 83 del C.C.A., subrogado por el artículo 13 del decreto 2304 de 1989, están contemplados expresamente los actos de omisión; el equívoco o confusión del *a-quo* es ostensible, si se tiene en cuenta que en las pretensiones de la demanda no se pidió la declaratoria de nulidad de algún acto administrativo negativo; la motivación del fallo es absurda, desatendiendo el hecho de que la ley considera existentes los actos administrativos de abstención y que son diferentes a los administrativos negativos en sus elementos y efectos procedimentales; que el artículo 137 del C.C.A. exige que en el escrito demandatorio se exprese lo que se demanda y que lo que se demandó en este asunto fue que se declarara que el ISS infringió la ley **al abstenerse** de realizar el nombramiento del actor, lo cual equivale a sostener que dicha abstención es inválida y, por ende, nula; que en consecuencia, el ISS debe proceder a hacer el respectivo nombramiento y a pagar al demandante los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir; que en este aspecto, como en los demás, el libelo cumplió los requisitos de ley; que de la reforma efectuada al inciso del artículo 170 del C.C.A. por el artículo 38 del decreto 2304 de 1989, no se infiere que en el *petitum* debe pedirse que el tribunal produzca el acto administrativo, sino que es una potestad discrecional estatuir disposiciones nuevas "en reemplazo de las acusadas" y en el caso *sub-exámine* se acusó fue una abstención no susceptible de reemplazo; así las cosas, la sentencia apelada debe ser revocada y, en su lugar, se deben despachar favorablemente las pretensiones del escrito introductorio.

Admitido el recurso de apelación (folio 245 *ibídem*), agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no observándose causal de nulidad que indica en lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Consta en autos que mediante resolución No. 02460 del 10 de octubre de 1989 expedida por el señor Gerente del ISS, Seccional Nariño, se estableció en orden de mérito una lista de elegibles, como resultado del concurso realizado según convocatoria No. 06 de 26 de julio del citado año para proveer el cargo de Médico Especialista Traumatología y Ortopedia, Clase III, Grado 38, lista en la cual aparece el actor ocupando el segundo puesto (folios 13 y 14 cdno. ppal.); que el demandante en comunicaciones dirigidas al citado funcionario el 23 de febrero y el 1 de junio de 1990 solicita se efectúe su nombramiento en dicho cargo por las razones allí expuestas (folios 25 a 28 *ibídem*); por

oficio OSN-JDP-086 de 23 de febrero de 190 se pidió al Subdirector Nacional de Personal del ISS el nombramiento del actor en período de prueba (folios 15 y 16 ibídem); por oficio Dg. No. 01723 de 22 de junio de 1990, el Director General del ISS autoriza el nombramiento del demandante en período de prueba o en ascenso, según el caso (folio 120 *ibídem*); el 4 de julio de ese año el Gerente del ISS Seccional Nariño (E) mediante oficio solicita se revoque la autorización del nombramiento del doctor Jaime Quintero Sepúlveda por los motivos que allí se consignan (folios 134 y 135 *ibídem*); y por oficio D.G. No. 02426 de 7 de septiembre de 1990, el Director General del ISS comunica al referido funcionario que queda sin efecto la autorización del nombramiento dada por oficio D.G. No. 01723 de 22 de junio de 1990 (folio 119 *ibídem*).

Como aparece en comunicación del 10 de octubre de 1990 remitida por el actor a la Directora General del ISS, éste tuvo conocimiento del mencionado oficio de 7 de septiembre de 1990, (folios 33 y 34 *ibídem*); asimismo se infiere de su comunicación del 27 de septiembre de dicho año dirigida a la Jefe de Personal del ISS; Seccional Nariño (folios 54 y 55 cdno. No. 2), al igual que del hecho 18 expuesto en el escrito introductorio (folio 56 y 57 cdno. Ppal.).

Ahora bien, la parte actora expresa en el libelo que formula demanda "contra el Instituto de Seguros Sociales, **en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho contemplada en el C.C.A., artículo 85...**" y solicita "que se declare que el Instituto de Seguros Sociales violó la ley al abstenerse de nombrar al Dr. Jaime Quintero Sepúlveda dentro del año subsiguiente a la fecha en que lo consideró elegible, en el cargo para el cual participó en el concurso No. 06 del 26 de julio de 1989, de que se hizo mención en la demanda," (folio 63 *ibídem*).

Como se ve, es suficientemente claro, de una parte, que la acción incoada fue la de "nulidad y restablecimiento del derecho" consagrada en el artículo 85 del C.C.A.; y de otra, que como el mismo accionante lo ratifica, no impetró la nulidad de acto administrativo alguno.Sobre el tópico, el actor en escrito contentivo del alegato de conclusión señala que "no existe un acto administrativo escrito que esté demandado, la demanda no está impugnando el oficio del 7 de septiembre de 1990 del Director General del ISS; y por ende, no se agotó vía gubernativa alguna. Se trata entonces de demandar una abstención u omisión de la entidad demandada que a todas luces fue ilegal, como se demuestra en el capítulo dos los fundamentos de derecho de la demanda." (folios 197 y 198 *ibídem*).

Empero, a juicio de la Sala es de la esencia de la acción de nulidad y restablecimiento que se demande la nulidad de un acto administrativo, o que siendo este ficto, al menos se alegue y se pruebe la ocurrencia del silencio administrativo y se le solicite al juez que así lo declare; pues no es dable jurídicamente ordenar tal restablecimiento, sin que previamente se declare la nulidad del acto administrativo que quebrantó el ordenamiento jurídico, o se declare que operó el silencio administrativo respecto a una petición, silencio del cual la ley hace presumir que se ha producido una respuesta de la administración, que de ser contraria al ordenamiento jurídico, conforme a la valoración del juez, da lugar al

correspondiente restablecimiento del derecho. Tal es en sentir de la Sala, el alcance del artículo 85 del C.C.A. Y es por ello, que el artículo 138 *ibídem,* exige que el acto se individualice con toda precisión al instaurarse dicha acción. Tal ha sido la posición de la Corporación, como ha tenido oportunidad de expresarlo, entre otros pronunciamientos en sentencia del 27 de mayo de 1994, expediente No. 7671, Autoridades Nacionales, Actor: Luis Emiro Florian Florian, Consejero Ponente: Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora:

> "En el sub-lite la Sala sin mayor esfuerzo llega a la conclusión de que la demanda carece de los presupuestos procesales que exige el artículo 85 del decreto 01 de 1984, porque no se solicita la nulidad de acto administrativo alguno, bien sea presunto o expreso, que como inferencia de la anulación permita estudiar las pretensiones consecuenciales que a título de restablecimiento del derecho o reparación se hallan fundadas."

En fallo del 23 de mayo de 1989, expediente No. 831 (11.701). Autoridades Nacionales, Actor: Rafael José Suz Coury, Consejero Ponente: Dr. Alvaro Lecompte Luna, manifestó la Corporación:

> "Al tenor de lo que dice el propio libelista, la acción incoada fue la denominada en esa época, "de plena jurisdicción" (art. 67, ley 167 de 1941), hoy denominada "de restablecimiento del derecho" (art. 85, decreto-ley 01 de 1984), cuyos elementos estructurales son: solicitud de nulidad de un acto administrativo creador de situaciones personales concretas y petición de restablecimiento del derecho que se estima conculcado por dicho acto. Ello muestra cómo quien pretenda incoar con éxito una acción de esta clase ante la jurisdicción contencioso administrativa, eminentemente rogada, en primer término debe enfocar la correspondiente demanda en la mencionada dirección, para que de ese modo pueda el órgano judicial estudiar de fondo lo impetrado y fallar en consecuencia.
>
> Como acertadamente advierte la colaboradora fiscal del estrado y como es fácil colegirlo de la transcripción que del "petitum" se hiciera arriba, el libelista no dirige la acción contra acto administrativo alguno, sino que se limita al aspecto consecuencial, o sea a cómo deber ser restablecido su supuesto derecho, es decir, el que consistiría en que se liquide de otra manera las prestaciones sociales que, según cree, le corresponden al que fuera trabajador del Instituto de Seguros Sociales. Más parece una demanda laboral ordinaria que una acción que debió orientarse hacia los fines que distinguen la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que tiene rasgos que la diferencian de aquella.
>
> No hay duda alguna entonces que la demanda es sustancialmente inepta y así debe declararse por la Sala, revocándose la sentencia recurrida que, como se vio, denegó las peticiones de la parte actora."

Establecido lo anterior, dirá la Sala que la parte actora no se encontraba obligada a impugnar el oficio D.G. No. 02426 del 7 de septiembre de 1990, por no ser el demandante el destinatario del mismo.

De otra parte, la Corporación observa que en el caso *sub-júdice* se configuró un acto presunto negativo por silencio de la administración, respecto de la petición hecha por el actor el 23 de febrero de 1990 para que se efectuara su nombramiento en el cargo de cirujano ortopedista y traumatólogo. En consecuencia, ha debido demandar dentro de los cuatro meses siguientes al día en que se configuró el silencio administrativo negativo, lo cual no hizo, puesto que la demanda se instauró el 22 de enero de 1991.

Ahora bien, si lo que buscaba la parte demandante era la reparación del daño derivado de la omisión del ISS en nombrarlo, ha debido incoar la acción de reparación directa y no instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo hizo en el escrito introductorio.

En armonía con lo expresado, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 6 de febrero de 1992, en el proceso instaurado contra el ISS por el señor Jaime Quintero Sepúlveda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 1o. de junio de 1995.

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA
Ausente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ALVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MIRYAM C. VIRACACHÁ S.
Secretaria (E)

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera jurisprudencia de mayo 27/94, Exp. 7671, Ponente Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora. Actor: Rafael José Suz Coury.

FONDO DE PREVISIÓN DE NOTARIADO Y REGISTRO-Creación/**AUXILIO DE CESANTÍA/ NOTARIO/CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN**-Obligación

La ley 86 de 1988 (diciembre 29), creó el Fondo de Previsión de Notariado y Registro, siendo una de las funciones el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que estaban a cargo de las entidades de previsión y a que tienen derecho, entre otros, los notarios (art. 1o.). El Decreto 509 de 1989 (marzo 13), reglamentario de la Ley 86, dispuso en su artículo 10o., que el Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro reconocerá y pagará a los notarios y a los empleados de los notarios el auxilio de cesantía que se cause a partir del momento en que empiece a funcionar. Como si el Notario fallecido ni sus familiares podían pagarse directamente sus prestaciones sociales, era la Caja Nacional de Previsión a la cual se hallaba afiliado el causante, la obligada a reconocer y pagar la cesantía que a este correspondía hasta el 28 de diciembre de 1987. La Ley 33 de 1985 en su artículo 3o. así lo previó solo que, a partir del 1o. de enero de 1985 y hasta cuando entró en funcionamiento el Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro, la Caja Nacional de Previsión Social solo responde hasta concurrencia de valor de las tranferencias que hubiere recibido. Así las cosas, a juicio de la Sala, la Caja debe dividir la cesantía del señor Guillermo Pardo Sanz en dos períodos así: uno hasta el 31 de diciembre de 1984 y otro de ahí en adelante hasta el día de su muerte ocurrido el 28 de diciembre de 1987, porque respecto a este segundo, solo está obligada a pagar hasta la cuantía de los aportes que se le hubieran afectado,como lo ordenan el art. 7o. de la ley 33 de 1985 y el 9o. de la ley 86 de 1988. Es claro entonces que el pago de las cesantías del señor Guillermo Pardo Sanz es obligación que corresponde a la Caja

Nacional de Previsión en la forma antes indicada, y al no hacerlo violó las disposiciones contenidas en el libelo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Segunda Sección. Santa Fe de Bogotá. D.C. quince (15) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. CLARA FORERO DE CASTRO.

Referencia: Expediente No. 6497. Autoridades Nacionales. Actor: BETTY DIANA HERNÁNDEZ DE PARDO Y OTROS.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y por la Caja Nacional de Previsión Social contra la sentencia proferida el 3 de diciembre de 1991 por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

ANTECEDENTES

Actuando mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Señora Betty Diana Hernández de Pardo en nombre propio y en representación de su hijo menor Juan Guillermo Pardo Hernández, y el señor Carlos Otoniel Pardo Hernández, pidieron al Tribunal declarar nula la Resolución 08325 de septiembre 27 de1989, por la cual la Caja Nacional de Previsión resolvió no avocar el conocimiento del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía del señor Guillermo Pardo Sanz, así como la nulidad del acto administrativo ficto derivado del silencio administrativo con respecto a los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la mencionada resolución. Como consecuencia pidieron condenar a la Caja al reconocimiento y pago de tal prestación, aplicando a la suma que resulte, lo prescrito en el artículo 178 del C.C.A.

LA SENTENCIA APELADA

Accedió parcialmente el juzgador de primera instancia a las pretensiones de la demanda ordenando el pago de las cesantías desde el 23 de septiembre de 1974 hasta el 28 de diciembre de 1987, y no resolvió nada acerca de la actualización del valor de las cesantías.

Consideró el *a-quo* que conforme al artículo 7o. de la Ley 33 de 1985, correspondía a la Caja Nacional de Previsión pagar la totalidad de la cesantía del señor Guillermo Pardo Sanz (q.e.p.d.)

Dijo el Tribunal, que el ente demandado debió adecuar la petición al monto que creía estaba a su cargo, y no negar el derecho, como lo hizo.

Mediante providencia del 13 de diciembre de 1991, previa solicitud de los demandantes se corrigió la sentencia precisando que el artículo mencionado en el numeral 3o., era el 176 y no el 174 del C.C.A., como allí aparecía.

Negó la corrección de la sentencia en lo relativo al ajuste de que trata el artículo 178 del C.C.A, y en lo referente al monto concreto de lo debido.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

Tanto los demandantes como la entidad demandada recurrieron el fallo.

Dice la parte demandante que conforme a las normas es procedente ajustar el valor que se les reconozca, lo cual fue solicitado en el libelo, aunque el Tribunal hiciera pronunciamiento alguno al respecto.

Agrega que la sentencia excluyó del pago todos los lapsos no trabajados por el actor, cuando las licencias por enfermedad no pueden ser deducidas.

Insiste en que las pruebas aportadas son elementos suficientes para que el juzgador realice la liquidación de las cesantías, evitando una dilación más por parte de la entidad de previsión.

El ente demandado impugna la sentencia por cuanto considera que el derecho no se negó como lo afirma la demanda, sino que no se avocó el conocimiento por cuanto el obligado era el Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro, sin perjuicio de que éste repitiera contra la Caja por el lapso anterior, hasta el 31 de diciembre de 1984.

Dijo también la Caja que al tenor de la Ley 86 de 1988, liquidaría las cesantías correspondientes una vez ello fuera requerido por el mencionado Fondo.

EL CONCEPTO FISCAL

Corrido el traslado la Agencia Fiscal guardó silencio.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

Pretenden en este proceso el reconocimiento del auxilio de cesantía de su difunto esposo, la señora Betty Diana Hernández de Pardo, a nombre propio y en representación de su hijo menor Juan Guillermo Hernández Pardo, y el señor Carlos Otoniel Pardo Hernández, hijo mayor.

Dirá la Sala que efectivamente se configuró el silencio administrativo. En efecto, obra a folios 3 y 4 prueba de que la actora presentó el 23 de agosto de 1990, ante el ente demandado, según sello que aparece en el mismo, recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución 8325 de septiembre 27 de 1988, mediante la cual no se avocó el reconocimiento y pago de cesantías definitivas correspondientes a su cónyuge fallecido.

La demanda fue presentada en el Tribunal el 7 de febrero de 1991, es decir, para entonces, había operado el silencio administrativo negativo y así debe declararse.

No se trata pues de anular el acto ficto sino de declarar que se configuró el silencio administrativo lo cual permite acudir a la jurisdicción.

De las certificaciones obrantes a folios 86 a 89 del cuad. 2 se deduce que el señor Guillermo Pardo Sanz se vinculó como Notario Primero del Círculo de Pereira el 23 de septiembre de 1974 y se desvinculó por fallecimiento el 28 de diciembre de 1987, adquiriendo el derecho a percibir auxilio de cesantía.

Se discute la obligación por parte de la Caja Nacional de Previsión Social de reconocer tal prestación.

El artículo 7o. de la Ley 33 de 1985 preceptuó:

> "Las entidades que en la actualidad pagan las cesantías a través de la Caja Nacional de Previsión, asumirán directamente el pago de dicha prestación a partir del 1o. de enero de 1985. **Sin embargo, la Caja pagará cesantías a los empleados oficiales de dichas entidades hasta concurrencia del valor de las transferencias que éstas hubieran efecuado...**" (Subrayas de la Sala)

La Ley 86 de 1988 (diciembre 29), creó el Fondo de Previsión de Notariado y Registro, siendo una de sus funciones el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que estaban a cargo de las entidades de previsión y a que tienen derecho, entre otros, los notarios (art. 1o.).

A su vez determinó en su artículo 9o. lo siguiente:

> **"La Caja Nacional de Previsión Social liquidará las prestaciones sociales de los empleados** de la Superintendencia de Notariado y Registro, el Fondo Nacional de Notariado, de los Notarios, de los empleados de los Notarios y del Fondo de Previsión Social y Registro, que le correspondan **hasta el momento en que empiece a funcionar la nueva entidad.**
>
> **Serán de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social las prestaciones de los empleados antes citados, hasta la cuantía de los aportes que por tales conceptos se les hayan efectuado...**" (Subrayas de la sala)

El Decreto 509 de 1989 (marzo 13), reglamentario de la Ley 86, dispuso en su artículo 10o., que el Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro reconocerá y pagará a los notarios y a los empleados de los notarios el auxilio de cesantía que se cause a partir del momento en que empiece a funcionar.

Se tiene que el señor Guillermo Pardo Sanz (q.e.p.d.), falleció el 28 de diciembre de 1987, de manera que a partir de entonces tenían los beneficiarios derecho a reclamar el reconocimiento y pago de las cesantías objeto de este litigio.

La petición fue hecha el 13 de mayo de 1988, cuando aún no se había expedido la norma que determinaba el pago de cesantías por parte del Fondo de Previsión de Notariado y Registro, y mucho menos podía hablarse de su funcionamiento.

Están probadas en el proceso las transferencias hechas por la Notaría Primera del Círculo de Pereira, a la Caja Nacional de Previsión, hasta el mes de diciembre de 1987 (fl. 7).

No comparte la Sala el planteamiento de la Caja cuando expresa que no negó el pago de la cesantía a los beneficiarios de Guillermo Pardo Sanz (q.e.p.d.), sino que simplemente no lo avocó, pues al no avocarlo, sencillamente despachó desfavorablemente la petición y como consecuencia desconoció la obligación que le correspondía cumplir, pues era esta entidad de previsión la que había recibido las transferencias que conforme a la ley se debían efectuar; y no había sido creado a la fecha de la petición el Fondo de Previsión del Notariado.

Como ni el Notario fallecido ni sus familiares podían pagarse directamente sus prestaciones sociales, era la Caja Nacional de Previsión a la cual se hallaba afiliado el causante, la obligada a reconocer y pagar la cesantía que a éste correspondía hasta el 28 de diciembre de 1987.

La ley 33 de 1985 en su artículo 3o. así lo previó solo que, a partir del 1o. de enero de 1985 y hasta cuando entró en funcionamiento el Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro, la Caja Nacional de Previsión Social solo responde hasta concurrencia del valor de las transferencias que hubiere recibido. Así las cosas, a juicio de la Sala, la Caja debe dividir la cesantía del señor Guillermo Pardo Sanz en dos períodos así: uno hasta el 31 de diciembre de 1984 y otro de ahí en adelante hasta el día de su muerte ocurrida el 28 de diciembre de 1987, porque respecto a este segundo, solo está obligada a pagar hasta la cuantía de los aportes que se le hubieran efectuado, como lo ordenan el artículo 7o. de la ley 33 de 1985 y el 9o. de la ley 86 de 1988.

Es claro entonces que el pago de las cesantías del señor Guillermo Pardo Sanz es obligación que corresponde a la Caja Nacional de Previsión en la forma antes indicada, y al no hacerlo violó las disposicíones contenidas en el libelo.

La parte actora solicita que el juzgador realice en la sentencia la liquidación correspondiente aunque señala que ello no hace parte del recurso por encontrar que en efecto esta jurisdicción puede ordenar condenas genéricas.

Observa la Sala que en el proceso no existen los elementos de juicio suficientes para efectuar la liquidación, pues si bien se aporta un certificado sobre tiempo de servicio y licencias concedidas, no se especifica si fueron remuneradas o no, y son las no remuneradas las que deben descontarse.

Será entonces la entidad de previsión, que posee los elementos de juicio suficientes, la que deba efectuar dicha liquidación, y por tratarse de una suma fija, reajustarla utilizando la fórmula adoptada de tiempo atrás por la Sección Tercera del Consejo de Estado, según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se ejecutoríe esta providencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que se adquirió el derecho demandado).

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

FALLA:

1o. Confírmase la sentencia apelada, proferida el 3 de diciembre de 1991 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro del proceso iniciado por la señora BETTY DIANA HERNÁNDEZ DE PARDO y otros.

2o. Adiciónase la sentencia para expresar que la cesantía correspondiente al período comprendido entre el 1o. de enero de 1985 y el 28 de diciembre de 1987, también será pagada por la Caja Nacional de Previsión Social, pero hasta concurrencia del valor de las transferencias recibidas de la Notaría Primera del Círculo de Pereira.

Además, la suma que se pague en favor de la Señora Betty Diana Hernández de Pardo y de sus hijos Juan Guillermo Pardo Hernández, y Carlos Otoniel Pardo Hernández, se actualizará en la forma como se indica en esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh\ \text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

3o. Aclárase el numeral 2o. de la sentencia apelada para expresar que de la liquidación y pago de las cesantías, la Caja Nacional solo podrá deducir los períodos correspondientes a licencias no remuneradas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE. Una vez ejecutoriada la sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. PUBLÍQUESE en los Anales del Consejo de Estado.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 8 de junio de 1995.

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA
Ausente

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MYRIAM VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO-Configuración/**VÍA GUBERNATIVA**-Agotamiento/**DEMANDA**-Ineptitud

El fenómeno del "silencio administrativo", a la luz de los alcances del Código Contencioso Administrativo (decreto 01 de 1984), ha de mirarse desde el punto de vista de los artículos 40 y 135 de dicha obra, es decir, a partir de cuándo se tiene como operada la negativa ficticia de la administración a la cual se ha elevado la solicitud o petición del administrado y desde cuándo el fenómeno franquea las puertas para ocurrir ante la jurisdicción en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho que se le haya negado a través de ese acto presunto. Transcurrido el lapso de tres meses de hecha una petición, se entendía que ella era negada; pero el interesado podía insistir ante la misma autoridad para que aclarara, modificara o revocara la negativa presunta (reposición, ordinal 1o. del art. 50) o acudir ante e inmediato superior administrativo con el mismo propósito (apelación 2o. ordinal *ibídem*). Por eso agregaba la parte final del artículo 51: "Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo". De manera que solo transcurridos los términos que se refiere el artículo 50 sin que se hubiera notificado decisión en cualquier sentido, se consideraba agotado el ciclo requerido por la ley y emergía por completo el fenómeno y el particular podía ante el órgano jurisdiccional en demanda del restablecimiento del derecho. Transcurridos los términos de ley respecto a la petición de los demandantes, no se interpusieron los recursos en la vía gubernativa ni se aportó prueba de que contra dicho acto presunto no se procediera mas recurso que el de reposición. Por lo tanto, el fenómeno

del silencio administrativo no se produjo plenamente, por lo cual la demanda así presentada resulta inepta.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. ÁLVARO LECOMPTE LUNA.

Referencia: Expediente No. 5081. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. Actor: ARMANDO ROJAS HERNÁNDEZ Y AUGUSTO CÉSAR RODRÍGUEZ VILLANUEVA.

Entra la Sala a decidir acerca del recurso de apelación interpuesto, por medio de apoderado debidamente reconocido, por los señores Armando Rojas Hernández y Augusto César Rodríguez Villanueva, contra la sentencia de veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa (1990) originaria del Tribunal Administrativo del Tolima, en la cual dicha Corporación se abstuvo de decidir sobre el fondo de la demanda instaurada por los actores contra el acto ficto, producto del silencio de la administración, mediante el cual se negaron el reconocimiento y pago de horas extras, trabajos nocturnos, dominicales y festivos, a los que, según ellos, tiene derecho.

La providencia objeto del recurso declara la inhibitoria par fallar de mérito, estimando para ello que por tratarse de solicitud enviada a un funcionario que tiene superior jerárquico, la decisión es susceptible de apelación, recurso que es obligatorio interponer para agotar la vía gubernativa y poder ocurrir ante esta jurisdicción. Y que frente al hecho de no haberse presentado con la demanda prueba de la interposición de dicho recurso, se hace necesario tal pronunciamiento.

Habiéndose cumplido las etapas procesales propias del recuso de alzada sin que las partes descorriesen el traslado que oportunamente se les dio mediante auto de 28 de agosto de 1990 (folio 55), el agente del Ministerio Público rindió su concepto de rigor, anotando, acorde con el criterio expuesto por el *a-quo,* que al tenor de las estipulaciones de los artículos 60 y 135 del C.C.A., a los tres meses de formularse una petición a la administración sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entiende negada, procediendo entonces, la interposición de los recursos correspondientes y que "solo transcurridos los dos meses de que hable el art. 60 se considera agotado el ciclo requerido por la ley para la configuración del fenómeno, así abrir las puertas de la jurisdicción.

Estima, además, que a igual decisión inhibitoria conduce el hecho de haber acumulado en forma indebida dos pretensiones en uná misma demanda.

Habiéndose culminado la actuación sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Con base en el poder que le otorgaran, el mandatario judicial de los actores presentó el correspondiente libelo demandatorio y para ello invocó la existencia de un acto tácito negativo que resulta, según sus aseveraciones, del silencio administrativo en que incurrió el jefe de la unidad regional "Hospital San Rafael" al no dar contestación a su solicitud de reconocimiento y pago de los recargos por trabajos nocturnos, dominicales, festivos y horas extras a que tienen derecho los demandantes.

Ahora bien, en reiteradas jurisprudencias de la Sala en casos similares de ha dicho que el fenómeno del "silencio administrativo", a la luz de los alcances del Código Contencioso Administrativo (decreto 01 de 1984), ha de mirarse desde el punto de vista de los artículos 40 y 135 de dicha obra, es decir, a partir de cuándo se tiene como operada la negativa ficticia de la administración a la cual se ha elevado la solicitud o petición del administrado y desde cuándo el fenómeno franquea las puertas para ocurrir ante la jurisdicción en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho que se le haya negado a través de ese acto presunto.

Y en efecto, el artículo 135 citado establecía, para la época de los hechos que se aducen (antes de la reforma introducida por el art. 22 del decreto ley 2304 de 1989), como uno de los requisitos para que los particulares pudieran ocurrir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, "que se haya operado el fenómeno del silencio administrativo frente a los recursos interpuestos" (Se subraya); en otras palabras, al concordar esta disposición con la definidora del fenómeno, o sea, con el artículo 40 *ibídem*, se ve cómo el legislador extraordinario quiso, para esos días, que "transcurrido un plazo de tres meses sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta (la decisión) es negativa", con todas sus consecuencias, por lo que para a ese acto negativo se le tuviera como real era necesario que el peticionario interpusiera contra él, en la vía gubernativa, los recursos que cupieran, al tenor de lo dispuesto en el artículo 50. Si esto no sucedía, no se agotaba la vía gubernativa respecto de esos actos fictos y, por ende, el fenómeno que solo sobrevenía en lo atinente al primer acto, no permitía acudir con éxito al órgano jurisdiccional competente.

De modo que transcurrido el lapso de tres meses de hecha una petición, se entendía que ella era negada; pero el interesado podía insistir ante la misma autoridad para que aclarara, modificara o revocara la negativa presunta (reposición, ordinal 1o. del art. 50) o acudir ante el inmediato superior administrativo con el mismo propósito (apelación 2o. ordinal *ibídem*). Por eso agregaba la parte final del artículo 51: "Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo".

De manera que sólo transcurridos los términos a que se refiere el artículo 50 sin que se hubiera notificado decisión en cualquier sentido, se consideraba agotado el ciclo querido por la ley y emergía por completo el fenómeno y el particular podía ante el órgano jurisdiccional en demanda del restablecimiento del derecho.

Además, cuando se trata de actos administrativos proferidos por autoridades departamentales, correspondía al demandante acreditar, cumplido el requisito del transcurso de los tres meses sin pronunciamiento de la administración, que contra el acto presunto negativo únicamente procedía el recurso de reposición, que al no ser obligatorio abría las puertas para ocurrir antes esta jurisdicción.

Esa era la situación genérica y abstracta existente para la época –4 de junio de 1987– y, por esto rige el caso que ahora se examina.

Trayendo todo lo anterior a lo sucedido en el *sub-lite,* se observa que transcurridos los términos de ley respecto a la petición de los demandantes, no se interpusieron los recursos en la vía gubernativa ni se aportó prueba de que contra dicho acto presunto no se procediera mas recurso que el de reposición. Por lo tanto, el fenómeno del silencio administrativo no se produjo plenamente, por lo cual la demanda así presentada resulta inepta, debiéndose, por ende, confirmar la providencia recurrida.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia del 23 de abril de 1990, dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima en este asunto.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 1o. de junio de 1995.

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA
Ausente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MIRYAM C. VIRACACHÁ S.
Secretaria (E)

INSUBSISTENCIA/ACTO ADMINISTRATIVO/ACTA-Junta Directiva/FUNCIONARIO INCOMPETENTE/I.C.B.F./DIRECTOR REGIONAL

El acto acusado ha sido declarado nulo en razón de que fue emitido por funcionario incompetente por cuanto el agente público que emitió el acto no tenía atribución de remover a los directores regionales. Como es sabido, la incompetencia es para el acto administrativo un vicio radical porque los poderes de los agentes públicos están rigurosamente atribuidos y repartidos por la ley; a noción de competencia es la base de todo el derecho público, porque ningún agente del estado puede ejercer su actividad fuera de las facultades que les estén atribuidas por la ley.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. ÁLVARO LECOMPTE LUNA.

Referencia: Expediente No. 9410. AUTORIDADES NACIONALES. Actora: DELFINA MARÍA GUERRERO DE AARÓN. Recurrente: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial en este asunto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, establecimiento público del orden nacional, contra la sentencia calendada a treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993), mediante la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena accedió a las pretensiones de la señora Delfina María Guerrero de Aarón quien, a través de la acción descrita en el art. 85 del C.C.A., solicitó la nulidad de la resolución No. 705 del 16 de abril de 1991 en cuanto la desvinculó del cargo de directora regional del mencionado

instituto en el aludido departamento, impetrando, además y como consecuencia de ello, su reincorporación en el cargo o en otro igual o superior categoría, amén e que se la paguen los sueldos dejados de percibir, desde el momento de su retiro hasta cuando se produzca el reintegro, incluyendo incrementos, primas, bonificaciones y demás factores constitutivos de salario y que, para todos los efectos, se declare que no habido solución de continuidad en el ejercicio del cargo por parte de la parte actora y que, en consecuencia, tiene derecho a que se le compute dicho tiempo para los efectos pertinentes.

I.- ANTECEDENTES

A) La señora Guerrero de Aarón ingresó al servicio del I.C.B.F. como trabajadora social 11-26 de la división de tratamiento y educación de la Dirección de Promoción Social por resolución No. 900 de 30 de abril de 1971: Posteriormente, por acuerdo No. 119 de 8 de septiembre de 1982, fue designada directora regional código 2035, grado 14, de la Regional Magdalena, por la junta directiva del Instituto, cargo del cual tomó posesión el 14 de septiembre de ese mismo año y lo desempeñó "hasta que fue destituida o declarada insubsistente mediante resolución No. 705 de 16 de abril de 1991, firmada por el Director General."

B) En la exposición de los hechos, el libelista demandante narra otras circunstancias que rodearon el retiro del servicio de la señora Guerrero de Aarón, tales como el buen desempeño de ella frente a las labores atinentes al cargo desempeñado, el medio de que se valió la administración para comunicarle su separación y el nombramiento del nuevo director regional, señor Carlos Guillermo Hernández Yepes, a quien el día 26 de abril entregó el cargo.

C) Afirmó el demandante que con el acto de nombramiento de sucesor de la señora Guerrero de Aarón y la remoción de ésta, se violó el decreto 334 de 1980 –aprobatorio de los estatutos del I.C.B.F.–, dado que el artículo 19, literal 1), capítulo VII establece que a la junta directiva corresponde nombrar y remover a los directores regionales, de donde resulta claro que en el caso que se examina hubo usurpación de competencia por parte del director general.

D) Estima violados también los arts. 105, 107 y 109 del decreto 1950 de 1973 y los arts. 25, 26 y 28 literal f), del decreto 334 ya mencionado en armonía con el art. 36 del C.C.A.

E) Dedica amplios párrafos para explicar el concepto de la violación, argumentando que en la expedición del acto acusado se incurrió en el vicio de la incompetencia del funcionario que la emitió, en desviación de poder y en la irregularidad de la forma, pues no obstante que se trata de un acto discrecional, no respondió a los fines de la norma que lo autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, dado que fue so pretexto de que para esa fecha la actora cumpliría 20 años de servicios a la entidad, a pesar de que contaba apenas con 46 años.

F) Se encuentra demostrado (fol. 14) que el nombramiento de la actora como directora regional del Magdalena se produjo por acuerdo de la junta directiva del instituto; en cambio, el acto acusado fue dictado por el director general y por él se designó en dicho empleo al señor Hernández Yepes, en reemplazo de la señora Guerrero de Aarón.

II.- DEL FALLO RECURRIDO

Después de exponer el Tribunal *a-quo* los alcances de las normas legales que la parte actora cataloga como violadas en cuanto atañe al caso sub-lite, pasa a exponer en abstracto o genéricamente los elementos de los actos administrativos (sujeto, competencia, objeto, motivos, fin y forma) igual que las modalidades que suelen presentarse como motivos de ilegalidad de los mismos, pasa a traer estos criterios para aplicarlos al caso de la señora Guerrero de Aarón, y determinar que ante la circunstancia que los estatutos del ICBF atribuye a la junta directiva el nombramiento y remoción de los directores regionales, concluye que el acto acusado fue emitido por funcionario incompetente, máxime cuando los acuerdos posteriores que modificaron algunas disposiciones de los estatutos originales, en nada cambiaron esa potestad de nombrar y remover a los directores regionales que sigue reposando en la junta directiva; por lo tanto, el director general no hizo uso adecuado de sus atribuciones legales y estatutarias.

Concluye, pues, que el acto es nulo y, como consecuencia de ello, ordena el restablecimiento del derecho de la señora Guerrero de Aarón en la forma que viene dicha.

III.- SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

En síntesis, la apoderada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se remite al Acta No. 17 del 21 de diciembre de 1990, según la cual, en la sesión de la junta directiva, el director general de la época, acatando las disposiciones que reglamentan el conducto regular, sometió precisamente a su consideración lo relacionado con la necesidad del cambio y remoción de algunos directores regionales, entre ellos la regional Magdalena, lo cual obedeció a los requerimientos de mejorar el servicio; ante ello, la junta directiva aprobó la solicitud de remoción de algunos de los directores regionales, y en el caso específico de la regional Magdalena, condicionó la posesión del nuevo director regional Carlos Guillermo Hernández Yepes a que la titular Guerrero de Aarón completara los 20 años de servicio.

De allí deriva la recurrente que se trata de una decisión tomada por la junta directiva en desarrollo de las facultades legales y estatutarias consignadas en el decreto 304 de 15 de febrero de 1980 y demás normas legales, por lo cual el director general simplemente ejecutó una disposición de aquel organismo, máxime si se tiene en cuenta que la señora Guerrero de Aarón desempeñaba un cargo de libre remoción.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- DE LA PARTE RECURRENTE

Al reiterar los puntos de vista expuestos en la sustentación de la alzada, la recurrente sostiene entonces que de esa suerte, la presunción de legalidad que cobija al acto acusado

se mantiene incólume, por lo cual insiste en la revocatoria de la sentencia del tribunal y que en su lugar, se nieguen las pretensiones de la parte actora.

2.- DEL MINISTERIO PÚBLICO

A su turno, la Procuradora Cuarta Delegada en lo contencioso, luego de analizar las pruebas y sobre todo el acta No. 17 de 21 de diciembre de 1990, deriva que es clara la voluntad de la junta directiva de remover a la actora de su cargo, aunque supeditándola al hecho de que complete los 20 años de servicio. Esa competencia es legítima en ejercicio de la función atribuida por el art. 19, literal l) del decreto 334 de 1980 aprobatorio de los estatutos de la entidad.

Por lo tanto, dice la Agente del Ministerio Público, es el acto plasmado en el acta de la junta directiva el que ha debido demandarse para la debida prosperidad de la acción, por haberse plasmado allí la voluntad de la administración de retirar a la demandante del servicio. Si no fuera así, al anularse solamente el acto acusado quedaría vigente el consagrado en el acta comentada, haciendo por lo mismo, nugatoria cualquier decisión sobre el expedido por el director general de la institución.

3.- DE LA PARTE ACTORA

Insiste en por encontrarse frente a las situaciones previstas en el inciso 2o. del art. 84 del C.C.A., esto es, por haber sido expedido el acto por funcionario incompetente y en forma irregular, procede su anulación, tal como lo hizo la sentencia apelada.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Comulga la Sala con los planteamientos teóricos que la providencia recurrida dedica a aspectos relativos a los elementos integrantes del acto administrativo, así como a los vicios que puedan afectarlo.

Sin embargo, al revisar cuidadosamente el expediente y al estudiar los planteamientos expuestos por las partes y, más que todo el interesante análisis que la Agente del Ministerio Público trae en su concepto de fondo, no puede menos que aceptar y acoger los planteamientos de ésta, que en cierto sentido, amplían los argumentos que la recurrente trajo a cuento para objetar el fallo del Tribunal del Magdalena.

En efecto, el acto acusado ha sido declarado nulo en razón de que fue emitido por funcionario incompetente por cuanto el agente público que emitió el acto no tenía la atribución de remover a los directores regionales. Como es sabido, la incompetencia es para el acto administrativo un vicio radical porque los poderes de los agentes públicos están rigurosamente atribuidos y repartidos por la ley; la noción de competencia es la base de todo el derecho público, porque ningún agente del estado puede ejercer su actividad fuera de las facultades que le están atribuidas por la ley, Y en efecto, en virtud de la norma tantas

veces citada, o sea el literal l) del art. 19 del decreto 334 de 1980, la facultad de remover a los directores regionales reposa en la junta directiva y por lo tanto no es facultad del director general.

Pero es de preguntarse entonces cuál fue el acto administrativo que en verdad removió a la doctora Delfina María Guerrero de Aarón del cargo de directora regional del ICBF en el Magdalena. El acto acusado o sea, la resolución No. 705 de 16 de abril de 1991, simplemente nombra con carácter ordinario a Carlos Guillermo Hernández Yepes como nuevo director en reemplazo de la doctora Guerrero de Aarón, pero a folio 120 del expediente aparece el acta de reunión de junta directiva llevada a cabo el 21 de diciembre de 1990 y en uno de sus puntos se lee que el director general somete a consideración de la junta lo que respecta a los directores de varias regionales, entre ellas la del Magdalena, para la cual postula el nombre del doctor Carlos Hernández Yepes, anotando en cuanto a ello que el nuevo director iniciará el desempeño de sus funciones a partir del mes de abril de 1991 "cuando su actual titular completa los 20 años de servicio." Respecto a este punto se lee lo siguiente:

> "Una vez discutidas las condiciones y calidades de cada uno de los postulados, la Junta Directiva aprueba su designación y ratifica a los Directores de las Regionales del Valle y Quindío. En cuanto a la regional Magdalena, el nuevo director iniciará el desempeño de sus funciones a partir del mes de abril de 1991, cuando su actual titular completa los 20 años de servicio."

De lo anterior resulta que este es el verdadero acto administrativo que desvinculó a la actora del cargo que desempeñaba. Por lo tanto, se advierte entonces que la resolución No. 705 del 16 de abril de 1991 es solamente un acto ejecutorio, es decir dio efectividad de desvinculación que se había adoptado por la Junta Directiva, aunque condicionándola en el tiempo.

Siendo ello así, la Sala habrá de revocar la sentencia recurrida, tal como lo propone la agente del Ministerio Público.

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

FALLA:

Revócase la sentencia de treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993) proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena en este asunto y en su lugar se declara inhibida la Sala por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

NOTIFÍQUESE, devuélvase ala Tribunal de origen y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 1o. de junio de 1995.

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA
Ausente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MIRYAM C. VIRACACHÁ S.
Secretaria (E)

CARRERA JUDICIAL/ASCENSO EN EL ESCALAFÓN/NOMBRAMIENTO EN PERÍODO DE PRUEBA/NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD-Diferencias

Quienes ascienden en los cargos de carrera se supone que vienen prestando sus servicios, no en provisionalidad sino escalafonados y por eso no requieren de período de prueba, siempre y cuando se trate del mismo escalafón; es decir, que se asciende dentro del escalafón de empleados o dentro del escalafón de funcionarios; porque si se cambia de escalafón habrá período de prueba, igual que si se ingresa al servicio por concurso. Bajo este rendimiento, el literal c) del artículo 1o. del Acuerdo 11 de 1990, expedido por el Concejo Superior de la Administración de Justicia, no resulta violatorio del artículo 6o. del Decreto 052 de 1987, pues se limita a precisar y armonizar la normatividad contenida en este artículo y en el 34 del mismo decreto. El demandante hace el análisis de la norma acusada únicamente con relación al artículo 6o. y omite referirse al 34, para concluir que se lesionaría el derecho a ser nombrados en propiedad, sin período de prueba de quienes pasen a Magistrados de Tribunal, es decir, del escalafón de funcionarios al de empleados; pero olvida que el artículo 34, en concordancia con el 6o., concede ese derecho solo dentro del mismo escalafón. La disposición demandada no se aparta de lo preceptuado en la materia por el Decreto 052 de 1987 ni viola tampoco el artículo 159 de la Constitución de 1886, el cual se refería a las calidades exigidas para ejercer cargos en la rama judicial o en el Ministerio Público y no al período de prueba que deben superar quienes aspiren a ser nombrados en propiedad y escalafonados en la carrera.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrada Ponente: DRA. CLARA FORERO DE CASTRO.

Referencia: Expediente No. 5642. Autoridades Nacionales. Actor: EDUARDO HENAO HOYOS.

El ciudadano Eduardo Henao Hoyos, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita al Consejo de Estado declarar la nulidad del artículo 1o. ordinal c, del acuerdo No. 11 del 19 de septiembre de 1990, emanada del Consejo Superior de la Administración de Justicia.

El referido artículo 1o. reza:

> "Superado un concurso, el nombramiento en período de prueba procede para: c)- Quienes cambien de escalafón, entendiéndose éste como el paso de Empleado a Funcionario o viceversa. En consecuencia, cualquier otro cambio o traslado de funcionario o empleado a otro cargo dentro de su propio escalafón, producido por concurso dará lugar a nombramiento en propiedad".

Argumenta el demandante que esta norma viola el artículo 159 de la Constitución Política de 1886 y se limita a transcribirlo. También el artículo 6o. del Decreto 052 de 1987, en la medida en que ordena que quien cambie de escalafón debe quedar en período de prueba, mientras que el precitado artículo 6o. afirma que no habrá período de prueba para las personas que hubieren prestado sus servicios a la jurisdicción durante más de un año.

La Nación –Ministerio de Justicia– se constituyó en parte y para defender la legalidad del acto acusado afirma que una de las funciones del Consejo Superior de la Administración de Justicia, de acuerdo con el Decreto 0052 de 1987 era la de fijar las políticas para ingresar y ascender en la carrera judicial, lo que hizo el Consejo al expedir el acuerdo No. 11, acusado, al precisar que se debe dar aplicación al artículo 34 del citado decreto y no al 6o. del mismo ordenamiento, por existir incompatibilidad entre los dos.

El señor Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado puntualiza que la demanda adolece de falta de técnica jurídica, por no reunir los requisitos del artículo 137 del C.C.A.; pero que tratándose de una acción pública, se le puede dar la interpretación autorizada por el artículo 4o. del C.P.C. Que sin embargo no se advierte en la sustentación en qué consiste la transgresión del artículo 159 de la anterior Constitución, si la norma demandada simplemente desarrolla un precepto legal contenido en el Decreto Ley 052 de 1987, relación con la carrera judicial. Y si hay contradicción entre los artículos 6o. y 34 de esta normatividad, ella se resuelve conforme a lo previsto en el artículo 5o. de la ley 57 de 1987, y no hay en consecuencia violación de la ley. Por tal razón opina que se deben negar las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES

El artículo 6o. del decreto No. 52 de 1987, estatuto de la carrera judicial, citado en la demanda como violado en forma general determina la duración del período de prueba

para el ingreso a la carrera de funcionarios y empleados. La norma establece que no habrá período de prueba en casos de ascenso o cuando la persona hubiere prestado servicios en la jurisdicción durante más de un año.

A su vez el artículo 34 del mismo estatuto prescribe que realizado el concurso, quienes ingresen al servicio serán nombrados en período de prueba, y quienes hubieren prestado el servicio, en situación distinta de provisionalidad, serán designados en propiedad sin período de prueba, siempre y cuando se trate del mismo escalafón.

Estas dos disposiciones que regulan lo referente al período de prueba en los cargos de carrera judicial, deben ser analizadas conjuntamente pues lejos de oponerse, se complementan. En efecto, quienes ascienden en los cargos de carrera se supone que vienen prestando sus servicios, no en provisionalidad sino escalafonados y por eso no requieren de período de prueba, siempre y cuando se trate del mismo escalafón; es decir, que se asciende dentro del escalafón de empleados o dentro del escalafón de funcionarios; porque si se cambia de escalafón habrá período de prueba, igual que si se ingresa al servicio por concurso.

Bajo este entendimiento, el literal c) del artículo 1o. del Acuerdo 11 de 1990, expedido por el Consejo Superior de la Administración de Justicia, no resulta violatorio del artículo 6o. del Decreto 052 de 1987, pues se limita a precisar y armonizar la normatividad contenida en este artículo y en el 34 del mismo decreto.

El demandante hace el análisis de la norma acusada únicamente con relación al artículo 6o. y omite referirse al 34, para concluir que se lesionaría el derecho a ser nombrados en propiedad, sin período de prueba de quienes pasen de Magistrados de Tribunal, es decir, del escalafón de funcionarios al de empleados; pero olvida que el artículo 34, en concordancia con el 6o., concede ese derecho solo dentro del mismo escalafón.

Así las cosas, debe concluirse que la disposición demandada no se aparta de lo preceptuado en la materia por el Decreto 052 de 1987 ni viola tampoco el artículo 159 de la Constitución de 1886, el cual se refería a las calidades exigidas para ejercer cargos en la rama judicial o en el Ministerio Público y no al período de prueba que deben superar quienes aspiren a ser nombrados en propiedad y escalafonados en la carrera.

Las anteriores consideraciones son suficientes para negar las peticiones de la demanda.

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

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE y PUBLÍQUESE en los Anales del Consejo de Estado.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 11 de mayo de 1995.

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites

La potestad reglamentaria que la constitución otorga al Presidente de la República se encuentra limitada por dos cortapizas (sic), así: primera, por la propia que reglamente y, segunda por el ordenamiento constitucional y legislativo general. Ninguna de las dos debe ser sobrepasado o superdimensionado, porque no obstante estar la potestad reglamentaria estrechamente emparentada con la labor legislativa que desarrolla ordinariamente el congreso y extraordinariamente el propio jefe de estado (art. 150, numeral 10 y 19; 213 y 214 de la constitución ahora vigente; 76 numeral 12 y 121 de la constitución anterior) no ha de entenderse que a través de ella pueda modificarse el ordenamiento legal, pues su derogación, abrogación o modificación de éste solo corresponde al legislador.

SUSTITUCIÓN PENSIONAL/CÓNYUGE SOBREVIVIENTE/MATRIMONIO/ SOCIEDAD CONYUGAL/PRUEBA SUMARIA

La segunda y la tercera frases "cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal o definitiva de cuerpos", y en cuanto a aquella, como ya se anotó en el auto mediante el cual se accedió a decretar la suspensión provisional mediante proveído de 20 de mayo de 1992 tras un detenido estudio, ha de decirse que ostentan flagrantemente un quebranto al ordenamiento legislativo vigente, dado que hace, por una parte, equiparable el concepto jurídico "matrimonio" –que es a lo que se refieren las normas legales que arriba se han transcrito– con lo que ha de entenderse por "sociedad conyugal", y por otra parte, da a entender que la separación legal y definitiva de cuerpos hace desaparecer el vínculo matrimonial, que es el

que debe estar vigente al momento de la muerte. La cuarta frase acusada de nulidad, "hecho éste que se demostrará como prueba sumaria", se está refiriendo a la circunstancia de que en el caso de hallarse en la situación de que el cónyuge haya abandonado el hogar sin justa causa o por haberle impedido su acercamiento o compañía, que es una excepción a la regla según la cual no hiciere vida en común con el pensionado en el momento de su muerte, significa que ello puede demostrarse a través de medios probatorios en cuyo allegamiento no se han obedecido los cánones que lo rijan o no se los ha sometido al principio de la contradicción. En otras palabras, el decreto reglamentario ha querido facilitar al cónyuge sobreviviente la demostración de ésta circunstancia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. ÁLVARO LECOMPTE LUNA.

Referencia: Expediente No. 6543 y 6640 (Acumulados). DECRETOS DEL GOBIERNO. Actores: HUMBERTO JAIRO JARAMILLO VALLEJO Y DARÍO VALLEJO JARAMILLO.

Los ciudadanos Humberto Jairo Jaramillo Vallejo y Darío Vallejo Jaramillo, separadamente, haciendo uso de la acción descrita en el artículo 84 del C.C.A., han incoado senda demandas contra la Nación –Ministerio de Trabajo y Seguridad Social– en las cuales solicitan se declare parcialmente la nulidad del artículo 7o. del decreto reglamentario 1160 de 1989 –junio 2–, expedido por el Gobierno Nacional, mediante "el cual se reglamenta parcialmente la ley 71 de 1988". Los procesos han sido acumulados por auto calendado a 20 de noviembre de 1992 y ambos se encuentran en la etapa de dictación de sentencia.

I.- EL ACTO ACUSADO

1.- Para mayor inteligencia de lo que debe estudiar la Sala, se transcribe el artículo 7o. del mencionado decreto, destacando los apartes que los actores piden anular así:

"Art. 7.- **Pérdida del derecho del cónyuge sobreviviente.** El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal o definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hiciere vida en común con él, salvo en el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho este que se demostrará con prueba sumaria.

El cónyuge sobreviviente pierde el derecho de la sustitución pensional que esté disfrutando, cuando contraiga nupcias o haga vida marital.

2.- Quepa recordar que en el expediente en el cual figura como actor el ciudadano Darío Vallejo Jaramillo, a través del mismo auto que admitió la demanda, fechado a 20 de mayo de 1992, se suspendió provisionalmente el efecto de la frase "cuando se haya disuelto la sociedad conyugal" contenida en la disposición que acabe de transcribirse, ante la solicitud y los argumentos que al respecto hiciera el libelista. En contraste, por auto de 23 de junio del mismo año, en el expediente en el cual aparece como actor el ciudadano Humberto Jairo Jaramillo Vallejo, además de atenerse a lo dispuesto en el proveído arriba mencionado, se denegó la suspensión provisional de las otras dos frases, es decir, la frase "o exista separación legal y definitiva de cuerpos" y la frase "hecho este que se demostrará con prueba sumaria".

II.- DE LAS DEMANDAS

Ambas demandas coinciden en señalar que las frases cuya nulidad impetran van más allá de las normas de la ley 71 de 1988 que se pretenden reglamentar, por lo cual quebrantan en forma flagrante el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución de 1886, bajo cuyo imperio fue dictado el decreto, porque en verdad, no están buscando "la cumplida ejecución de la ley."

En cuanto a la demanda del ciudadano Jaramillo Vallejo, cita como violadas las leyes 13 de 1973 (artículos 1 y 2), 12 de 1973, 4 de 1976 (artículo 8o.), 71 de 1988 (artículos 3. 4 y 1), 1 de 1976 (artículos 1, 10, 15, 16, 17 y 21) y artículos 113, 140, 148 y 197 del Código Civil, amén de que hace alusión genérica de otras normas del ordenamiento jurídico colombiano, que sean concordantes.

III.- ALEGATOS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1.- El único alegato (folio 56, expediente 6543) es del ciudadano Joaquín Quintana Silva, quien dice actuar como apoderado del Instituto de Seguros Sociales sin estar respaldado por memorial-poder que así lo acredite y sin allegar los documentos del caso. Por tal razón, no ha sido reconocido como tal.

2.- Oportunamente, el señor Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado descorrió el traslado de rigor y, después de precisar los alcances de la facultad reglamentaria que corresponde al Jefe del Estado en atención a que es también "suprema autoridad administrativa", recalca que el caso *sub-júdice* es fácil colegir "dentro del más somero examen, que la expresión demandada –y como se describe en el texto demandatorio– se estableció una condición extintiva de la sustitución pensional, no contemplada, claramente, en la ley que quiso reglamentar ni en las demás leyes que regulan la mencionada institución prestacional, con ostensible daño a los beneficiarios de la misma y con desconocimiento de la teleología social, que desde los comienzos de la respectiva legislación, ha orientado la pensión de jubilación de los trabajadores y empleados y su sustitución, que no es otra cosa que la protección económica al núcleo familiar, que, en buena hora, se le ha dado especial relievancia socio-jurídica en el artículo 42 de la Constitución vigente. Sea, pues, lo brevemente anotado para requerir,

comedidamente, al H. Consejo la nulidad de la cláusula demandada del citado artículo 7o. del decreto 1160 del 2 de junio de 1989."

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Según el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución vigente para la época en que se emitió el acto acusado de nulidad de manera parcial, corresponde al Presidente de la República "ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes", por lo que está en íntima relación con el ordinal 2o. del mismo artículo, puesto que, al tenor de éste, le corresponde amén de promulgar las leyes sancionadas y obedecerlas, "velar por su exacto cumplimiento", es decir, que a aquella facultad se aúna este deber, no solo con la ley que reglamente, sino con todo el ordenamiento constitucional y legal que informa a la República.

De modo semejante, el artículo 189 de la nueva Carta Política, además de dar al Presidente de la Nación la facultad de "sancionar las leyes" (ordinal 9), conserva su deber de promulgarlas, obedecerlas y "velar por su estricto cumplimiento" (ordinal 10) e igualmente, la facultad de "ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes" (ordinal 11), la que ha de entenderse como sometida al mismo principio de acatamiento que se explica en el párrafo inmediatamente precedente.

Significa lo dicho que la potestad reglamentaria que la Constitución otorga al presidente de la república se encuentra limitada por dos cortapisas, así: primera, por la propia que reglamenta y, segunda por el ordenamiento constitucional y legislativo general. Ninguna de las dos debe ser sobrepasado o superdimensionado, porque no obstante estar la potestad reglamentaria estrechamente emparentada con la labor legislativa que desarrolla ordinariamente el congreso y extraordinariamente el propio jefe de estado (artículo 150, numeral 10 y 19; 213 y 214 de la Constitución ahora vigente; 76 numeral 12 y 121 de la Constitución anterior) no ha de entenderse que a través de ella pueda modificarse el ordenamiento legal, pues su derogación, abrogación o modificación de éste solo corresponde al legislador.

2.- Desde esta perspectiva, van a analizarse las frases que los actores piden declarar nulas, mas antes de ello debe estudiarse la norma en que se inspira el decreto reglamentario para disponer recortes al cónyuge sobreviviente de un pensionado fallecido. Lo es el artículo 3o. de la ley 71 de 1988 que expidió disposiciones sobre pensiones en cuanto hace a la sustitución. Dice así:

> "Artículo 3°.- Extiéndese las pensiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y la de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependen económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tenga extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.

2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.

3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.

4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante".

Ahora bien, una de las leyes citadas en la norma, la 113 de 1985 (diciembre 16) indica qué ha de entenderse por "cónyuge supérstite", diciendo que debe tenerse por tal "el esposo o esposa de la persona fallecida, siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial según la ley colombiana en la fecha de su muerte..." A su turno, la ley 44 de 1980 versa sobre "el procedimiento de traspaso y pago oportuno de sustituciones pensionales"; la ley 12 de 1975 por la cual "se dictan algunas disposiciones sobre el régimen de pensiones de jubilación" contiene una norma respecto a la pérdida de la pensión por parte del cónyuge sobreviviente, en los siguientes términos: "este derecho lo pierde el cónyuge sobreviviente cuando por su culpa no viviere unido al otro al momento de su fallecimiento, o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital, y los hijos por llegar a la mayoría de edad o cesar la incapacidad." Por último, debe decirse que la ley 33 de 1973, que transformó en vitalicias las pensiones de las viudas, que antes eran temporales, contiene asimismo una regla según la cual (Art. 2o.), "el derecho consagrado a favor de las viudas en el artículo anterior se pierde cuando por culpa de la viuda, los cónyuges no viven unidos en el época del fallecimiento del marido o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital."

Ahora bien; a la luz del precedente recuento legislativo y teniendo en cuenta los argumentos de los actores pasa la Sala a examinar las cuatro frases del artículo 7o. del decreto 1160 de 1989, de la siguiente manera:

A).- El cónyuge sobreviviente "no tiene derecho a la sustitución pensional".

Como se ha visto son las leyes citadas las que señalan que no en todos los casos o siempre, el cónyuge sobreviviente tiene derecho a la pensión, de modo que bien ha podido el reglamento recalcar nuevamente el principio para decir cuándo no ostenta ese derecho, obviamente dentro del marco legislativo al respecto. Además, la frase es en si misma un simple enunciado de las dos condiciones extintivas del derecho de sustitución, que se

establecen seguidamente, amén de que no sobrepasa ni va más allá de la ley que se reglamenta.

No se encuentra pues, con esto, desconocimiento a norma superior alguna y en consecuencia, no se decreta su nulidad.

B).- La segunda y la tercera frases "cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal o definitiva de cuerpos", y en cuanto a aquella, como ya se anotó en el auto mediante el cual se accedió a decretar la suspensión provisional mediante proveído de 20 de mayo de 1992 tras un detenido estudio, ha de decirse que ostentan flagrantemente un quebranto al ordenamiento legislativo vigente, dado que hace, por una parte, equiparable el concepto jurídico "matrimonio" –que es a lo que se refieren las normas legales que arriba se han transcrito– con lo que ha de entenderse por "sociedad conyugal", y por otra parte, da a entender que la separación legal y definitiva de cuerpos hace desaparecer el vínculo matrimonial, que es el que debe estar vigente al momento de la muerte.

Debe tenerse en cuenta, respecto a este tópico, que la Sala ya hubo de ocuparse de él cuando mediante sentencia calendada a 8 de julio de 1993 (expediente No. 4583, actores, Ana Lucía Carvajal y otros, magistrada ponente doctora Clara Forero de Castro) dispuso la nulidad de estas locuciones por las motivaciones que en ella se expusieron. Se está en presencia de algo que ya se ha juzgado y, por ende, la Sala ha de abstenerse de un nuevo estudio y atenerse a lo allí expuesto y decidido.

C).- La cuarta frase acusada de nulidad, "hecho éste que se demostrará con prueba sumaria", se está refiriendo a la circunstancia de que en el caso de hallarse en la situación de que el cónyuge haya abandonado el hogar sin justa causa o por haberle impedido su acercamiento o compañía, que es una excepción a la regla según la cual no hiciere vida en común con el pensionado en el momento de su muerte, significa que ello puede demostrarse a través de medios probatorios en cuyo allegamiento no se han obedecido los cánones que lo rijan o no se los ha sometido al principio de la contradicción. En otras palabras, el decreto reglamentario ha querido facilitar al cónyuge sobreviviente la demostración de ésta circunstancia.

Aparece entonces que en este punto el decreto reglamentario no ha ido más allá de lo que el reglamentador pueda hacer, y por lo tanto no se amerita su anulación.

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

FALLA:

1.- Estése a lo resuelto en sentencia de 8 de julio de 1993, dictada en el expediente 4583, mediante el cual se anularon las locuciones "... cuando se haya disuelto la sociedad

conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos" del art. 7o. del decreto 1160 de junio 2 de 1989.

2.- Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y ARCHÍVESE EL EXPEDIENTE. COMUNÍQUESE. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 11 de mayo de 1995.

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MIRYAM C. VIRACACHÁ S.
Secretaria (E)

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia de 8 de julio de 1993 (expediente No. 4583, actores Ana Lucía Carvajal y Otros, Magistrada Ponente Doctora Clara Forero de Castro).

DISTRITO CAPITAL-Régimen Político/**SERVIDORES PÚBLICOS DEL ORDEN TERRITORIAL/RÉGIMEN PRESTACIONAL/GOBIERNO NACIONAL/COMPETENCIA/DERECHO A LA IGUALDAD**

El constituyente de 1991 a través del artículo 322 de la actual Carta Política cambió la naturaleza de la capital del país de Distrito Especial a Distrito Capital y determinó que su orígen 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. Cuando la capital de país era Distrito Especial no se le podía aplicar la legislación municipal ordinaria puesto que no norma que así lo autorizara, posibilidad que si contempla el artículo 322 de la Carta. Ahora bien, mediante la ley 4 de 18 de mayo de 1992, se facultó al Gobierno Nacional, entre otras cosas, por el artículo 12, para fijar el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales (que comprenden desde luego a los municipios), y para señalarles el límite máximo salarial guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional. Con base en esa facultad y la autorización que si contempla el artículo 322 de la Carta, el Gobierno profirió los actos que ahora se demandan y que se solicita sean suspendidos provisionalmente, de donde no fluye la infracción manifiesta de las normas superiores reseñadas en la petición de la medida provisoria por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos en la petición. Las personas aún no vinculadas estarían en igualdad de condiciones y se pretende una discriminación respecto a las personas que ya venían vinculadas no puede ser igual al de las primeras.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: DR. ÁLVARO LECOMPTE LUNA.

Referencia: Expediente No. 10.507. Decretos del Gobierno. Actor: **Antonio Bustos Esguerra.**

Antonio Bustos Esguerra, quien actúa como Personero del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, lo que acredita con los documentos visibles a folios 3 y 4, en ejercicio de la acción pública u objetiva contemplada en el artículo 84 del C.C.A. (modificado por el artículo 14 del decreto 2304 de 1989), solicita se decrete la nulidad de los artículos primeros de los decretos 1133 de 1o. de junio de 1994 y 1808 de 3 de agosto del mismo año, proferidos por el Gobierno Nacional.

El artículo 1o. del decreto 1133 dispuso:

> "Las personas que se vinculen al servicio público en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas a partir de la vigencia del presente decreto y que conforme a las disposiciones vigentes tengan el carácter de empleados públicos, gozarán del régimen prestacional señalado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público.
>
> El artículo 1o. del decreto 1808 dispuso:
>
> "El artículo segundo del decreto 1133 de 1994 quedará así: "Las personas que se hubieren vinculado como empleados públicos o trabajadores oficiales al Distrito Capital y a sus entidades descentralizadas antes de la vigencia de este decreto continuarán gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando.
>
> "Lo señalado en el inciso anterior se aplicará a los empleados públicos que continúen desempeñando los cargos que ocupan a la fecha de la vigencia de este decreto u otros empleos cuando a ellas se acceda por motivo de incoporación o de ascenso como resultado de un proceso de selección, como para los trabajadores oficiales mientras mantengan esta calidad."

Como la demanda llena los requisitos legales habrá de admitirse. En la misma se solicita se decrete la suspensión provisional.

Se sustenta la petición de la medida provisoria con el argumento de que los actos acusados son manifiestamente infractores de normas de orden jurídico superior de rango constitucional y legal, como son los artículos 53, 215 y 322 de la Constitución Nacional; 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 12 y 38 del decreto-ley 1421 de 21 de julio de 1993.

Se afirma que por medio del artículo 322 de la Carta Política se estatuyó a Santa Fe de Bogotá como Distrito Capital y que su régimen político, fiscal y administrativo será

el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposciones vigentes para los municipios. Preceptiva que se enmarca de manera expresa en los principios fundamentales de la Constitución, principalmente en cuanto a que Colombia, estado social de derecho, organizado como República unitaria, acoge al mismo tlempo un sistema de descentralización territorial, que reconoce dentro de límites que ella misma señala la autonomía de sus entidades descentralizadas. Es, además de todo, democrática, participativa, pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general, que reconoce y protege la diversidad cultural en gracia del principio de la igualdad y al ordenamiento positivo de un pueblo, etc.

Hace hincapié el accionante en que el decreto 1133 de 1994 se profirió con base en el artículo 12 de la ley 4a. de 1992, que constituye un reglamento de orden general aplicable a funcionarios que la misma norma señala, en los aspectos salarial y prestacional.

Y es así como el Gobierno Nacional, con base en dicho artículo de la ley, expide los correspondientes estatutos salariales y prestacionales de las entidades territoriales, lo cual es claro que no debe comprender al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, lo que no pudo entender el Gobierno Nacional, puesto que sólo le era dable producir el régimen prestacional o salarial de los servidores públicos de la Nación, departamentos y municipios, no a si a Santa Fe de Bogotá, que sólo se puede hacer mediante una ley especial. Amén de que no debe olvidarse que la normativa constitucional que estableció, tanto el régimen departamental como el municipal ordinario, carece de fuerza vinculante tratándose del Distrito Capital.

De esta suerte, recalca el accionante, que conjugando el artículo 150, nl. 19 de la Constitución Nacional con el artículo 322 de la misma, estimarían algunos que es competencia del legislador ordinario fijar el régimen salarial y el prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio del Distrito Capital, lo que no le es dable delegar en otras corporaciones públicas, restricción que no tiene fuerza coercitiva en cuanto se le quiera oponer al Distrito Capital, en consideración a que a éste le corresponde un régimen absolutamente especial y, a no dudarlo, que la prohibición que se predica no se la extendió al ámbito territorial y menos en tratándose de salarios, como de prestaciones sociales de los servidores públicos distritales, fueran delegadas esas funciones, ora en el Concejo Distrital, ora en su Alcalde Mayor, ora en ambos, al uno la atribución decisoria y al otro la atribución de iniciativa, o a la inversa.

En cuanto a los artículos 53 y 215 de la Constitución , se prescribe, por el primero de los cánones, toda desmejora de los derechos de los trabajadores, ya sea por vía legal, contractual, acuerdos y convenios de trabajo. Y por el segundo de los cánones, se refuerza el anterior, al extremo que el Gobierno Nacional no puede desmejorar los derechos de los trabajadores ni siquiera pretextando el estado de emergencia.

Afirma el accionante, que las normas demandadas establecen odiosas discriminaciones entre "trabajadores oficiales" adscritos al Distrito Capital que permanecen

intocables en sus prestaciones sociales, en tanto conserven tal carácter, pudiéndoseles trasladar, ascender, encargárseles de otras funciones. En cambio, a los "empleados públicos" es a los únicos que se les pretende imponer el decreto 1133 de 1994. Y que además de esa desigualdad creada entre "trabajadores oficiales" y empleados públicos del Distrito, surge un nuevo orden de diferenciaciones, creadoras de conflictos que enrarecerán la paz laboral que ha caracterizado desde antiguo al hoy denominado Distrito Capital en el sentido de que a los "empleados públicos" vinculados antes de la vigencia del decreto 1133 de 1994 les es aplicable el régimen prestacional de que venían disfrutando, mientras que a los vinculados con posterioridad se les aplicará el régimen prestacional de los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público. Es así como los empleados públicos que venían vinculados con anterioridad al decreto no pueden ser ascendidos sino a riesgo de perder su actual régimen prestacional, ya que para seguir disfrutando de ese régimen, deben continuar desempeñando los mismos cargos al momento de entrar en vigencia el decreto, y dígase otro tanto, de otras situaciones o movimientos de personal, tales como traslados, inclusive a otros cargos de la misma categoría. Y solamente los empleados asimilados a carrera administrativa podrán pasar a otro cargo, ser trasladados, incorporados o ascendidos, pero siempre a fuerza de un previo "proceso de selección", que de no hacerse, coloca a tales empleados en condición de ser de libre nombramiento y remoción, lo que implica de hecho una diferenciación más entre los empleados de carrera y los que no lo son, siendo éstos la inmensa mayoría.

Referente a la violación de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 12 y 38 del decreto-ley 1421 de 1993, argumenta el accionante, que el artículo 1o. es fiel reflejo del artículo 322 de la Constitución Nacional, ya que preceptúa que Bogotá se organiza como Distrito Capital y goza de autonomía para la gestión de sus intereses. Autonomía y régimen especial que resultan desconocidos por el Gobierno Nacional al pretender hacer extensivo un reglamento que no fue expedido para el Distrito Capital y que ni siquiera lo menciona, como es la ley 4a. de 1992. Y que reforzando lo establecido por el artículo 1o., precisa el artículo 2o, del mismo decreto, que el Distrito Capital como entidad territorial está sujeta al régimen político, administrativo y fiscal que para él establezca (dice la Constitución), el estatuto y las leyes especiales que se profieran para su funcionamiento.

Y por el artículo 3o. del decreto 1421 de 1993, que es estatuto de superior jerarquía a los decretos 1133 de 1994 y 1808 del mismo año, se determinó el objeto del régimen especial que se había diseñado para la capital del país, de donde se establece que aquél decreto constituye un estatuto político, administrativo y fiscal con el cual se quiso dotar al Distrito Capital de los instrumentos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y la prestación de sus servicios, etc.

Mientras que los decretos 1133 y 1808 están determinando una interferencia inconstitucional e ilegal en la organización política y administrativa del Distrito Capital, que no contribuyen al mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes y, antes por el contrario, impedirán que hacia el futuro las propias autoridades locales, puedan producir

soluciones en busca de la elevación de las condiciones laborales de sus propios servidores públicos.

Y, por último, que las facultades otorgadas por el Congreso al Gobierno Nacional mediante el artículo 12 de la ley 4a. de 1992 no decía relación con la circunscripción territorial del Distrito Capital, de donde fluye evidente la absoluta carencia de facultad legal para que el Ejecutivo hubiera proferido los actos que se demandan. y así como el artículo 4o. del decreto 1421 establece que el Distrito Capital goza de los derechos y sólo tiene a su cargo las obligaciones que para él "... determinen expresamente ... " la Constitución y la ley...." amén de que por el artículo 5o. del decreto se especifican las autoridades que gobiernan y administran al Distrito que no son otras que el Concejo Distrital, el alcalde mayor, las juntas administradoras locales, los alcaldes locales y demás autoridades de ésta índole además de las entidades que el Concejo crea y organice a iniciativa del Alcalde. Disposición que debe ser armonizada con el artículo 12 *ibídem,* que determinó cuáles eran las atribuciones del Concejo Distrital, entre ellas, la de dictar las normas necesarias encaminadas a garantizar el adecuado cumplimiento de las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito, amén de las relativas a 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.

Y, a su turno, dice el accionante, el artículo 38 del decreto 1421 enlista las atribuciones del alcalde mayor, quien ejercerá la potestad reglamentaria para la debida ejecución de los acuerdos del Concejo, como la de crear, suprimir y fusionar los empleos de la administración central, señalarles sus funciones especiales y determinarles sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes.

Concluye el accionante, que así, que de ese modo, inconstitucional e ilegal la interferencia del Gobierno Nacional en la organización política y administrativa del Distrito Capital a través de los actos que se demandan, incurriendo así en un clásico abuso de poder.

SE CONSIDERA:

El constituyente de 1991 a través del artículo 322 de la actual Carta Política, cambió la naturaleza de la capital del país de Distrito Especial a Distrito Capital y determinó 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.

Cuando la capital del país era Distrito Especial no se le podía aplicar la legislación municipal ordinaria puesto que no había norma que así lo autorizara, posibilidad que sí contempla el artículo 322 de la Carta.

Ahora bien, mediante la ley 4a. de 18 de mayo de 1992, se facultó al Gobierno Nacional, entre otras cosas, por el artículo 12, para fijar el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales (que comprenden desde luego a los

municipios), y para señalarles el límite máximo salarial guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.

Con base en esa facultad y la autorización que sí contempla el artículo 322 de la Carta, el Gobierno profirió los actos que ahora se demandan y que se solicita sean suspendidos provisionalmente, de donde no fluye la infracción manifiesta de las normas superiores reseñadas en la petición de la medida provisoria por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos en la petición.

En cuanto a las odiosas discriminaciones en el aspecto prestacional de los servidores del Distrito Capital, a las que alude el accionante, observa la Sala que el campo de aplicación de los actos acusados se ha restringido a las personas que se vinculen a partir de su vigencia, y solamente resultan aplicables a aquellas personas que venían vinculadas en la hipótesis de que el empleado no continúe desempeñando el cargo para el cual fue designado en el momento de la misma vigencia o cuando el trabajador oficial deje de serlo. Tampoco observa la Sala relación alguna entre el régimen prestacional decretado y los derechos o garantías de la carrera administrativa.

Por manera que las personas aún no vinculadas estarían en igualdad de condiciones y si pretende una discriminación respecto a las personas que ya venían vinculadas al servicio, no se presentaría tal fenómeno dado que la situación jurídica hipotética de las no vinculadas no puede ser igual al de las primeras.

Como de este último aspecto que se acaba de analizar tampoco surge la infracción manifiesta de las normas superiores reseñadas en la solicitud de la suspensión provisional, la Sala negará el decreto de ésta medida al no darse ese presupuesto como lo exige el artículo 152 del C.C.A. (modificado por el artículo 31 del decreto 2304 de 1989).

Por lo expuesto, SE RESUELVE:

1.- Admitir la demanda instaurada por el Personero de Santa Fe de Bogotá, D.C, doctor Antonio Bustos Esguerra.

2.- Notifíquese personalmente este proveído a los señores Ministros de Gobierno, Hacienda y Crédito Público, Trabajo y Seguridad Social, al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y al Agente del Ministerio Público.

3.- Fíjese el presente asunto en lista por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada, o los intervinientes, si los hubiere, puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

4.- Solicítense al Ministerio de Gobierno los antecedentes administrativos de los actos demandados. Líbrese el correspondiente oficio.

5.- No se ordena el depósito a que se refiere el numeral 4o. del artículo 207 del C.C.A., según la modificación introducida por el artículo 46 del decreto 2304 de 1989, por no haber lugar a él por la naturaleza del asunto a que se contrae el *sub-lite*.

6.- Niégase decretar la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. PÚBLÍQUESE en "ANALES".

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 4 de mayo de 1995.

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

JAIME MOSSOS GUARNIZO
Con juez

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

SECCIÓN TERCERA

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL/HURTO

La responsabilidad patrimonial de la demanda por el daño antijurídico sufrido por el señor JORGE ARMANDO PÁEZ UBATÉ,con ocasión del hurto del cual fue víctima el 12 de diciembre de 1988, aparece comprometida como consecuencia de la falla en la oportuna prestación del servicio por parte de la Polícia Nacional, a pesar de haber sido avisada de la comisión del ilícito en el momento en el cual se perpetraba. No hay en el proceso una explicación sobre la razón por la cual la polícia solo se hizo presente en el lugar donde se cometía el ilícito, 2 horas después de haber recibido el aviso. En efecto en la minuta de anotaciones se dejó constancia de que la llamada fue recibida a las 5 y 25 minutos de la mañana y la polícia sólo llegó al sitio a las 7 y 30 de la mañana, según lo relató la señora LUZ MARINA CHÁVES. Si el aviso fue dado al CAI del mismo barrio en el cual se perpetraba el hurto, no hay justificación alguna para que la presencia de la polícia sólo se hubiera producido 2 horas después de recibirse el aviso. Esa actuación negligente y descuidada constituye una falla en el servicio, porque las autoridades de polícia están instituidas para proteger la vida y bienes de los asociados y tal protección sólo puede lograrse a través de una efectiva y oportuna actuación, la cual brilló por su ausencia en este caso, a pesar de la colaboración ciudadana con el cual se contó.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá, D.C., abril seis (6) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

Referencia: Expediente No. 9529. Actor: JORGE ARMANDO PÁEZ UBATÉ. Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia de 9 de diciembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera, mediante la cual se dispuso:

> "1o.- Declárase administrativamente responsable a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional-, por la omisión en la prestación del servicio de vigilancia a la fábrica de confecciones D'Clase Modas, de propiedad de Jorge Armando Páez, según hechos ocurridos en la ciudad de Santa Fe de Bogotá el día 12 de diciembre de 1988.
>
> "2o.- Condénase a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, a pagar a Jorge Armando Páez Ubaté el valor de dos millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil trescientos veintinueve pesos ($2'484.329.oo).
>
> Las anteriores cantidades ganarán intereses de conformidad con lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.
>
> "3o.- Niéganse las demás pretensiones de la demanda.".

I.- ANTECEDENTES PROCESALES

1o.- Lo que se demanda.

En escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de diciembre de 1990, el señor JORGE ARMANDO PÁEZ UBATÉ, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el art. 86 del C.C.A., formuló demanda en contra de la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, para que fuera declarada administrativamente responsable por la omisión en la prestación del servicio de vigilancia y el deber de protección de los bienes, en hechos ocurridos el 12 de diciembre de 1988, en la fábrica de confecciones "D'Clase Modas, ubicado en la Diagonal 49A No. 51-56 Sur 2o. piso, Barrio Venecia de esta ciudad, donde fueron sustraídas varias máquinas para la confección de ropa, enseres, mercancías y dinero efectivo.

Como consecuencia de esa declaración pide que la demandada sea condenada a pagarle a título de indemnización por perjuicios morales el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino, y como indemnización por perjuicios materiales, la suma de $28'000.000.00 como mínimo. Se pidió la actualización de esas sumas y el pago de interés sobre las mismas.

2o. Los hechos.

Se narró en la demanda que el 12 de diciembre de 1988, el establecimiento de comercio denominado D'CLASE MODAS, ubicado en la Diagonal 49A No. 51-56 Sur

2o. piso, en el Barrio Venecia de esta ciudad, fué asaltado por personas desconocidas que violentaron los candados y las cerraduras, violentaron la reja, hicieron una ventosa en la pared, desconectaron la alarma y penetraron al interior de la fábrica, de donde sustrajeron varias máquinas para confección, $103.000 en efectivo y mercancía avaluada en $7'445.000.

La señora LUZ MARINA SÁNCHEZ quien reside frente al establecimiento, al enterarse de lo que sucedía, como a las 5 y 30 de la mañana llamó varias veces al CAI de la Policía Nacional de Barrio Venecia, ubicado a cuadra y media del sitio donde se cometía el ilícito. La policía sólo acudió a las 7 y 15 de la mañana, cuando ya no había nada que hacer.

El robo de esos bienes produjo gran tristeza, desolación y angustia en su propietario, al verse prácticamente arruinado.

3o. La actuación procesal.

Admitida la demanda en auto de 24 de enero de 1991, esa decisión se notificó a la demandada el 21 de febrero siguiente. Oportunamente se dio respuesta por medio del escrito que reposa a folios 49 y 50 del cuaderno principal. Allí la demandada se limitó a pedir la práctica de pruebas con el fin de desvirtuar los hechos de la demanda. No expuso argumento alguno en su favor.

El término que el *a-quo* concedió para alegar sólo fue aprovechado por la demandada, entidad que pidió que se negaran las súplicas de la demanda, por considerar que la declaración de la señora LUZ MARINA SÁNCHEZ no era suficiente para declarar la responsabilidad estatal, por cuanto es posible que al momento en que llamó al CAI, en realidad no estuviera sino un sólo agente, motivo por el cual era materialmente imposible la presencia de la autoridad.

En relación con el perjuicio echó de menos la prueba tanto de los daños morales como de los materiales. Respecto a estos últimos destacó que no se allegaron las facturas de las máquinas que se dicen hurtadas, ni se probó la existencia de la mercancía.

4o. La sentencia apelada.

El Tribunal *a-quo* con base en: el testimonio de la señora LUZ MARINA SÁNCHEZ; la minuta de policía donde aparece registrada su llamada para dar noticia del ilícito que se cometía y en la sanción al agente MIGUEL ÁNGEL MESA; encontró comprometida la responsabilidad de la demandada por falla en el servicio, al haber acudido tardíamente para evitar que se cometiera un ilícito en contra del patrimonio del demandante.

En relación con los perjuicios causados, los cuantificó de acuerdo a la declaración de renta presentada por el demandante en 1988, por el año gravable de 1987. Explicó así la indemnización ordenada.

"Si en diciembre de 1987 tenía un valor neto patrimonial de $5.800.000.oo incluyendo $150.000.oo en los bancos, y al año siguiente tenía un patrimonio líquido de $6.500.000, quizo decir que de $1.483.700.oo que se ganó durante 1988 capitalizó a diciembre de 1988 $783.700.oo, que bajo el supuesto de no haberlo consumido para su propio sustento, fue la única suma que se le pudo haber perdido en el robo.

"En efecto sí el señor Páez tiene en 1987 un capital de $5'800.000,oo ganándose durante el año de 1988 $1.483.700.oo y apareciendo en diciembre de 1988 diecinueve días después del robo, con un capital confesado de $6'500.000.oo, quiere esto decir que a lo sumo perdió la diferencia entre la suma de su capital inicial y el valor de su renta.

"Ordenándose por la ley que en los procesos de responsabilidad se esté primeramente a las declaraciones de renta y encontrándose lo dicho, en las del demandante, el valor a indemnizar no puede pasar de la suma fijada.".

La suma así obtenida la actualizó hasta la fecha de esa sentencia. Negó indemnización por perjuicios morales, por cuanto no se evidenció su existencia.

5o. El recurso de apelación.

Inconforme la parte actora con esa decisión, la apeló, para que fuera modificada en cuanto al valor de la indemnización por perjuicios materiales y en el punto de la negativa al reconocimiento de indemnización por perjuicios morales. Para motivar su inconformidad el apelante expresó que el Tribunal no tuvo en cuenta la prueba testimonial que demostraba la pérdida de los bienes relacionados en la demanda y en la denuncia penal. Agregó que el Tribunal olvidó que la propiedad de los bienes muebles se acredita con la posesión y de ésta informaron los testigos.

En relación con la negativa a reconocer indemnización por perjuicios morales, dijo el apelante que a nadie se le ocurre pensar que quien pierde la totalidad de sus bienes, los que constituían la fuente de su trabajo, no se afecta moralmente.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala modificará la sentencia en cuanto a la condena impuesta, la cual se hará en forma genérica, conforme a lo autorizado por el art. 172 del Código Contencioso Administrativo.

La responsabilidad patrimonial de la demandada por el daño antijurídico sufrido por el señor JORGE ARMANDO PÁEZ UBATÉ, con ocasión del hurto del cual fue víctima el 12 de diciembre de 1988, aparece comprometida como consecuencia de la falla en la oportuna prestación del servicio por parte de la Policía Nacional, a pesar de haber sido avisada de la comisión del ilícito en el momento en el cual se perpetraba.

De excepción resulta el testimonio de la señora LUZ MARINA CHÁVES SÁNCHEZ, vecina del sector en el cual estaba ubicado el establecimiento de comercio en el cual se perpetró el hurto y quien avisó al CAI del Barrio Venecia, sobre lo que sucedía. Relató esta declarante:

> "A las cinco y media de la mañana, en el mes de diciembre no recuerdo de hace como dos años, ese día escuché un ruido de una reja el cual yo me levanté a mirar de donde provenía el ruido de la reja y me dí cuenta que venía el ruido de la reja del edificio de enfrente cuando de pronto estacionaron un bus verde y abrieron la reja nuevamente cuando ví unos tipos sacando cajas en ese momento llegué y llamé inmediatamente al CAI y avisé que estaban unos tipos sospechosos dentro de un edificio que estaban sacando cosas que parecían que eran ladrones me pidieron la dirección los guíe porque no sabía la dirección del edificio, volví a asomarme a la venta (sic.) sin que se dieran cuenta lós tipos y me dí cuenta que eran muchos hombres los que subían y bajaban con máquina, que estaban armados, volví y llamé al CAI, de Venecia que queda a casi dos cuadras donde estaban haciendo el robo, inclusive me porté hasta de mal genio con los policías porque nada que aparecían y me acuerdo que los traté mal, cuando volví a asomarme a la venta (sic) los tipos bajaban con máquinas y cargaron todo y cerraron la reja nuevamente, ahí fue cuando yo llamé al señor Héctor no recuerdo el apellido que él tenía una fábrica en el cuarto piso de ese edificio que estaban robando para comunicarle lo que había sucedido pero no contestaban estuve esperando que fueran las siete de la mañana que es hora en que llegaba él para avisarle que no fuera a abrir ni a tocar nada porque habían robado pero llegó primero un empleado de él y le dije que le avisara a Héctor que ahí habían robado y que yo lo estuve llamando a Héctor y no lo encontré en el apartamento, entonces él, o sea el empleado se fue hasta el apartamento, para avisarle a Héctor para que se viniera urgentemente. Yo conocía a Héctor que es el dueño de la fábrica del cuarto piso, cuando en ese entonces apareció el señor del segundo piso, que después supe que se llama Jorge y supe que a (sic) era a él a quien le habían hecho el robo porque él tenía una fábrica de confecciones para mujer. Los de la policía llegaron como a las siete y media de la mañana, y en lugar de ir a donde sucedieron los hechos fueron a interrogarme a mí....".

Esa llamada quedó registrada en el libro de minuta policial del CAI del Barrio Venecia, de la cual en lo pertinente obra copia a folios 14 y s.s. del cuaderno No. 2, allí se lee: "12.12.88, 05:25 Información Línea de 500 posible 9-04.- A la hora se recibe una información por línea de 500 donde una señora manifiesta que en la diagonal 49A No. 51-56 Sur, se encuentra un bus verde y al parecer individuos no reconocidos están efectuando un 9-04, de inmediato se le dio el caso a la patrulla C3AC5...".

No hay en el proceso una explicación sobre la razón por la cual la policía sólo se hizo presente en el lugar donde se cometía el ilícito, 2 horas después de haber recibido el aviso. En efecto en la minuta de anotaciones se dejó constancia de que la llamada fue recibida

a las 5 y 25 minutos de la mañana y la policía sólo llegó al sito a las 7 y 30 de la mañana, según lo relató la señora LUZ MARINA CHÁVES. Si el aviso fue dado al CAI del mismo barrio en el cual se perpetraba el hurto, no hay justificación alguna para que la presencia de la policía sólo se hubiera producido 2 horas después de recibirse el aviso. Esa actuación negligente y descuidada constituye una falla en el servicio, porque las autoridades de policía están instituidas para proteger la vida y bienes de los asociados y tal protección sólo puede lograrse a través de una efectiva y oportuna actuación, la cual brilló por su ausencia en este caso, a pesar de la colaboración ciudadana con la cual se contó.

La existencia del perjuicio sufrido por el demandante con esa falla, también se demostró. En efecto, la declarante que presenció el hurto, da cuenta de que vio como la maquinaría y unas cajas eran sustraídas del establecimiento de propiedad del señor JORGE ARMANDO PÁEZ UBATÉ. Las pruebas aportadas en cambio, no permiten determinar la cuantía de ese daño, toda vez que no es posible establecer cuáles fueron exactamente los bienes hurtados. Por esa razón, se acudirá al art. 172 del C.C.A., para condenar en forma genérica a la demandada a pagar al actor, la indemnización que resulte liquidada en incidente posterior, el cual se tramitará conforme al art. 137 del Código de Procedimiento Civil, y se sujetará a las siguientes pautas:

1o.) Por cualquiera de los medios probatorios se establecerá la preexistencia de los bienes que se dice fueron sustraídos del establecimiento de comercio denominado D'CLASE MODAS, ubicado para la época de los hechos, en la Diagonal 49 A No. 51-56 Sur 2o. piso, Barrio Venecia de esta ciudad.

2o.) El demandante deberá establecer la propiedad sobre tales bienes, o cualquier otro derecho real principal sobre los mismos elementos hurtados.

3o.) Se establecerán los valores de los bienes a que apuntan los 2 numerales anteriores, para la época de la sustracción.

4o.) El valor así obtenido se actualizará hasta la fecha del auto que decida el incidente y tendrá intereses del 6% anual sobre el valor histórico a título de lucro cesante de dicho capital.

5o.) La condena no podrá exceder el valor histórico de $28'800.000, pedido en la demanda.

Por último, no se accederá a reconocer indemnización por perjuicio moral, por cuanto en el proceso no se demostró la existencia de tal perjuicio y entratándose de la pérdida de bienes materiales, ésta no se presume sino que se requiere su prueba fehaciente.

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

FALLA:

1o) CONFÍRMANSE los numerales 1 y 3 de la sentencia apelada, esto es aquella proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 9 de diciembre de 1993.

2o) MODIFÍCASE el numeral 2o., el cual quedará así: CONDÉNASE a la Nación - Policía Nacional, en abstracto, a pagar al señor JORGE ARMANDO PÁEZ UBATÉ, la suma que resulte liquidada en incidente posterior, el cual se ajustará a las pautas señaladas en la parte motiva y deberá ser iniciado dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto del Tribunal que ordene el cumplimiento de lo dispuesto en esta sentencia.

3o) La suma que resulte liquidada en el incidente devengará intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esa providencia y moratorios de ahí en adelante.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE. Publíquese en los Anales.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, seis (6) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Presidente de la Sala - Ausente

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA

LOLA ELISA BENAVIDES LÓPEZ
Secretaria

ACTO ADMINISTRATIVO/PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD/CARGA DE LAPRUEBA/ EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE MINAS-Restricciones/ **MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**-Facultades/**ZONA DE RESERVA ECOLÓGICA**-Determinación/**NULIDAD**-Improcedencia

No obstante que la minería se caracteriza como una actividad lícita, regulada por un régimen normativo de persimibilidad ajustada a las disposiciones que la propia ley de minas determina, sin embargo, normativamente se dan excepciones como las del artículo 9o. del ordenamiento minero que impone ciertas restriciones en la actividad de exploración y explotación de las minas cuando de por medio, por ejemplo, existen condiciones ecológicas que lo restringen, si es que no agotan, el ejercicio de la actividad minera. Cómo conforme al artículo 9o. del Decreto 2655 de 1988, le corresponde al ministerio, una vez hechos los estudios previos correspondientes, señalar las zonas donde no se pueden adelantar labores de minería de exploración o explotación, "por constituir reservas ecológicas incompatibles con dichos trabajos", sin perjuicio de que pueda autorizarse por vía general la actividad minera restringida en aquellas zonas, sometida por supuesto, a determinadas condiciones. Así las cosas, bien podía el ministerio determinar las zonas de reserva sin que por ello cumpliera alguna disposición legal. Cabe señalar cómo en el artículo 10 del estatuto minero también se toma como zona restringida para el desarrollo de las actividades mineras "las zonas de reserva ecológica". Con relación al término de 30 días señalado en los artículos 42 y 43 del Decreto 2655 de 1988, el primero para señalar las deficiencias de que adolezca la solicitud, y el segundo, para eliminar de oficio las superposiciones parciales de la solicitud con otras anteriores o con zonas de reserva especial,

estima la Sala que si bien en el *sub-júdice* dichos términos no fueron estrictamente cumplidos por el Ministerio de Minas y Energía, ello sin embargo no es causal suficiente para declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, por cuanto el carácter de dichos términos no es preclusivo o perentorio, dado que por la naturaleza misma de la materia a que se refiere, pueden presentarse circunstancias de distinto orden físico y técnico, que no permiten someterse rígidamente a los plazos señalados en las normas aludidas. Cabe señalar que bien podían los interesados, si consideraban que había fundamento legal y jurídico para hacerlo, demandar la nulidad de la mentada resolución, en acción separada, desde luego, de la de nulidad con restablecimiento del derecho que aquí se ejercitó. Se anota así mismo, que por virtud de la presunción de legalidad propia de los actos administrativos, la Resolución No. 3-1608 de 1992, conserva su vigencia hasta cuando sea anulada o revocada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá, D.C., abril veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

Referencia: Expediente No. 8557. Actor: DAGOBERTO RAMÍREZ VILLAMIL Y OTROS. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS.

Los señores DAGOBERTO RAMÍREZ VILLAMIL, INGRID MOLLER BUSTOS y FRITZ FRANZ MOLLER BUSTOS, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., mediante escrito presentado el 16 de junio de 1993 ante la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación, formularon demanda contra la Nación - Ministerio de Minas y Energía, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1a. Que son nulas las Resoluciones Nos. 6-0027 y 6-0028 de febrero de 1993 expedidas por el Ministerio de Minas y Energía para rechazar las solicitudes de Licencia 16570, 16572 y 16573 formuladas por cada uno de mis poderdantes en su orden, para la exploración técnica de materiales de construcción, localizadas en el Municipio de Guasca (Cundinamarca);

"2a. Que así mismo, se declare la inaplicabilidad de la Resolución número 3-1608 de 31 de agosto de 1992 por medio de la cual se modificó el artículo 1o. de la Resolución No. 3-0549 de abril 15 del mismo año y se revocó en todas sus partes la Resolución No. 3-0551 de la misma fecha;

"3a. Como restablecimiento del derecho, a consecuencia de lo anteriormente declarado, se ordene al Ministerio de Minas y Energía el otorgamiento de las Licencias de Exploración correspondientes de conformidad con lo reglado en el Capítulo III del Código de Minas (Decreto 2655/88), especialmente en cuanto hace

relación con el artículo 43 *ídem*, que corresponda a cada uno de mis poderdantes según las solicitudes 16570, 16572 y 16573 respectivamente y en su orden, a título resarcitorio;

"4a. Que se decrete la suspensión provisional de las normas acusadas conforme a los argumentos y cargos que adelante se formularán;

"5a. Que se ordene el correspondiente registro de la sentencia conforme a las previsiones de los artículos 176 y 177 del C.C.A. en concordancia con la normatividad contemplada en el Capítulo XXXI del Código de Minas (Decreto 2655/88)".

FUNDAMENTOS DE HECHO

Se relata en la demanda que los actores presentaron en forma individual ante el Ministerio de Minas y Energía, el 24 de agosto de 1992, sendas solicitudes de Licencia de Exploración para materiales de construcción, ubicadas en el municipio de Guasca, por unas áreas de 300, 80 y 575 hectáreas respectivamente. Fueron radicadas bajo los números 16570, 16572 y 16573 en su orden.

La División Legal de Minas - Sección Licencias, de la División de Ingeniería y Proyectos, dio traslado de las solicitudes a la Sección de Estudios de Ingeniería para que efectuara un estudio técnico, dependencia que así lo hizo el 29 de enero y 1o. de febrero de 1993. Se consignó en dicho estudio que "el área objeto de la solicitud 1650 - 1672 - 1673, para la fecha de su presentación (agosto 24 de 1992), se superponía totalmente al Contrato 7715 y a las Licencias 13788, 15656 y 7061. Esta última entendida con una extensión para ese entonces de 495 hectáreas". Con referencia a la Licencia 7061 se anotó que había sufrido dos reducciones de área, la primera de 1.000 a 495 hectáreas y luego de 495 a 95.85 hectáreas. Tales reducciones fueron debidamente registradas el 15 de agosto de 1990 y el 26 de octubre de 1992. Por tal razón, para agosto 24 de 1992, cuando se presentó la solicitud 16570-16572-16573, la Licencia 7061 tenía 495 hectáreas, y en tales condiciones a la solicitud mencionada no le quedaba área libre por presentar superposiciones. También se encontró superposición con el área declarada como reserva ecológica por la Resolución No. 3-1608 de 31 de agosto de 1992.

El 10 de febrero de 1993, la Dirección General de Minas - División de Ingeniería y Proyectos expidió las Resoluciones Nos. 6-0026, 6-0027 y 6-0028 respectivamente, para rechazar la solicitud de Licencia No. 16570-16572-16573, formulada por los demandantes, en su orden, a quienes les fue notificada personalmente la respectiva resolución. Tales actos en sentir de los actores son violatorios de normas superiores y se encuentran viciados en su formación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se afirma que existe falsa motivación y violación del debido proceso, y que se violaron los artículos: 2o., 4o., 6o., 23, 25, 29, 333 y 334 de la Constitución Política; 9o.,

10o., 42, 43 y 289 del Código de Minas (Decreto 2655 de 1988); lo. numeral 6 de la Ley 57 de 1987; 1o. y 2o. del Decreto 01 de 1993.

Previamente solicita que no se aplique por ser ilegal e inconstitucional la Resolución No. 3-1608 de 31 de agosto de 1992 expedida por el Ministro de Minas y Energía, cuya nulidad afirma que no se podía impetrar en la misma demanda por indebida acumulación de acciones. Considera que dicha resolución es violatoria del artículo 2o. de la Carta pues se restringe el servicio a la comunidad al excluir una zona propicia para la exploración y explotación minera, por el solo hecho de circundar una reserva "pictórica o paisajista", que declara monumento nacional "La Capilla de Siecha" y el Convento de San Jacinto pero en área inferior a la contemplada en la resolución aludida. Estima violada la misma norma por cuanto no se protege a los colombianos laboriosos y emprendedores, ni se garantiza el derecho al trabajo, ni a la iniciativa privada.

También afirma que se viola el artículo 6o. de la Constitución Nacional, por omisión y extralimitación de funciones, dado que las del Ministerio están dirigidas a fomentar la exploración y explotación de minerales. Aduce que con el acto cuestionado no es posible garantizar el entorno paisajista y el desarrollo agrícola, como sí se podía con la resolución No. 3-0551 derogada por el acto censurado.

Señala que el artículo 333 en su inciso final consagra que sólo la ley podrá delimitar las libertades económicas, mas nó el Ministro de Minas. Agrega que en la expedición de la Resolución No. 3-1608 de 1992 no se aplicaron los estudios previos. Plantea así mismo una falsa motivación de dicho acto por cuanto mientras el Decreto 604 de 1991 señala una reserva pequeña, que circunda la Capilla de Siecha y el Convento de San Jacinto como monumento nacional, en el acto cuestionado excede en demasía el área, no como reserva protectora, sino como reserva prohibida de exploración y explotación.

De otra parte, al referirse al concepto de violación, sostiene que al inaplicarse la Resolución 3-1608 de 1992, los actos demandados son violatorios de las mismas normas antes referidas. Sostiene que cuando se introdujeron las solicitudes de los actores, se hallaban vigentes las resoluciones 3-0549 y 3-0551 ambas de 15 de abril de 1992, que permitían la exploración técnica de aluviales con control ecológico y ambiental a partir de un área de 100 metros contados desde el centro de la cúpula de la Capilla de Siecha, inscrita y circunscrita ésta en un cuadrado de 200 metros de lado, delimitando sus linderos. En la otra resolución se fijaron los parámetros para las explotaciones de materiales de construcción en dicha área, excluyendo la zona de reserva ecológica delimitada en aquella. Aduce así mismo, que la . Licencia 7061 había devuelto algunas áreas y por tanto no se daba superposición alguna.

Con respecto a la violación de las normas constitucionales relacionadas, encuentra que no se asegura el derecho de los demandantes de promover prosperidad para ellos y para la región, se restringe el servicio a los asociados por cuanto el material no podrá llegar a estos, no se propende por el fomento de la minería, no se resolvieron prontamente las peticiones formuladas, no se permitió el trabajo que se quería adelantar, se violó el debido

proceso al interponer un acto administrativo so pretexto de realizar una reserva. Se coartó la iniciativa privada y la actividad económica, así como la libre competencia. Argumenta también que la administración se abrogó el carácter de legislador.

Estima que conforme al artículo 9o. del Decreto 2655 de 1988, el ministerio puede señalar, previos los estudios correspondientes, las zonas en las cuales no se deben adelantar trabajos mineros, pero con la posibilidad de autorizar en dichas zonas actividades mineras en forma restringida, tal como lo permitía la Resolución 3-0549 de 1992, modificada por la que ahora se pide su inaplicabilidad. Encuentra la violación del artículo 42 del mismo estatuto minero, por cuanto el Ministerio no señaló las deficiencias y omisiones de las solicitudes en el término de 30 días para eliminar oficiosamente las superposiciones parciales en zonas de reserva.

Sostiene que en el Registro Minero aparece la inscripción del área devuelta por la Licencia 7061, a pesar de lo cual, en el estudio técnico del ministerio se hizo caso omiso del mismo y se reseñó como superposición parcial para luego adjudicárselo a otro solicitante cuya área había sido restringida y eliminada. Por último aduce que el ministro o su delegado, asumió las veces de gobierno y se abrogó una competencia que sólo corresponde al presidente y al ministro, o al presidente y al director del departamento administrativo.

Se solicitó así mismo la suspensión provisional de los actos acusados por violación directa del artículo 1o. num. 6 de la Ley 57 de 1987, en concordancia con el artículo 115 de la Constitución Política, al asumir el ministro o su delegado el carácter de "Gobierno".

Mediante proveído de 27 de agosto de 1993, la Sala negó la suspensión provisional, pero admitió la demanda. (fls. 76 a 81).

Notificado el Ministro de Minas y Energía del auto admisorio de la demanda, por conducto de apoderada se dio constatación. Se aceptaron como ciertos algunos hechos y se solicitó la prueba de otros. Frente al concepto de la violación descartó la representante judicial del ministerio la existencia de una falsa motivación y la violación del debido proceso. Aduce que las resoluciones atacadas fueron dictadas de acuerdo con el concepto eminentemente técnico emitido por la Sección de Estudios de Ingeniería, según el cual, a las solicitudes de los demandantes no les quedaban áreas libres. Que precisamente, los artículos 42 y 43 autorizan al Ministerio de Minas y Energía para eliminar oficiosamente las superposiciones parciales de las solicitudes con otras anteriores, con zonas de reserva especial o restringidas, o con títulos vigentes.

Sostiene que a la presentación de las solicitudes de los actores, a éstos no les quedaba área libre por cuanto se superponían el contrato 7715 y a las licencias 13788, 15656 y 7061. Que el decreto reglamentario vino a reafirmar lo dispuesto en las normas antes mencionadas. Recuerda que las resoluciones acusadas se hallan amparadas por presunción de legalidad y agrega que las solicitudes de los demandantes se superponían parcialmente al área declarada de reserva ecológica, y anota que el Ministerio de Minas

es la autoridad competente para señalar o delimitar una zona restringida según el artículo 9o. del Código de Minas.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación, estimó que la solicitud de inaplicabilidad de la Resolución 3-1608 de 1992 es improcedente, "pues la excepción de "inaplicabilidad" que en un momento dado pueda hacerse, no es más que un criterio de interpretación del juez que no puede confundirse con el objeto de la acción". Que si tal resolución estaba afectada de nulidad ha debido demandarse expresamente. Consideró igualmente que "si el fundamento de la nulidad de las resoluciones que se acusan es la aplicación de la excepción de ilegalidad y esta es improcedente, tampoco es viable declarar la nulidad solicitada".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitan los demandantes la nulidad de las Resoluciones Números 6-0026, 6-0027 y 6-0028 de 10 de febrero de 1993, dictadas por la Dirección General de Minas - División de Ingeniería y Proyectos del Ministerio de Minas y Energía, mediante las cuales se rechazaron las solicitudes de licencia números 16570, 16572 y 16573, formuladas a nombre de Dagoberto Ramírez Villamil, Fritz Franz Moller Bustos e Ingrid Moller Bustos respectivamente y en su orden, para la exploración técnica de materiales de construcción, localizadas en jurisdicción del municipio de Guasca.

De igual manera solicitan que se declare la inaplicabilidad de la Resolución No. 3-1608 de 31 de agosto de 1992, mediante la cual se modificó el artículo 1o. de la Resolución No. 3-0551. A título de restablecimiento del derecho pretenden que se les otorgue las licencias respectivas.

2. La demanda se fundamenta en que los actores solicitaron Licencia de Exploración para materiales de construcción en terrenos ubicados en jurisdicción municipal de Guasca, por unas áreas de 300, 80 y 575 hectáreas respectivamente. El Ministerio, con base en estudios y conceptos técnicos, no expidió las licencias solicitadas por cuanto que no les quedaba área libre, dado que presentaban superposiciones al contrato 7715 y a las Licencias 13788, 15656 y 7061. Además, porque también presentaban superposición parcial con el área declarada como reserva ecológica.

3. Las razones expresadas por los actores consisten básicamente en: a) Que la resolución No. 3-1608 de agosto de 1992 expedida por el Ministro de Minas y Energía es inaplicable por cuanto contraría los artículos 2o., 4o., 6o. y 333 de la Carta Política vigente, así como otras disposiciones de orden legal enunciadas en la demanda. b) Que tales disposiciones, sobre cuya infracción fundamentan la petición de inaplicabilidad de la Resolución aludida, fueron igualmente vulneradas por los actos administrativos acusados. c) Que cuando introdujeron las solicitudes ante el Ministerio se encontraban vigentes las resoluciones 3-0549 y 3-0551 de 15 de abril de 1992 que permitían, la primera,

la exploración técnica de aluviales con control ecológico y ambiental a partir de una área de 100 metros, contados desde el centro de la cúpula de la Capilla de Siecha, la segunda, que señaló los parámetros para la explotación correspondiente. d) Que la Licencia No. 7061 había devuelto unas áreas y por tanto no se presentaba ninguna superposición.

4. Mediante providencia de 27 de agosto de 1993, se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de las resoluciones acusadas. Con respecto a la falsa motivación y violación del debido proceso, no encuentra la Sala que en tal sentido tengan razón los demandantes cuando tales cargos, si bien se relacionaron, no fueron probatoriamente respaldados.

5. En cuanto a la petición de inaplicabilidad de la Resolución 3-1608/92 no resulta convincente ni aceptable la motivación que lleva a los actores a formularla, si se toma en cuenta, de una parte, que dicho acto se basó en consideraciones fácticas y eminentemente técnicas y, de otra, que esa resolución se encuentra investida de la presunción de legalidad, inherente a los actos administrativos.

6. Esa misma presunción de legalidad, por lo demás, ampara a las resoluciones demandadas y én tal situación corresponde a quien pretenda impugnarlas, la carga de la prueba para demostrar que son violatorias de una norma superior o que se basan en hechos contrarios a la verdad. Tales circunstancias no fueron acreditadas debidamente en el *sub-júdice*.

7. Ahora bien, no obstante que la minería se caracteriza como una actividad lícita, regulada por un régimen normativo de permisibilidad ajustada a las disposiciones que la propia ley de minas determina, sin embargo, normativamente se dan excepciones como las del artículo 9o. del ordenamiento minero que impone ciertas restricciones en la actividad de exploración y explotación de las minas cuando de por medio, por ejemplo, existen condiciones ecológicas que lo restringen, si es que no agotan, el ejercicio de la actividad minera.

8. Al expedirse la Resolución No. 3-1608 de 31 de agosto de 1992, por el Ministerio de Minas y Energía, basada en el Decreto 604 de 4 de marzo de 1991 que declaró, monumento nacional la Capilla de Siecha, ubicada en el municipio de Guasca, se limitó básicamente a reproducir el tema del decreto, aludido, pero dentro del ámbito minero, con el objeto de conseguir la protección del aludido monumento nacional, conforme a la solicitud que en tal sentido formulará el Consejo Nacional de Monumentos Nacionales ante el Ministerio de Minas y Energía. Por tal razón se modificó el artículo 1o. de la Resolución 3-0549 de 15 de abril de 1992, en el sentido de establecer como área delimitada de reserva ecológica la definida en el artículo 2o. del Decreto 604 de 1992, como de influencia de la Capilla de Siecha. Por sustracción de materia, hubo de revocar la Resolución 3-0551 de 1992 que había señalado unos parámetros para la explotación de materiales de construcción.

9. Advierte la Sala cómo conforme al artículo 9o. del Decreto 2655 de 1988, le corresponde al ministerio, una vez hechos los estudios previos correspondientes, señalar las zonas donde no se pueden adelantar labores de minería de exploración o explotación, "por constituir reservas ecológicas incompatibles con dichos trabajos", sin perjuicio de que pueda autorizarse por vía general la actividad minera restringida en aquellas zonas, sometida por supuesto, a determinadas condiciones. Así las cosas, bien podía el Ministerio determinar las zonas de reserva sin que por ello incumpliera alguna disposición legal. Cabe señalar cómo en el artículo 10 del estatuto minero también se toma como zona restringida para el desarrollo de las actividades mineras "las zonas de reserva ecológica".

11. Con relación al término de 30 días señalado en los artículos 42 y 43 del Decreto 2655 de 1988, el primero para señalar las deficiencias de que adolezca la solicitud, y el segundo, para eliminar de oficio las superposiciones parciales de la solicitud con otras anteriores o con zonas de reserva especial, estima la Sala que si bien en el *sub-júdice* dichos términos no fueron estrictamente cumplidos por el Ministerio de Minas y Energía, ello sin embargo no es causal suficiente para declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, por cuanto el carácter de dichos términos no es preclusivo o perentorio, dado que por la naturaleza misma de la materia a que se refiere, pueden presentarse circunstancias de distinto orden físico y técnico, que no permiten someterse rígidamente a los plazos señalados en las normas aludidas.

12. En cuanto concierne con la violación del artículo 289 basada en que en el Registro Minero aparece la inscripción del área devuelta por la Licencia 7061, a pesar de lo cual en el estudio técnico se hizo caso omiso de ello y se reseñó una superposición parcial, para luego sí adjudicárselo a otro solicitante, estima la Sala que no se dio tal violación, dado que, como lo explica la Sección de Ingeniería y Proyectos del Ministerio de Minas y Energía, para la fecha de presentación de la solicitud 16570, es decir, el 24 de agosto de 1992, la Licencia No. 7061 tenía una extensión de 495 hectáreas y, por consiguiente, a la solicitud del demandante no le quedaba área libre, puesto que además se superponía totalmente al contrato No. 7715 y a las licencias 13788 y 15256, sin contar con la superposición parcial al área declarada como reserva ecológica. La Sala encuentra lógica la explicación que ofrece la apoderada del Ministerio cuando anota que si bien es cierto que la devolución de la zona que hizo la Licencia 7061, correspondía al área en que se superponían las zonas de los demandantes, no deja de ser cierto también, que al efectuarse la devolución de la zona, el estudio técnico ya se había realizado y, por tanto, al hacerse un nuevo estudio de otras solicitudes, para éstas ya se encontró la zona libre y por eso se adjudicó.

13. Respecto de la violación del artículo 1o. numeral 6 de la Ley 57 de 1987, en concordancia con el artículo 115 de la Constitución Política, por cuanto el ministro o su delegado asumió las veces de gobierno y se abrogó una competencia que solo le corresponde al presidente y al ministro, o al presidente y al director del departamento administrativo, observa la Sala que conforme al artículo 9o. del Código de Minas (Decreto 2655 de 1988), el Ministerio se encuentra legalmente facultado para señalar zonas

restringidas para la minería. Cabe advertir que igualmente las resoluciones números 3-0549 y 3-0551, modificadas por la cuestionada 3-1608, también fueron dictadas por el Ministro de Minas, sin que las mismas por tal motivo sean objeto de reproche por parte de los demandantes.

13. En conclusión, considera la Sala que con respecto a la solicitud de inaplicabilidad de la Resolución No. 3-1608 de 31 de agosto de 1992, no hay lugar a acceder a ella, por cuanto tal inaplicabilidad resulta de un criterio de interpretación estrictamente jurídico, no sometido a razonamientos de hecho y de carácter eminentemente técnico, como sucede en el *sub-júdice*. Igualmente cabe señalar que bien podían los interesados, si consideraban que había fundamento legal y jurídico para hacerlo, demandar la nulidad de la mentada resolución, en acción separada, desde luego, de la de nulidad con restablecimiento del derecho que aquí se ejercitó. Se anota así mismo, que por virtud de la presunción de legalidad propia de los actos administrativos, la Resolución No. 3-1608 de 1992 conserva su vigencia hasta cuando sea anulada o revocada.

Ahora bien, si se tiene encuenta que la nulidad de las Resoluciones Números 6-0026, 6-0027 y 6-0028 encuentran su fundamento en la inaplicabilidad de la Resolución 3-1608 de 1992, a la cual no se accede, se impone concluir que por este aspecto no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones de los demandantes. De otra parte, estima la Sala que los actores no desvirtuaron la presunción de legalidad de los actos acusados, ni se acreditó tampoco la pretendida violación de las disposiciones constitucionales y legales relacionadas en la demanda, como se estableció con los razonamientos que sobre el particular anteriormente se hicieron en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de acuerdo con el concepto de la señora Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

DENIÉGANSE las peticiones de la demanda.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE. PUBLÍQUESE en los Anales.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Presidente de la Sala

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

JUAN MONTES HERNÁNDEZ

JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA

LOLA ELISA BENAVIDES LÓPEZ
Secretaria

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA/PRINCIPIO DE DERECHO/RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO/DAÑO ANTIJURÍDICO/DAÑO-Imputación/***ACTIO IN REM VERSO***

La Sala, de tiempo atrás, ha utilizado el principio del no enriquecimiento sin causa como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en casos como el que aquí se juzga, siempre y cuando se reúnan exigencias tales como la existencia de un enriquecimiento de la entidad pública y un correlativo empobrecimiento del demandante que carezcan de causa jurídica, la buena fe en la actuación y en la inexistencia de otra acción que permita reclamar la indemnización por el menoscabo patrimonial sufrido. Sobre estas bases se ha edificado la procedencia de la actio de in rem verso. Siendo, como es, un principio general, su inserción en un código de aplicación restringida (artículos 1o. y 22 del Código de Comercio), no puede generar el efecto de disminuir su generalidad o de restringir su campo de aplicación; no tendría ninguna lógica sostener que en las relaciones comerciales está prohibido el enriquecimiento injusto pero que dicha prohibición no rige en otros campos relacionales de naturaleza civil o administrativa. Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo al Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes en la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que

se deriva del nexo causal. Muestra lo anterior que bajo cualquier clase o régimen de responsabilidad patrimonial del Estado o de las personas jurídicas de derecho público, es menester que estén presentes estos elementos: la acción o la omisión de la entidad estatal; el daño antijurídico; el nexo de causalidad material y el título jurídico de imputación.

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

Consejero Ponente: Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ.

Referencia: Expediente No. 8118. Actor: SOC. CONSTRUCTORA CÁRDENAS Y AMAYA LTDA. Demandado: "SENA" REGIONAL DE CUNDINAMARCA.

Se decide el recurso de apelación propuesto por la Sociedad actora en contra del fallo pronunciado por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el 8 de octubre de 1992, por cuya virtud se decidió:

"PRIMERO.- Declárase que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA–, Regional Bogotá y Cundinamarca, se enriqueció sin justa causa, a consecuencia de la ejecución de obras adicionales al Contrato No. 002527 del 12 de noviembre de 1987 efectuadas por la Sociedad "CONSTRUCTORA CÁRDENAS Y MAYA CARMA LTDA.".

"SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración anterior, condénase al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA–, Regional Bogotá y Cundinamarca, a pagar a la Sociedad "CONSTRUCTORA CÁRDENAS Y MAYA CARMA LTDA.", la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS UN MIL SEISCIENTOS PESOS ($2'601.600.oo) M/CTE., que se actualizarán con base en los índices de precios al por mayor que certifique el DANE y según lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

"TERCERO.- Para el cumplimiento de este fallo se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A. Las sumas reconocidas devengarán intereses comerciales corrientes durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y comerciales moratorios desde el vencimiento de este término y hasta su cancelación.

"CUARTO.- Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

"QUINTO.- Declárase probada la objeción al dictamen pericial. Los peritos restituirán los honorarios recibidos por concepto del mencionado dictamen, en los términos del inciso cuarto del artículo 239 del C. de P.C.

"SEXTO.- Si no fuere apelada esta sentencia, consúltese con el superior."

ANTECEDENTES

1.- El 28 de marzo de 1989, en ejercicio de la acción prevista por el artículo 86 del C.C.A., la Sociedad CONSTRUCTORA CÁRDENAS Y MAYA CARMA LTDA., demandó al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE–SENA–, Regional de Bogotá y Cundinamarca, formulando estas pretensiones:

"1o. Que se declare que la Sociedad Constructora Cárdenas y Maya Carma Ltda., ha construido la obra civil identificada como la elevación de la estructura del tanque elevado de almacenamiento de agua de 40M³ en cinco metros más de lo acordado, sin que hubiere tenido pago alguno por este concepto, de parte del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, Regional Bogotá y Cundinamarca, el cual se ha beneficiado injustificadamente con la obra construida.

"2o. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, Regional Bogotá y Cundinamarca, al pago de los costos de dicha obra, según el dictamen pericial que para el efecto de realice.

"3o. Que se actualice el valor de la condena a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor o al por mayor, al tenor del artículo 178 del C.C.A., para el período comprendido entre la fecha en que se construyó tal obra y la fecha en que se produzca el pago efectivo de la condena.

"4o. Que se condene al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Regional Bogotá y Cundinamarca al pago de la indemnización de los perjuicios causados, a la sociedad demandante.

"5o. Que por concepto de indemnización del lucro cesante, se condene al Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, Regional Bogotá y Cundinamarca, al pago de intereses comerciales sobre el costo de las obras realizadas, actualizando para el período comprendido entre la época de su realización y la fecha del pago efectivo de la condena.

"SUBSIDIARIA: Que para indemnizar el lucro cesante se condene al Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, Regional Cundinamarca, a pagar intereses sobre el valor del producido de la venta actualizado, entre el período comprendido entre la época en que se efectuó la venta y la fecha del pago efectivo, a la tasa que se determine como aquella que compense plenamente el perjuicio consistente en no haber recibido en la oportunidad prevista los ingresos provenientes de la venta y, consecuentemente, en no haberle podido dar a tales dineros una destinación productiva.

"6o. Que se condene al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, Regional Bogotá y Cundinamarca, al pago de los costos del juicio y las agencias en derecho en la cantidad que determine esa Corporación.

"7o. Que para el caso de que el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, Regional de Bogotá y Cundinamarca, no diere cumplimiento inmediato a la sentencia, se le condene al pago de los intereses sobre el monto de la condena líquida, señalados por el artículo 177 del C.C.A."

2.- Los hechos invocados por la actora son, en síntesis los siguientes :

a.- El 12 de noviembre de 1987, el demandante firmó con el SENA el contrato No. 002527/87 para la construcción de una planta de tratamiento y obras civiles que incluyeron la construcción de bases de concreto y un tanque con capacidad útil de 40M^3, altura total de 8M y una capacidad portante del terreno informada de 0.92 Kg/cm^2.

El contrato quedó legalizado el 17 del mismo mes.

b.- Retardos administrativos dilataron la firma del contrato y la entrega del anticipo, hecho éste que ocurrió el 21 de enero de 1988, fecha en que dio inicio a la obra.

c.- "Después de recibir el anticipo y al iniciar las obras, la interventoría transmitió a la sociedad constructora el interés del Sena de utilizar la conducción existente del sistema de bombeo actual, para el suministro por gravedad desde el tanque elevado, y por tanto se consideró oportuno hacer la revisión de los planos existentes de dicha conducción.

"Al calcular las pérdidas que se producían en la red por causa de su extensa longitud, de la cantidad de accesorios, de las pendientes a utilizar, del diámetro de las tuberías y del tipo de materiales, se encontró que la altura total necesaria en función de cálculo hidraúlico, debía de ser de 13M.

"En consecuencia de lo anterior se acordó la suspensión del contrato..."

d.- Estos cambios "...dieron lugar a importantes modificaciones en las características de la construcción, por aumento en la profundidad de cimentación, por el aumento de las secciones de concreto y cuantías de acero estructural en cimentación y en altura, justificadas además por el verdadero esfuerzo del terreno menor que el utilizado en el prediseño". Todo esto supuso la modificación en los costos, de lo cual se advirtió al SENA, quien confirmó la existencia de dineros para cubrirlos, y, en consecuencia se suscribió el acta de reiniciación de la obra el 14 de junio de 1988.

e.- El contratista avanzó en la construcción de la obra mientras se daban los pasos necesarios para la legalización de la obra adicional y se suspendió nuevamente el 25 de julio de 1988.

f.- "El día 26 de julio de 1988, se firmó el acta de convenio mediante la cual se autorizaron las obras adicionales, por el valor de la cotización efectuada por el contratista.

"El día 3 de agosto de 1988, se suscribió el acta de recibo parcial de obra No. 1, en el cual se dejó constancia de que, "se incluyen las obras realizadas con construcción del tanque de almacenamiento de agua a una altura total de 8M. De acuerdo con la propuesta

técnica de julio 27 de 1987 y que hace parte del contrato, quedando pendiente de recibo y pago las obras adicionales necesarias para elevar el tanque a una altura de 13M. De acuerdo con la propuesta presentada al SENA en febrero de 1988, en trámite de legalización."

"Se puso en evidencia la buena fe y la diligencia del contratista en la ejecución de las obras, como expresamente lo reconoce el Sena en el acta final de obra.

"Valga agregar, que durante la ejecución de las obras han pasado por este regional del Sena 3 Gerentes Regionales y 4 Jefes del Departamento de Construcciones.

"Los anteriores hechos fueron expuestos ante la Gerencia de la Regional del Sena en reiteradas ocasiones. Finalmente en respuesta a las solicitudes de mi poderdante, uno de los tantos Gerentes de la Regional, el Dr. Gonzalo Sánchez Romero, manifestó en escrito No. 80467, cuya copia se adjunta a la presente demanda, la imposibilidad del Sena de pagar al contratista los costos derivados de las referidas obras.

"Las razones aducidas por el señor Gerente, Gonzalo Sánchez Romero, tienen su fundamento en el artículo 58 inciso 3o. del decreto 222 de 1983, que hace imposible la ejecución de un contrato adicional hasta tanto éste no se encuentre perfeccionado, por lo cual tan solo a partir de ese perfeccionamiento podría ejecutarse el contrato. Como conclusión de lo anterior el SENA expresó que "ninguno de los requisitos de ley se cumplieron. No desconozco sus derechos por cuanto usted (el contratista) ha ejecutado una obra que beneficia a la entidad, pero desafortunadamente las normas me impiden su legalización a posteriori so pena de ser responsabilizado por violación de la ley".

"Finalmente, debe destacarse que el SENA no ha desconocido la ejecución de la obra de que trata esta demanda, ni tampoco el hecho de que el contratista tenga derecho a una compensación, dado que los beneficios para la entidad con los trabajos realizados por Constructora Cardenas y Maya Carma Ltda., son reales".

Las peticiones se fundaron en la aplicación del principio del no enriquecimiento sin causa.

3.- En la contestación de la demanda el SENA se opuso a las pretensiones, puesto que su actuación estuvo conforme con la ley y con las cláusulas del contrato No. 2527 del 12 de noviembre de 1987; aceptó algunos de los hechos y dejó el resto a las resultas de la prueba; agregó que el valor inicial del contrato se estipuló en $11'452.200 pero el 22 de noviembre, fecha en la que se aprobaron las garantías, se reajustó en $2'154.158.82.

Las obras adicionales requerían de la celebración y perfeccionamiento de un contrato adicional que no se hizo y, por consiguiente, el contratista se debió sujetar al contrato 2527.

El contratista había formulado su propuesta para la realización de las obras adicionales, por valor de $2'168.000; sin embargo en la demanda está reclamando

$5'100.000, olvidando que el SENA jamás exigió la ejecución de obras sobre un contrato no perfeccionado.

4.- La etapa probatoria se desarrolló sin contratiempos ; el SENA objetó, por error grave, el concepto pericial, y, durante el traslado de rigor, alegó el apoderado del actor. En su escrito estimó probados los supuestos fácticos y cumplidos los fundamentos jurídicos de la demanda.

También lo hizo el SENA para manifestar que "no está plenamente probada la realización de las obras adicionales", pues, "no hay prueba de la diligencia de entrega y recibo de ellas", ni de la liquidación del contrato.

5.- El *a-quo*, para decidir en la forma en que se consignó al iniciar esta providencia, registró los antecedentes del proceso, dedujo los hechos probados y concluyó:

> "La objeción al dictamen pericial habrá de prosperar y, en consecuencia, se ordenará a los señores peritos restituir el valor de los honorarios decretados en auto de 13 de junio de 1991 (fl. 136 C. Principal) y cancelados por la parte actora, según recibos que obran a folios 147 y 148 del cuaderno principal.
>
> "En efecto, para fines de determinación de los perjuicios, mal podían los señores peritos, sin incurrir en error grave, aplicar tasa de interés al capital ya indexado y mucho menos liquidar intereses comerciales sobre cifras que ya incluyen cifras comerciales y además indexadas, es decir, liquidar intereses sobre intereses indexados, volver a calcular el lucro cesante sobre la utilidad que reportaba el contrato celebrado, actualizar dicha suma y luego aplicarle índices de rendimiento financiero, para finalmente, agregar intereses moratorios. Las operaciones aritméticas practicadas en aplicación del criterio de los señores peritos para calcular el valor de los perjuicios, no solo extralimitan lo solicitado y decretado con relación a la determinación del perjuicio, sino que por sí mismas explican la razón para que una cifra inicial de $2'601.600 se traduzca al cabo de tres años, seis meses y diez días –término transcurrido entre el recibo final de obra y fecha de peritaje– en $31'187.627.58.
>
> "Apreciada la prueba allegada al proceso y efectuando su análisis en forma objetiva, razonada y comparativa para llegar a una conclusión dentro de lo razonable sobre los elementos de hecho (art. 187 C. de P.C.), habrá de accederse a declarar que el Servicio Nacional de Aprendizaje–SENA, Regional Bogotá y Cundinamarca– se enriqueció sin justa causa a costa de la demandante –Sociedad "CONSTRUCTORA CÁRDENAS Y MAYA CARMA LTDA."– y, en consecuencia, el primero deberá pagar a la segunda el valor de la obra adicional ejecutada sobre lo pactado en el contrato No. 002527/87, en cuantía total de $2'601.600.oo.
>
> "En efecto, se encuentra acreditado dentro del plenario que la Sociedad "CONSTRUCTORA CÁRDENAS Y MAYA CARMA LTDA.", presentó cotización

para la construcción de obras adicionales atinentes a la elevación del tanque de almacenamiento de agua de 8 a 13M, por un valor de $2'601.600.oo, y que la obra fue ejecutada por el mencionado valor, obra de la que se benefició y beneficia en la actualidad el SENA, sin que el mencionado valor haya sido cancelado a la primera, en ausencia de contrato adicional que ampare su reconocimiento y pago, como se desprende con absoluta certeza del acta de recibo final de obra y del oficio No. 80467 del 11 de noviembre de 1988.

"Lo anterior lleva a la Sala a concluir que se configuró un enriquecimiento o que se obtuvo una ventaja patrimonial por parte del SENA, representado en la mayor cantidad de obra ejecutada, en detrimento de la Sociedad Constructora, por cuanto ésta no obtuvo el reconocimiento y cancelación del valor de aquella. El desplazamiento patrimonial obedece a una única circunstancia o hecho, ejecución de obra por parte del sujeto activo que pretende el restablecimiento y recepción y disfrute de la misma por parte del sujeto frente a quien se pretende dicho restablecimiento.

"De otra parte, en el desequilibrio patrimonial mencionado hay ausencia de causa jurídica en defecto de contrato adicional o modificatorio al contrato de obra pública celebrado entre las partes que sustente las obligaciones correlativas entre ellas y, finalmente, la demandante carece de acción distinta a la propuesta –actio in rem verso– en el caso sub-exámine, precisamente por inexistencia del contrato adicional o modificatorio a que se ha hecho mención.

"La suma de $2'601.600.oo se actualizará a la fecha de ejecutoria de esta sentencia con base en la variación del índice de precios al por mayor que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE– por el período comprendido entre el 17 de noviembre de 1987 y la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Se toma la primera fecha en consideración de una parte, a la forma como la actora formula la respectiva pretensión y de otra, a que en ella se recibió por la Administración la obra ejecutada.

"Para la actualización del mencionado valor se tomarán como base los índices de precios al por mayor certificados por el DANE y como extremos de tal actualización el día 17 de noviembre de 1987 y la fecha de ejecutoria de esta sentencia, donde :

"VP = $\frac{S \text{ Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$

"VP = Valor Presente

" S = Suma a actualizar

" Índice Final: Certificado por el DANE sobre precios al por mayor a la fecha ejecutoria de esta sentencia.

" Índice Inicial: Certificado por el DANE sobre precios al por mayor del día 17 de noviembre de 1987.

"Siendo el objeto del enriquecimiento sin causa y, por tanto, el resultado de la actio in rem verso, el de reparar un daño, mas no el de indemnizar perjuicios, no procede ordenar el pago sino hasta concurrencia del monto del enriquecimiento obtenido por el demandado, razón para que no puede accederse a las pretensiones de condena al reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios."

6.- El actor expresó su inconformidad con estos argumentos:

a.- "Solicito que se declare NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE OBJECIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL y en consecuencia y además, se revoque la sentencia de primera instancia proferida el 8 de octubre de 1992, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca."

b.- Con fundamento en la sentencia de la Sala del 13 de marzo de 1988 (C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo), pide adicionar la providencia de primera instancia disponiendo el pago de:

"1o. El porcentaje correspondiente a la utilidad del contratista constructor, toda vez que en actividades comerciales nadie que se diga comerciante realiza obras gratuitamente, sin cobrar una utilidad. Esta utilidad corresponde al llamado A.I.U. o por lo menos al U. De esta sigla de ingeniería representativa de los "honorarios del constructor".

"2o. Los costos financieros en que incurrió la firma constructora, toda vez que no existía ni existe razón válida para que un particular financie por más de tres años las obras de la administración. Máxime que el perfeccionamiento del contrato adicional era responsabilidad del SENA y por ende su no perfeccionamiento fue culpa de esta misma entidad, quien por causa de los reiterados cambios de administración no lo hizo, pese a lo cual apuró al constructor para que realizara la obra pretextando luego que disposiciones legales ya le impedían legalizar la situación por ella ocasionada."

Con este propósito, pide el reconocimiento de los intereses comerciales y moratorios.

7.- El Procurador Décimo Delegado en lo Contencioso pide revocar el fallo apelado para denegar las súplicas de la demanda, por cuanto se debió ejercer la acción contractual y no la de reparación directa, sin que sea dable al juzgador enmendar este yerro.

LA SALA CONSIDERA:

Con una pequeña modificación en lo atinente a la liquidación de la condena, el fallo de primera instancia será confirmado por la Sala, dado que interpreta correctamente y con justicia los hechos alegados y probados en el proceso, les aplica la ley adecuada al caso y sigue, para tal aplicación, las directrices de la jurisprudencia.

El expediente revela estos hechos:

a.- Por invitación del SENA y previa presentación de cotización, esta entidad pública y la Sociedad CARDENAS Y MAYA CARMA LTDA, celebraron, el 12 de noviembre

de 1987, el contrato No. 002527 cuyo objeto se identificó como el "suministro, fabricación y montaje de una planta de tratamiento de agua y las obras civiles necesarias con destino al Centro Agropecuario de la Sabana en Mosquera Cundinamarca..." (cl. 1a.), por un valor de $11'452.200.00, pagadero el 50% en anticipo y el saldo mediante actas parciales y final de recibo de obra, cuya construcción se debía ejecutar en 60 días contados a partir de la fecha de pago del anticipo.

b.- Las pólizas de garantía fueron aprobadas por el SENA el 23 de Noviembre de 1987 (fls. 73) y la obra se inició el 21 de enero de 1988 (acta de iniciación - fls. 92); sin embargo, en la misma fecha se decide suspenderla (acta de suspensión de obra No. 1 - fl. 35), aduciendo:

"– Cambios de especificaciones del tanque elevado en cuanto a la cimentación y altura definitiva.

"Este cambio de especificaciones se hace teniendo en cuenta el estudio de suelos real y las pérdidas de energía a través del sistema de conducción existente en el Centro.

"– El acta de reiniciación se hará una vez se tengan los planos definitivos."

c.- El 14 de junio de 1988 se reinicia la construcción de la obra (acta de reiniciación de obra No.1 - fl. 36), "...teniendo en cuenta que los correspondientes planos y especificaciones en cuanto a nueva cimentación y altura ya fueron recibidos por el Departamento de Construcciones, en consecuencia las causas que motivaron la suspensión dejan de tener efecto.

"La nueva fecha de entrega definitiva de la obra será el día 12 de agosto de 1988."

d.- El 25 de julio de 1988 se suscribe una "acta de convenio y autorización de obras adicionales" en la cual se conviene y autoriza "...la ejecución de la obra adicional que a continuación se detalla:

"ÍTEM	DESCRIPCIÓN	UNID.	CANT.	VR.UNITARIO	VR.TOTAL
1.	**Elevación de la estructura del tanque elevado de almacenamiento de agua de 40M³ en cinco (5) metros adicionales a lo acordado.**				
	Altura inicial de 8 mts.				
	Altura final 13 mts.	**GL**	**1**	**2.168.000**	**2.168.000**
	Subtotal				**2.168.000**
	A.I.U.				**433.600**
	Valor total de la obra adicional			**2.601.600**	

"Esta obra adicional tuvo objeto, al hacer el estudio real de ingeniería hidráulica sobre la ley de distribución existente, encontrándose que las pérdidas de presión debidas a la longitud total de la tubería y accesorios suman 11.50 mts; obligando para que el sistema trabaje a gravedad, tener una cabeza de presión de 13 metros, la altura inicial del tanque elevado está contratada en ocho (8) metros.

"En la misma fecha la obra queda suspendida indefinidamente, pendiente de la "Aprobación y legalización de las obras adicionales expuestas en el acta de convenio y autorización de obra adicional".

e.- El 3 de agosto de 1988 se suscribe el acta de recibo parcial de obra No.1, en la cual "Se deja constancia que en la presente acta se incluyen las obras realizadas en construcción del tanque de almacenamiento a una altura total de 8 mts. de acuerdo a la propuesta técnica de julio 27 de 1987 y que hace parte del contrato, quedando pendiente del recibo y pago las obras adicionales necesarias para elevar el tanque a una altura de 13 mts. de acuerdo con la propuesta presentada al SENA en la comunicación CM 676/88 de febrero 22 de 1988 y en trámite de legalización". (Subraya la Sala)

f.- El 17 de noviembre de 1988 se elabora el "acta de recibo final de obra", en la cual se dijo:

"También se deja constancia en la presente acta que el Contratista obrando de buena fe ejecutó obra adicional por un valor de $2'601.600,oo, obras adicionales necesarias para elevar el tanque a una altura de 13M. de acuerdo con la propuesta presentada al SENA en la comunicación CM 676/88 de febrero 22 de 1988". (Subraya la Sala)

g.- El 11 de noviembre, en oficio que se recibió el 15, el Gerente Regional del SENA se niega a suscribir un contrato adicional sobre "unas obras que realmente ya han sido ejecutadas". (fls. 51 y 52).

Los hechos descritos muestran con claridad que existió un desplazamiento patrimonial de la sociedad actora hacia el SENA, consistente en la construcción de unas obras adicionales, cuyo pago no fue posible por la no suscripción del contrato adicional correspondiente y la no previsión del contrato original sobre el particular; tal fenómeno generó, por acrecimiento, un incremento en el patrimonio de la entidad pública y un empobrecimiento correlativo de la sociedad actora.

La misma relación indica que la conducta de la demandante al realizar la aludida construcción adicional estuvo asistida de la más absoluta buena fe y con el exclusivo propósito de cumplir adecuadamente sus obligaciones contractuales.

La sociedad actora, finalmente carecía de acción distinta para reclamar la disminución patrimonial que se había operado en su contra.

La Sala, de tiempo atrás, ha utilizado el principio del no enriquecimiento sin causa como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en casos como el que aquí

se juzga, siempre y cuando se reúnan exigencias tales como la existencia de un enriquecimiento de la entidad pública y un correlativo empobrecimiento del demandante que carezcan de causa jurídica, la buena fe en la actuación y la inexistencia de otra acción que permita reclamar la indemnización por el menoscabo patrimonial sufrido. Sobre estas bases se ha edificado la procedencia de la *actio in rem verso.*

Obviamente, el no enriquecimiento sin causa que sirve de fundamento a la acción, es un principio general del derecho cuya aplicación en nuestro ordenamiento se realizó, por vía jurisprudencial a través del artículo 8o. de la Ley 153 de 1887 que prescribe:

"Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, y las reglas generales del derecho". (Se subraya).

Quienes han visto en estas reglas generales una exclusiva creación jurisprudencial y, por lo tanto, un desbordamiento de la Constitución Política cuando se trata de aplicarlos judicialmente por cuanto "los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley" y que "la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial", han recibido respuesta de la H. Corte Constitucional en fallo No. D-665, del 1o. de marzo de 1995, en el cual –con Ponencia del Magistrado CARLOS GAVIRIA DÍAZ– declaró exequible el 8o. artículo de la ley 153 de 1887, con argumentos como estos:

> "c. Las reglas generales del derecho. Se dijo un poco más arriba que cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que si lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía legis, y se la contrasta con la analogía juris en la cual, a partir de las diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.
>
> "Es claro que la segunda modalidad comporta un proceso más complejo, laborioso intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un más elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de las cuales comprende la situación sub.júdice) y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: Explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.
>
> "Que a los principios así extraídos se les denomine reglas no constituye una audacia del legislador colombiano de 1987. Tal nombre pertenece a la más pura tradición

del derecho occidental en su raíz romana. Así lo ilustra, con rigurosa documentación, el profesor Hernán Valencia Restrepo en su valioso trabajo sobre los principios generales del derecho. A propósito de la asimilación hecha por el jurista preclásico Antiscio Labeón (año 45 a.C.) del término regla de la norma, escribe: "Se debe aclarar que la...sinonimia (regla = norma jurídica) no constituyó novedad alguna, en cuanto a la significación estrictamente jurídica, porque la regla desde siempre se había considerado extraída del derecho vigente, del derecho positivo y, por lo consiguiente, parte integrante de éste, es decir, norma jurídica." (subraya la Corte). Y para ilustrar mejor su aseveración cita la definición de regla dada por Paulo: "la regla es una proposición que expone brevemente el derecho vigente. No se toma el derecho vigente de la regla sino la regla del derecho vigente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las normas vigentes y, como dice Sabino, es como un resumen del derecho, que si falla en algo resulta inútil". (Subrayas fuera del texto).

"Y más adelante agrega: "La antecedente interpretación se confirma con la de los glosadores (siglos XII y XIII), para quienes la definición de regla del Digesto ('la regla es como un resumen del derecho vigente'), patentiza que es una generalización inducida de los casos singulares: la regla reduce varios casos a uno. "...si las reglas son generalizaciones inducidas de los casos resueltos por las normas particulares del derecho vigente, fuerza es concluir que tienen la misma naturaleza jurídica de las normas de las cuales son extraídas. Más escuetamente, las reglas son normas jurídicas como lo son las normas particulares que han resuelto los casos. (Subrayas de la Corte). Claro está que en nuestro derecho, como en el de los países europeos donde se cumplió el fenómeno de la recepción, al sustituirse las normas generales al casuismo, es a partir de ellas que se lleva a término la inducción que concluye en la formulación de la regla.

"Y por el profesor Joaquín Arce y Flórez-Valdés al exponer la tesis que se viene sustentando, escribe: "...los principios generales del derecho equivalen a los principios que informan el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos se inducen, por vía de abstracción o sucesivas generalizaciones, del propio derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquellos lo que anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho".

"A su turno el publicista y jusfilósofo argentino Genaro R. Carrió, al formular ciertos reparos a Ronald N. Dworkin, para mostrar que lo que éste llama "principios" es reductible, finalmente, a reglas (normas positivas) del ordenamiento, dice: "...No existe la pretendida 'diferencia lógica' entre las reglas jurídicas (entendidas aquí como normas) y las pautas del tipo de la que expresa que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión..."(que Dworkin considera un principio no reductible a norma).

"El test final y definitivo que permite establecer si una "regla general de derecho" (denominada a veces "principio") es o no parte del sistema positivo, consistente

en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos, si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento. Por eso concluye Carrió: "Nada hay en la noción de una regla de reconocimiento que obste a que una pauta del tipo de la que dice que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión sea una regla del sistema si satisface los requisitos establecidos en aquella regla última".

"Todo lo anterior puede ilustrarse con un ejemplo, referido a nuestro ordenamiento. Se pregunta: ¿Hace parte del derecho colombiano la regla nemo auditur propriam turpitudinem allegans?. Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿Significa eso que no hace parte de él y, por tanto que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático?. No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen:

"No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la carta del 91, impone la buena fe como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir el –primero– la repetición de lo que se ha pagado "por un objeto o causa ilícita a sabiendas", y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquel empleo dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquella en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlo, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe.

"Pues bien: de esa y otras disposiciones del ordenamiento colombiano, es posible inducir la regla "nemo auditur..."que, como tal, hace parte de nuestro derecho positivo y, específicamente de nuestro derecho legislado. Por tanto, el juez que la aplica no hace otra cosa que actuar, al caso singular, un producto de la primera y principal fuente del derecho en Colombia: La legislación.

"Sin duda alguna hay lógica en la ley 153 de 1887, pues sólo agotada la fuente principal autoriza para acudir a la subsidiaria. Por eso el artículo 13 dispuso:

"La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana constituye derecho, a falta de legislación positiva".

"Podría discutirse, en teoría, si tal disposición resulta compatible con la Carta del 91, pero esta Corporación puso fin a todo cuestionamiento sobre el punto, al declararla exequible en la citada sentencia C-224 de mayo de 1994. Está pues vigente en nuestro derecho la costumbre praeter legem como fuente formal subsidiaria y elemento integrador del ordenamiento. El juez que acude a ella, a falta de legislación, funda también su fallo en el derecho positivo, pero, esta vez, en una norma de carácter consuetudinario.

"Los principios generales extrasistemáticos. Pero ¿a qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del artículo 230 de la Carta del 91? A estas alturas, es preciso retomar algunas afirmaciones hechas atrás. Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y el Estado de Derecho, como exigencia de la filosofía del sistema debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión?

"No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr: el derecho natural, la equidad, los "principios generales del derecho", expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que, no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Según expresión afortunada de Carrió "pueden ser llamados principalmente jurídicos en cuanto se refieren a aquel (el derecho) pero no en cuanto partes de él", y añade: "el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor", o se incorporen al ordenamiento –agrega la Corte– por disposición del legislador."

En el caso particular, el llamado "principio" del no enriquecimiento sin causa, es una regla general de derecho que, incluso, está consagrada positivamente en el art. 831 del Código de Comercio, de la siguiente manera:

"Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas del otro".

Siendo, como es, un principio general, su inserción en un código de aplicación restringida (artículos 1o. y 22 del Código de Comercio), no puede generar el efecto de disminuir su generalidad o de restringir su campo de aplicación; no tendría ninguna lógica sostener que en las relaciones comerciales está prohibido el enriquecimiento injusto pero

que dicha prohibición no rige en otros campos relacionales de naturaleza civil o administrativa.

Por otra parte, cuando el artículo 95 de la Constitución Política señala que el respeto de los derechos ajenos es deber de toda persona, ha elaborado un marco jurídico de tan amplio contenido que en su interior cabe la responsabilidad de los particulares y notables títulos jurídicos de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado cuya consagración específica se encuentra, como es sabido, en el artículo 90 de la Carta Política. En la riqueza de esa preceptiva constitucional se destaca, para el caso que hoy se juzga, la prohibición del enriquecimiento injusto, cuya transgresión por una persona jurídica de derecho público hace que se le impute el daño antijurídico que la disminución patrimonial sufrida por la víctima supone.

No se podría entender de otra manera que la razón finalista de nuestro ordenamiento jurídico-político sea asegurar a los integrantes de la Nación, la convivencia, la justicia, la libertad y la paz como lo prescribe, de entrada, el preámbulo de la Constitución de 1991; ni que, entre los fines esenciales del Estado se cuente el de garantizar los derechos que el catálogo constitucional consagra; o que la razón de la existencia de las autoridades y de las instituciones estatales sea, entre otras, la de proteger los bienes, derechos y libertades de las personas residentes en Colombia (artículo 2o.), entre los cuales hay que subrayar aquí la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título (artículo 58).

Existe, pues, todo un complejo normativo integrado por principios y por preceptos constitucionales de los cuales emerge –como uno de sus fundamentos– una regla jurídica de justicia natural: la prohibición para enriquecerse injustamente a expensas de otro.

La justicia es, como se ha visto, uno de los esenciales propósitos de nuestra organización política y, por contera, de nuestro ordenamiento jurídico; a su realización contribuyen la totalidad de los organismos y de las instituciones del Estado; a la autoridad juridiscente corresponde al principalísimo papel de restablecer el principio de justicia cuando quiera que, vulnerado, se solicite su intervención.

La sola denominación "no enriquecimiento sin causa" o "no enriquecimiento injusto" es altamente sugerente de su contenido normativo integrador –como principio fundamento– de orden jurídico.

> "La justicia es –dice John Rawls– la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera, de igual modo, no importa que las leyes o instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos sea correcta por el hecho de que un mayor bien sea compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean

> sobrevalorados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Por tanto en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se toman como establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. La única cosa que nos permite asentir a una teoría errónea es la falta de una mejor; análogamente una injusticia sólo es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aún mayor. Siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la justicia no pueden estar sujetas a transacciones" (Teoría de la Justicia"–Fondo de Cultura Económica, págs. 19 y 20)

Y más adelante el mismo autor sostiene:

> "El sentido más específico que Aristóteles da a la justicia y del cual se derivan las formulaciones más familiares, es el de abstenerse de la pleonexia , esto es, de obtener para uno mismo cierta ventaja apoderándose de lo que pertenece a otro, sus propiedades, sus remuneraciones, su empleo o cosas semejantes; o negándole a una persona lo que le es debido, el cumplimiento de una promesa, el pago de una deuda, el mostrarle el debido respeto, etc." (ibídem pg. 27).

De consiguiente, sin quebranto alguna al mandamiento del artículo 230 de la C.N., y reunidas las exigencias para la procedencia de la actio de in rem verso, se debe confirmar la decisión del a-quo en cuanto declaró la responsabilidad patrimonial del –SENA– por haberse enriquecido sin justa causa a expensas de la actora.

La Sala estima conveniente, en aras de una mayor claridad de las proposiciones anteriores y para avanzar en el desarrollo interpretativo del artículo 90 de la Constitución Política, agregar estas breves reflexiones:

La jurisprudencia construida con tesón e inteligencia y de una manera prudente y progresista, por la Corte Suprema de Justicia –primero– y luego por el Consejo de Estado, determinó la existencia de regímenes de responsabilidad diversos según que su deducción estuviese o no condicionada por la presencia de la falla del servicio, y que su prueba fuese o no carga del actor.

Dentro de este marco, se detallaron los elementos cuya concurrencia resultaba indispensable para que la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado fuese procedente, según esos diversos regímenes, y las causales exonerantes para cada uno de ellos. Esa laboriosa construcción jurisprudencial permitió, al cabo de muchos años, la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extra contrato: es el artículo 90 de la Constitución Política vigente. De él, y concretamente de su inciso 1o., se deduce, como ya lo ha dicho la Sala en otras oportunidades, que son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo al Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.

La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.

La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal.

Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, "los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos" (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2o. del artículo 90 de la C. N. Y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C.N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95 No. 9 y 216 de la C. N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P. C.., 414 del C. de P.P. etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como éste del no enriquecimiento sin causa.

Muestra lo anterior que bajo cualquier clase o régimen de responsabilidad patrimonial del Estado o de las personas jurídicas de derecho público es menester que estén presentes estos elementos: la acción o la omisión de la entidad estatal; el daño antijurídico; el nexo de causalidad material y el título jurídico de imputación.

Prohija también la Sala los motivos que condujeron al Tribunal *a-quo* a declarar probada la objeción del dictamen de peritos, pues como lo precisa la sentencia impugnada la liquidación pericial no reviste seriedad alguna e incluso la versión –no contradicha– de la persona encargada de la vigilancia de las instalaciones del Jefe del Centro Agropecuario del Sena en Mosquera (fls. 144 y 150) deja serias dudas sobre la visita de los expertos al sitio de la construcción que constituye pilar fundamental de la experticia.

En punto a la cuantía de la condena hay que advertir al apelante que en la suma por él reconocida en el "acta de convenio y autorización de obras adicionales" (fls. 38), que es la misma reconocida por el Tribunal ya se había tomado en consideración el A.I.U. en la suma de $433.600; de modo que la reclamación carece de sustento.

Por consiguiente, la cuantía de la condena determinada en $2'601.600 se actualizará, de acuerdo con los índices de precios al consumidor, dando aplicación a la formula:

$$VP = Vh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}, \text{ es decir:}$$

$$VP = 2.601.600 = \frac{419.91}{76.84} = 14'217.046$$

Sobre la suma de $2'601.600.00 se liquidarán los intereses legales del 6% anual, entre el 17 de noviembre de 1987 y la fecha de esta sentencia, lo cual arroja un total por intereses de $1'152.950.00.

Ra= 14'217.046

La cuantía total de la condena asciende, por consiguiente a la suma de $15'369.996.00.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE el ordinal segundo del fallo apelado, el cual quedará así:

Condénase al SERVICIO DE APRENDIZAJE NACIONAL –SENA–, Regional Bogotá y Cundinamarca, a pagar a la Sociedad "CONSTRUCTORA CÁRDENAS Y MAYA CARMA LTDA." la suma de QUINCE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE. ($15'369.996,oo).

SEGUNDO: CONFÍRMASE en lo demás.

Expídanse copias a las partes por conducto de su apoderado (art. 115 del C. de P. C.)

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Presidente de la Sala

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA

LOLA ELISA BENAVIDES LÓPEZ
Secretaria

DICTAMEN PERICIAL-Error grave/**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATRO/ MULTA**-Oportunidad/**RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO/PRINCIPIO DE IGUALDAD/PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA/EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO/CONTRATO**-Modificación/**LICITACIÓN**-Finalidad

Por lo demás, también en torno de esta experiencia cabe señalar que es al juzgador a quien le corresponde calificar el comportamiento de las partes contratantes, así como el cumplimiento de cada una de sus obligaciones, con base desde luego en la información técnica suministrada por los peritos, la que puede no ser coincidente, sin que ello conduzca indefectiblemente a descalificar una peritación por error grave, entendido éste como aquella eqivocación que de no haberse presentado, otro hubiera sido el resultado o el sentido del respectivo dictamen. En realidad, si bien no existen coincidencias exactas entre las apreciaciones técnicas contenidas en las distintas experticias practicadas en este proceso, no encuentra la Sala razón valedera para explicar el incumplimiento de la firma actora. Debe entenderse que si aceptó de determinadas condiciones, si se sometió a las exigencias de la administración, si ofreció actuaciones, calidades y características acordes con lo solicitado por el INVAL, así mismo Estruco S.A., tenía que responder, ajustándose estrictamente a lo señalado en el pliego de condiciones, en la oferta y en el contrato correspondiente. Pasar por alto tal incumplimiento y aceptar la obra con el retardo que pretende la demandante, tendría consecuencias reprochables no solo en el caso examinado, sino en general en todas aquellas contrataciones en las cuales el adjudicatario de un contrato sin someterse a lo convenido, recibe los pagos correspondientes y

la obra más tarde o en otras condiciones, cuando en el trámite licitatorio quedaron vencidos otros concursantes por quien supuestamente acataría los términos del concurso y lo pactado en el contrato. Perdería su razón de ser, en tales condiciones, la adjudicación del contrato por licitación, si sus términos no van a tener estricto cumplimiento por parte del licitante favorecido. Se presenta en tales condiciones la violación del contrato no sólo por parte de la firma Estruco S.A., sino también por el INVAL, entidad que a causa de algunos incumplimientos, como los anotados, no satisfizo así mismo lo pactado en el contrato, situación mutua y recíproca, aún cuando en grado muy distinto, de incumplimiento contractual por ambas partes, que impide la prosperidad de las pretensiones de la empresa demandante, cuyas reclamaciones resarcitorias carecen de éxito por causa precisamente de su propio incumplimiento.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contecioso Administrtivo.- Sección Tercera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

Referencia: Expediente No. 10.129. Actor: ESTRUCO S.A. Demandado: INVAL.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 3 de junio de 1994, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO.- DECLÁRASE LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES G.G. 285 DE NOVIEMBRE 26 DE 1988 Y 014 DEL 8 DE FEBRERO DE 1989 QUE DECLARARON EL INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD ACTORA EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO No. 191 DE 1987.

"SEGUNDO.- COMO CONSECUENCIA DE LA ANULACIÓN DE LOS ACTOS IMPUGNADOS Y A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SE DEJA SIN EFECTO TAL DECLARATORIA Y LA MULTA QUE POR MORA LE FUE IMPUESTA, ORDENANDO ADEMÁS LA DEVOLUCIÓN DE LO PAGADO POR TAL CONCEPTO, QUE ASCIENDE A $97.640.341.oo, SUMA QUE SE AJUSTARÁ DE ACUERDO CON LO DICHO EN LA PARTE MOTIVA.

"TERCERO.- NIÉGANSE LAS DEMÁS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

"CUARTO.- DÉSE CUMPLIMIENTO A ESTA SENTENCIA EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 174 del C.C.A.".

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda.

La sociedad ESTRUCO S.A., en ejercicio de la acción contractual, en escritos presentados el 16 de junio de 1989 y el 14 de septiembre de 1990, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, demandó al INSTITUTO METROPOLITANO DE VALORIZACIÓN –INVAL–, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

En la primera demanda:

"1o. Que se decrete la nulidad de la Resolución G.G. 285 de noviembre 28 de 1988 y de la Resolución G.G. 014 del 8 de febrero de 1989, ambas dictadas por el Gerente General del INVAL, por las cuales se declaró que ESTRUCO S.A., había incumplido el Contrato 191 de 1987 por mora en la entrega de las obras y se le impuso multa equivalente al uno por mil del valor total final del contrato.

"2o. Que como consecuencia de la nulidad impetrada se deje sin efecto la referida declaratoria de incumplimiento de ESTRUCO S.A, y la multa que le fue impuesta, y se le restablezca en su derecho declarando que no hay lugar a declaratoria de incumplimiento por parte de ESTRUCO S.A, ni a sanción alguna en su contra en relación con la supuesta mora que se le imputa, ni al cobro de multa alguna a su cargo, y que en su lugar se ordene la devolución a favor de ESTRUCO S.A. de la cantidad de NOVENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS ($97.640.341.oo) que le fueron retenidos directamente por el INVAL a título de pago o compensación de la referida multa, dinero que le debe ser devuelto junto con sus intereses comerciales corrientes conforme a lo previsto en el art. 140 del C.C.A, desde su retención y hasta la fecha de su devolución".

Solicitó así mismo la suspensión provisional de los actos acusados, por considerarlos manifiestamente violatorios de las disposiciones legales relacionadas en la demanda.

En la segunda demanda:

"1. Que conforme a los hechos que sustentan esta demanda se declare que el INVAL violó e incumplió el contrato distinguido con el No. 191 de 1987, y sus convenios adicionales, relativo a la construcción del puente elevado en la Avenida Bolivariana y vías a nivel de Bulerías, Obra 362.

"2. Que como consecuencia de la declaración anterior igualmente se declare que el INVAL es responsable de los perjuicios padecidos por ESTRUCO S.A, según lo expuesto en los hechos de la demanda.

"3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al INVAL a pagar a ESTRUCO S.A, la indemnización correspondiente a los perjuicios

materiales (daño emergente y lucro cesante) que le fueron causados con ocasión del referido incumplimiento, condena por los conceptos y las sumas que a continuación se expresan, las cuales están actualizadas a febrero de 1989, o en su defecto por las cantidades que se demuestren en el proceso:

"3.1. $12.043.490 por concepto de reajustes.

"3.2. $37.381.367 por concepto de sobrecostos en vías a nivel y terraplenes.

"3.3. $12.261.367 por concepto de A.I.U. no recobrado en los capítulos V, VII, X y XI.

"3.4. $173.529.390 por concepto de otros sobrecostos en la ejecución de la obra, según lo explicado en los hechos de la demanda.

"4. Que, además de lo anterior, se condene al INVAL a pagar el valor de los ajustes y actualizaciones monetarias que conlleven a reconocerle a ESTRUCO S.A. la plena indemnización de los perjuicios que le fueron causados, ajustados a la fecha probable en que se vaya a efectuar el pago de los perjuicios que decrete la sentencia, para lo cual, previo dictamen pericial, la condena se efectuará por sumas liquidadas de moneda de curso legal en Colombia y su ajuste se determinará tomando como base el índice de precios al consumudor, o al por mayor, según lo previsto en el art. 178 del C.C.A.

"5. Que también se condene a la demandada a pagar el valor del lucro cesante de las citadas sumas actualizadas y ajustadas, consistente en los intereses bancarios corrientes hasta la fecha en que se estime se hará el pago por la demandada.

"6. Que a la sentencia se le de cumplimiento dentro del término de seis meses, según lo establecido en el art. 176 del C.C.A. De lo contrario se condene al INVAL a pagar intereses moratorios, equivalentes al doble del interés bancario corriente, sobre las sumas debidas a partir de la fecha de la mora".

2. Fundamentos de hecho.

Se resumen así en la sentencia recurrida:

"Entre las partes contratantes se celebró el contrato No. 191 de 1987, cuyo objeto era la construcción del Puente elevado y las vías a nivel en la Glorieta de Bulerías, Municipio de Medellín, convenio perfeccionado el 27 de noviembre de 1987.

El plazo para la ejecución de las obras se pactó en 210 días solares, contados a partir de la fecha del acta de iniciación de las obras, ésta última de fecha 28 de diciembre de 1987, donde se indicó que la iniciación de los trabajos lo era el 18 de diciembre del mismo año.

"Las partes, de común acuerdo, suspendieron el plazo del contrato desde el 28 de diciembre de 1987 hasta el 4 de enero de 1988 y a su vez se amplió hasta el 17 de septiembre de 1988.

"Antes de que se cumpliera tal día, Estruco formuló al Inval solicitud de ampliación de plazo y reconocimiento de extracostos, la que fue contestada y negada en forma tardía e injustificada; aduciendo que el retraso era imputable a incumplimiento de la firma contratista.

"Con posterioridad se celebraron diversas reuniones con el fin de solucionar el problema, sin que se lograre acuerdo alguno, toda vez que las ofertas hechas por la administración no satisfacian los reclamos del contratista.

"Resultado de todo lo anterior fue la expedición de los actos que aquí se demandan, que sancionan al contratista por incumplimiento del contrato y la negativa de la administración a indemnizar los perjuicios que causó y que impidieron la entrega oportuna de la obra por causas imputables a ella o ajenas al contratista mismo".

3. Fundamentos de derecho.

Con referencia a las resoluciones acusadas, estima que son violatorias de los artículos 1604 y 1609 del Código Civil, por cuanto el incumplimiento generador de multa debe obedecer a negligencia, culpa o dolo del contratista. De los artículos 71 del Decreto 222 de 1983 y 65 de la resolución No. 108 de 16 de noviembre de 1983, las cuales consagran que las multas deben ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra o pueda sufrir la entidad contratante. También las considera violatorias de los artículos 84 y 87 del C.C.A., dado que una vez expirado el plazo contractual, la administración pierde competencia para hacer uso de las potestades exorbitantes. Igualmente encuentra violados los artículos 2o. y 26 de la Carta Política, por haberse impuesto después de vencido el término del contrato, con desconocimiento del derecho de contradicción.

En cuanto concierne con la pretensión derivada del incumplimiento del contrato, relaciona como vulneradas las siguientes disposiciones: el Decreto 222 de 1983, en sus artículos 20, 21, 57, 58, 81 a 87, 287, 288, 289, 293 y concordantes; Resolución No. 108 de 1983, artículos 87, 135 a 184, 217, 218 y concordantes del C.C.A; y 17, 22 a 39, 54 y 55 del Decreto 2304 de 1989; 1498 y 1624 del C.C.; 830, 870 y 871 del C. de Co.; 7 de la ley 19 de 1982 y 14 de la ley 4a. de 1964.

Afirma que el contrato debe cumplirse de buena fe, sometiéndose a las cargas que se asumen y a un adecuado manejo de los poderes exorbitantes, pautas éstas que ha desconocido el Inval, hasta provocar el desquiciamiento del equilibrio económico financiero del contrato, el cual debe ser compensado por la administración.

3. Actuación procesal.

Las demandas fueron ambas admitidas y se notificó al ente público demandado. La suspensión provisional fue negada por el *a-quo*. Al contestar el primero de los libelos demandatorios, el INVAL aceptó algunos hechos, negó otros y los demás los dejó al resultado de las pruebas que se recaudaran. Similar actitud asumió frente al segundo libelo,

y además, pidió que se negaran las pretensiones de la actora, por cuanto el demandado dio cumplimiento a lo convenido. Por auto de 15 de abril de 1993, se dispuso la acumulación de los dos procesos que se venían tramitando. El 6 de junio de 1993 se intentó la conciliación, pero no se logró por la ausencia de los representantes de la entidad demandada.

En la oportunidad para alegar de conclusión, la entidad demandada adujo que las continuas interferencias en el desarrollo de la obra sólo pueden atribuirse a Estruco S.A,, dado que fue lo relacionado con los concretos la causa más importante del desfase de la obra por fallas en su resistencia, distintas de las determinadas en el pliego de condiciones. Fue pues una deficiencia técnica atribuible exclusivamente a la firma demandante la causa del incumplimiento del plazo convenido y ampliado, la que llevó, de otra parte, a descuidar otros aspectos del contrato. Por tal razón el Inval aplicó lo pactado en el contrato "ya que las continuas solicitudes de prórroga eran una burla para la ciudadanía y la institución, ya que con ellas se estaba tratando de resolver otro incumplimiento de la contratista: El no establecimiento de la DOBLE JORNADA LABORAL a que se comprometió". Anota igualmente que con referencia a la "INTERFERENCIA POR LA CONSTRUCCIÓN DE LA RASANTE", esta es apenas una muestra de la forma como se ha manejado el asunto para obtener una declaratoria de responsabilidad, cuando lo cierto es que el cambio de diseño fue de más o menos, pues el cambio que se autorizó era de menores especificaciones y complejidad que el original, suficiente para disminuir en veinte días solares la ejecución de la obra. Por último, señala cómo de una parte se pide la nulidad de las resoluciones que impusieron las multas, por ser extemporáneas, en tanto que, de otra, se pide que se declare una mayor permanencia en la obra, con lo que se "retomaría la vigencia del acuerdo y otorga piso a la imposición de las multas".

La parte actora advierte que en relación con la imposición de las multas ya se tramitó un proceso referente precisamente a la sanción pecuniaria aplicada por la mora en la designación de un director de obra en el mismo contrato que originó la presente actuación. Por tal razón estima que los planteamientos jurisprudenciales contenidos en las sentencias de primera y segunda instancia resultan igualmente aplicables al *sub-júdice*. Así, pues, hace referencia a los puntos de extemporaneidad de la multa y falsa motivación y/o desviación de poder, respaldado en los fallos de 26 de julio de 1991 del mismo Tribunal y de esta Sala, fechado el 3 de diciembre de 1992; actor: Estruco S.A., con ponencia de quien elabora el proyecto de esta providencia, en los cuales se declaró la nulidad de las resoluciones que extemporáneamente impusieron una multa a la sociedad demandante.

Con respecto a la demora atribuida a la empresa actora, aduce su apoderado que de los dictámenes periciales reunidos, "resulta que 99 días del retardo no fueron responsabilidad de ESTRUCO S.A." Que conforme al dictamen de los doctores Beatriz Duque y Francisco Bravo, se concluye que "en total se presentaron (sic) demora en la ejecución de las obras no imputables a ESTRUCO S.A. por espacio de 148 días, de los que al restar el tiempo correspondiente a la ampliación del plazo concedido por el INVAL, deja un saldo

sanción, por cuanto se multó a la contratista por una mora causada en su gran mayoría por el INVAL o por fuerzas ajenas a la demandante.

Argumenta también el apoderado de la demandante que hubo desproporción en el valor de la multa, frente al contrato y a los perjuicios ocasionados. Que el propio INVAL al desatar el recurso de reposición consideró "que éste porcentaje es lesivo a los intereses económicos del contratista, desequilibrando la balanza financiera, este porcentaje ha de modificarse", modificación que de todas formas quedó al arbitrio de la Administración.

Cuestionó también el procedimiento y las cifras tomadas por los peritos para calcular la parte de la multa que debe ser devuelta a la empresa contratista, si es que no se ordena su total devolución por la anulación de los actos acusados.

En relación con los mayores costos ocasionados por la ejecución de las obras, debidos a fuerzas naturales como las lluvias; causados por terceros, como las interferencias de otros contratistas; y, otras por la irresponsabilidad de INVAL, tal como fue la autorización para el tensionamiento de las vigas, se remite el memorialista a los planteamientos de la demanda y anota que varios de los hechos relacionados en aquella sobre el tema fueron aceptados como ciertos. Se refirió de igual manera al dictamen de los peritos Pablo Agudelo y Martiniano Urrego, el cual había objetado por error grave, objeción que en parte corroboraron en segundo experticio los ingenieros Beatriz Duque y Francisco Bravo.

Con referencia al dictamen de estos últimos, no se muestra de acuerdo con la liquidación de los perjuicios por ellos efectuada, no comparte el procedimiento seguido para calcular, los sobrecostos por la mayor permanencia en la obra y cuestiona el interés del 6% anual calculado por los peritos, en lugar del interés corriente bancario. Criticó así mismo los reparos que formuló INVAL al dictamen de los peritos Duque y Bravo.

La sentencia recurrida.

Estudió el *a-quo* inicialmente lo relacionado con los dictámenes periciales rendidos en el proceso, los cuales fueron objetados por la sociedad demandante al estimar que aquellos adolecían de error grave. En cuanto a la experticia de los ingenieros Luis Yesid Arbeláez y Víctor Alonso Gómez D., y Pablo Agudelo Alzate y Martiniano Urrego, referente al concepto sobre la incidencia del alineamiento del eje principal del puente en la ejecución de la obra y la apreciación del problema relacionado con los concretos de las vigas, estima el Tribunal que coinciden en que el primer punto sí pudo influir en la ejecución de la obra y que la diferencia en el plazo asignado por los peritos no puede entenderse como un error grave, dado que no tiene mayor trascendencia. Con respecto a los concretos y construcción de las vigas, considera el *a-quo* que su efecto en el plazo del contrato es similar en ambas experticias y difieren sólo en cuanto la imputación que hacen del retardo, en razón a que unos lo atribuyen a la demandante, en tanto que los otros lo achacan en forma compartida. No encuentra aquí el Tribunal ningún error grave

otros lo achacan en forma compartida. No encuentra aquí el Tribunal ningún error grave y afirma que determinar la imputación del incumplimiento es tarea del Juzgador y no de los peritos.

Al referirse a la experticia de los ingenieros Agudelo y Urrego, precisa el *a-quo* que las diferencias no son esenciales, no son errores protuberantes o manifiestos. Con similares observaciones a las anteriores llega a la conclusión de que las objeciones por error grave no tienen prosperidad.

Menciona el juzgador de primera instancia la tacha por sospechosos formulada por la parte actora contra los testimonios de quienes laboraban con la empresa demandada. El Tribunal la desechó por considerarla vaga y falta de respaldo probatorio.

Al estudiar lo referente a la nulidad de las resoluciones acusadas, consideró el *a-quo* que las pretensiones de la demanda debían prosperar y para restablecer el derecho vulnerado había lugar a la devolución del valor de las multas, el cual había sido retenido directamente por la administración, cuyo monto ascendió en ese momento a la suma de $97.640.341.oo, ajustada conforme al artículo 178 del C.C.A., según los índices de precios del consumidor certificados por el DANE. En cuanto a los intereses comerciales corrientes solicitados, determinó el fallador de primer grado que no había lugar a ordenar su pago "ante la declaratoria de inexequibilidad parcial del artículo 140 del Código Contencioso Administrativo, hecha por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de julio 25 de 1991, expediente 2273, que incluyó el aparte que sirve de soporte a la pretensión".

Cabe señalar que el *a-quo* fundamentó la decisión comentada en los argumentos expresados por el Tribunal y por esta Sala al decidir un proceso similar, no idéntico, entre las mismas partes, del cual anteriormente ya se hizo mención.

Procedió luego al estudio de la pretensión de incumplimiento del contrato por parte de INVAL y la correspondiente indemnización de perjuicios. Advierte el juzgador *a-quo* cómo si la inejecución de una obra se origina en el desconocimiento de las pautas y normas contractuales, la posible variación de la ecuación económica del contrato deberá asumirla la parte que incumplió, precisamente por razón de tal incumplimiento. Se resalta en la sentencia impugnada, cómo dentro de las especificaciones técnicas se había establecido como factor de resistencia uniforme el equivalente a 5.500 psi a los 28 días del vaciado, a cargo, por supuesto, del contratista, como lo era también la planta de mezclas de la empresa demandante para la elaboración de los concretos. Se señaló en el contrato lo referente a las lluvias, situaciones emergentes, reconocimiento de la zona, planos, diseños, programa de trabajo, coordinación con otros contratistas, obras extras y adicionales. Se delimitó el objeto del contrato y en el pliego se precisó que los planos eran de licitación y se podían modificar, que las cantidades de obra podían variar y que los trabajos debían ejecutarse con suseción estricta a las especificaciones. En torno de estos puntos se presentó precisamente la controversia a decidir.

Estima el Tribunal que las condiciones señaladas para el desarrollo de la obra

mantener el tráfico en el sector por la confluencia de tantas e importantes vías y agilizar la culminación de la obra. Por ello se modificaron los pliegos con la presentación de dos alternativas con el uso de acelerantes y doble turno de trabajo. Así lo propuso la demandante y presentó un plazo de 210 días solares. Sobre este punto el a quo se remite y transcribe lo dicho por los peritos Paz y Ordóñez, para concluir que las condiciones eran suficientemente conocidas por el contratista y demás licitantes, que la demandante las aceptó al presentar su oferta y que resulta inaceptable que durante la ejecución de la obra se pretenda la variación de unas condiciones que por lo menos desde el punto de vista técnico pueden considerarse aptas.

Especial referencia se hace en la sentencia apelada al punto relacionado con los concretos, las vigas prefabricadas, su tensionamiento, transporte y carga, actividades éstas fundamentales en el desarrollo de la obra. Le correspondía al contratista el diseño de las mezclas y demás aspectos inherentes a las vigas, para conseguir la resistencia señalada en el pliego de condiciones, para lo cual la firma actora contrató al ingeniero Jesús Humberto Arango para que efectuara los ensayos de control de calidad de los concretos y prestara la asesoría necesaria en esa materia profesional éste, quien en extensa declaración deja entrever que fue por causa de Estruco S.A., que se presentaron dificultades de orden técnico con las mezclas de concreto al no lograr las resistencias especificadas en los plazos estipulados. Complementan probatoriamente dicha conclusión, el testimonio del ingeniero Julio López de Mesa y los dictámenes periciales.

Pericialmente también encontró probado el *a-quo* que la sola operación de tensionamiento de las vigas, aplazada por INVAL no interfirió la ejecución de las obras, como tampoco le pareció al Tribunal que las exigencias sobre el transporte de aquellas fuera irrazonable. Concluye el Tribunal que las obligaciones contraídas por el contratista debían cumplirse de acuerdo con las especificaciones, que lo referente a las resistencias exigidas no obedeció a fuerza mayor, hechos imprevistos o imprevisibles, que llevaran a la administración a asumir las consecuencias, sino que ello obedeció a hechos que le son imputables a la firma actora, cuyo incumplimiento no encuentra ninguna justificación frente a lo pactado y que "de ser asumido por la administración implicaría una violación del principio de la igualdad en la licitación".

Anota así mismo el fallador *a-quo* que el desfase en el tiempo programado para construcción de las vigas y las actividades posteriores, tales como el tensionamiento y transporte fue de aproximadamente 4 meses y que la aceptación de las vigas se dio luego de vencido el término pactado para la ejecución de las obras. Adicionalmente se refiere el Tribunal al incumplimiento de la doble jornada o turno diario que había ofrecido la empresa contratista, así como a la oferta no cumplida de la instalación de su propia planta de mezclas para elaborar los concretos requeridos.

Señala igualmente el *a-quo,* cómo existían otras actividades que bien se hubieran podido desarrollar paralelamente con la de los concretos sin que éstos impidieran ejecutar las labores sobre las vías a nivel. Anota así mismo que se dieron hechos por parte del

INVAL que no tuvieron incidencia en la obra por cuanto no afectaron el plazo pactado, se hallaban dentro de las facultades de la interventoría o se trataba de cuestiones constructivas de responsabilidad del contratista.

Advierte, además el *a-quo*, que el 31 de mayo de 1988 a solicitud del contratista se amplió el plazo en 51 días solares, hasta el 17 de septiembre de dicho año, por haberse presentado: la aclaración del alineamiento horizontal del proyecto vial, el desvío del alcantarillado de aguas negras, el desmontaje y montaje del equipo de pilotaje, la redistribución del herraje de la viga cabezal de la pila 9, el desvío de cobertura de la quebrada La Matea y fugas y daños en el acueducto. Cuestiona el fallador de primera instancia el comportamiento de la firma demandante por pretender, sobre los mismos puntos anteriores, basar en parte sus pretensiones. Al referise a las lluvias se expresa en la sentencia que las mismas no tuvieron las características de anormalidad e imprevisibilidad que la actora les atribuye. Estima el juzgador que las mismas pueden tomarse como imprevisto de común ocurrencia en la construcción de las obras públicas.

Pero, de otro lado, sostiene el Tribunal que INVAL también incumplió parte de sus obligaciones contractúales, al no hacer entrega oportuna de algunos predios, al no tener suficiente información sobre las redes de las Empresas Públicas de Medellín, los daños causados por éstas en los trabajos, interferencias, la excavación de la pila No. 5, y el empalme del estribo No. 1 etc., según lo expresaron los peritos.

Estima el Tribunal que en las anteriores condiciones, "donde el incumplimiento, en principio, puede calificarse como recíproco, la pretensión se enerva en virtud de que nadie puede reclamar indemnización cuando a su vez ha omitido su cumplimiento, lo ha hecho defectuosamente o se es coautor de las consecuencias que generan los "perjuicios" reclamados". Recuerda que el mayor problema fue el de los concretos por causa de la firma contratista y, por consiguiente, no se podía condenar así a la demandada. Por último, no entiende el Tribunal por qué se reclama indemnización por mayor permanencia, cuando ese posible extracosto fue originado por el propio contratista.

RAZONES DE LA APELACIÓN

El apoderado de la sociedad actora interpuso recurso de apelación por cuanto en la sentencia impugnada no se tuvo en cuenta la actitud de la entidad demandada al no concurrir a la audiencia de conciliación y no justificar su ausencia, razón por la cual estima que hay lugar a tener por ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión.

Cuestiona igualmente el que no se hubiera condenado al pago de los intereses comerciales corrientes sobre el valor de la multa que se ordenó restituir y crítica la interpretación del Tribunal en torno al artículo 140 del C.C.A., en la parte que fue declarada inexequible, por considerar que la Corte no pretendió evitar el pago de intereses comerciales corrientes en casos como el examinado.

También censura el criterio del *a-quo* en cuanto concierne con la denominada excepción de contrato no cumplido, la que le permitió al fallador no declarar el

incumplimiento contractual de INVAL, por considerar que, a su vez, la firma contratista había incumplido en sus obligaciones. Aduce que según el artículo 1609 del C.C., luego de que una parte cumpla, puede exigir de la otra las respectivas obligaciones, en tanto que, según el fallo apelado, a pesar de que una parte cumpla una obligación que inicialmente no cumplió, queda "enervada" la posibilidad de hacerle exigible a la otra parte la obligación a su cargo.

Cuestiona así mismo el planteamiento del juzgador de primera instancia en el sentido de que los hechos imputables al INVAL quedan subsumidos o los absorve, aquellos hechos que eran del resorte de la empresa contratista. Estima el impugnante que la responsabilidad de unos no puede ser asumida por otros, dado que cada persona es independiente y responsable de sus propios actos. Al respecto menciona algunos ejemplos en los cuales el error fue de Inval y a consecuencia del mismo hubo lugar a mayores costos para el contratista. Critica también al Tribunal por equiparar exclusivamente la indemnización reclamada con la mayor permanencia, restándole mérito a los hechos de incumbencia del INVAL ocurridos durante períodos de retardo de las actividades de la contratista. Sostiene que no es la mayor permanencia el único parámetro de causación de perjuicios y de la consecuente indemnización. En cuanto al cálculo de los perjuicios mediante el sistema de mayor permanencia, lo considera un método simple de cuantificación cuyos resultados no pueden desconocerse así se haya presentado algún retardo por parte de la firma contratista, por cuanto no se mide el solo costo del tiempo, sino también los perjuicios mediante la cuantificación de costos en el tiempo.

De igual manera censura la decisión de primera instancia por errores cualitativos de apreciación, hasta el punto de separarse de conclusiones comunes en los cuatro dictámenes rendidos, critica el criterio del *a-quo* en cuanto respecta con la apreciación sobre la incidencia de las lluvias en la época de la ejecución de la obra y sostiene que si no se dio la doble jornada laboral, sí se trabajó, en cambio, en horas extras y días festivos, suficientes para avanzar el 50% de la obra que debía ejecutarse en la jornada nocturna.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el mismo orden que trae la sentencia impugnada, la Sala procede a examinar los puntos correspondientes, así:

En cuanto concierne con la objeción por error grave que la parte actora formulará contra las experticias de los ingenieros Luis Yezith Arbeláez y Víctor Alonso Gómez; Pablo Agudelo Alzate y Martiniano Urrego, considera la Sala que fue acertado el criterio del Tribunal al desestimarlas. De una parte, respecto del primero de los dictámenes, coinciden las experticias sobre la incidencia del alineamiento del eje principal del puente en la realización de la obra y solo se presenta alguna diferencia en la apreciación del plazo, sin que la misma permita deducir un error grave en el dictamen objetado.

De otra parte, en cuanto se refiere a los concretos y a la construcción de las vigas, el plazo señalado en cada experticia es similar y sólo difieren en cuanto a la imputación

del motivo de aplazamiento, el cual unos peritos lo atribuyen exclusivamente a Estruco S.A., en tanto que los otros peritos lo atribuyen a las partes en forma compartida. El punto, pues, antes que encuadrarse dentro de una conclusión pericial susceptible de ser objeto de un error grave, se torna en una conclusión que sirve para determinar si la reaponsabilidad por el incumplimiento es atribuible o no a alguna de las partes. Tal asunto no viene a ser competencia de los peritos, sino del juzgador al decidir el proceso, el cual bien podrá acoger o no las conclusiones de los expertos que, en este caso, más que opinión técnica sólo ofrecen apreciaciones conceptuales, en torno de las cuales no se estructura el pretendido error grave que sirve de fundamento a la objeción.

Similares consideraciones pueden hacerse con relación al dictamen de los ingenieros Pablo Agudelo Alzate y Martiniano Urrego G., respecto del cual no se encuentran diferencias sustanciales que permitan configurar un error grave, dado que las diferencias sólo surgen acerca de la cuenta de algunos de los plazos asignados por hechos sucedidos durante la construcción. Por lo demás, también en torno de esta experticia cabe señalar que es al juzgador a quien le corresponde calificar el comportamiento de las partes contratantes, así como el cumplimiento de cada una de sus obligaciones, con base desde luego en la información técnica suministrada por los peritos, la que puede no ser coincidente, sin que ello conduzca indefectiblemente a descalificar una peritación por error grave, entendido éste como aquella equivocación que de no haberse presentado, otro hubiera sido el resultado o el sentido del respectivo dictamen. En realidad, si bien no existen coincidencias exactas entre las apreciaciones técnicas contenidas en las distintas experticias practicadas en este proceso, no encuentra la Sala, de otra parte, contradicciones mayores, suficientemente significativas que permitan darle cabida a la prosperidad de la objeción que por error grave formulara la parte demandante.

Con relación a la nulidad de las resoluciones demandadas, es decir, las G.G. 285 de 28 de noviembre de 1988 y 014 del 8 de febrero de 1989, que declararon el incumplimiento contractual por parte de la empresa actora y a cuya consecuencia esta última resultó multada en la cantidad de $97.640.341.oo, estima la Sala que el fallador de primera instancia obró acertadamente al disponer la nulidad de los actos administrativos aludidos. Tal pronunciamiento coincide y en parte se fundamenta con el criterio de la Sala consignado en providencia de 3 de diciembre de 1992, con ponencia de quien elabora la presente, en el proceso No. 7034, entre las mismas partes y por la expedición de un acto similar, no idéntico al *sub-júdice*.

Estima la Sala que las consideraciones contenidas en la referida providencia bien pueden aplicarse al *sub-júdice* y por tal razón se procede a transcribir lo pertinente de la misma:

> "De lo expresado, se puede deducir que la cuestión a debatir se concreta inicialmente a determinar si los motivos que expuso la administración para imponer la multa cuestionada realmente se ajustan al verdadero desarrollo de los hechos y al contenido del contrato.

"Causa curiosidad la fecha de imposición de la multa (noviembre de 1988) comparada con la de presunta, o real ocurrencia de la falta o incumplimiento del contratista (diciembre de 1987 y enero de 1988); prácticamente once meses después. Tal distanciamiento cronológico entre la supuesta falta y la sanción, legalmente no tiene presentación para la Sala y sí, por el contrario, permite concederle razón a la parte actora, cuando alega una falsa motivación y al Tribunal cuando se muestra de acuerdo con la demandante.

"Considera la Sala que si la multa iba encaminada a sancionar el incumplimiento de ESTRUCO S.A., por no mantener un ingeniero graduado como Director de la Obra, la oportunidad para que mediante la multa se cumpliera esa obligación era precisamente en vigencia del contrato, o, por lo menos, en forma muy inmediata, para que el contratista se viera forzado por la sanción pecuniaria a designar el Ingeniero Director de la obra en las condiciones contractuales estipuladas, haciéndose efectivo así, el propósito u objetivo de la multa. Dejarlo para más tarde, para once meses después, cuando el término inicialmente pactado ya había vencido, genera un serio reproche para la administración, sancionable con la declaratoria de nulidad de sus actos.

"Cabe recordar que a falta de disposición expresa sobre el límite temporal para el ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración, en las relaciones contractuales, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que aquellos son solo susceptibles de ejercer dentro del término de vigencia del contrato, y, sí por alguna razón, el ente público deja vencer el término contractual, pierde ese poder exorbitante, que por su misma condición excepcional debe interpretarse con criterio restrictivo. Ilustrativa en este sentido es la providencia que en lo pertinente transcribe el a-quo de fecha 29 de enero de 1988, de la cual fue ponente el señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo, en el proceso de la Sociedad Mitsui y Compañía, a cuyos términos se remite la Sala.

"Por otra parte, para la Sala resulta acertado el criterio del Tribunal cuando sostiene que la sanción "fue presionada por circunstancias públicas que bien pueden detectarse de lo recogido en las actas de la Junta Directiva del INVAL, 115 de octubre 21 y 117 de noviembre 25 de 1988 (Folios 5 y 55), tres días antes de la Resolución que impuso la multa.

"Movidos por la inconformidad ciudadana a la obra que se ejecutaba en Bulerías, en su tardanza e impulsado por una posible transacción que en un momento se hacía con la firma ESTRUCO S.A. apareció como tema, hacer efectivas las multas al contratista, lo que se hizo con la que se disute (sic) y que conforme igualmente a la versión del ingeniero José Raúl Muñoz del INVAL también desarrolló una segunda por mora y en la suma de noventa y ocho millones ($98.000.000.oo) pesos" (Folio 398).

""Y por eso es dable hacer algunas transcripciones de lo que se discutió por la Junta Directiva del INVAL para formar la idea que la razón de las actos administrativos fue el resultado de los debates que se le hacían a la firma ESTRUCO S.A., aunque la coincidencia en las fechas de las actas y de las resoluciones bastarían para entrelazarlas sin mayores disquisiciones".

"No obstante la transcripción que de las actas hace el a-quo en la sentencia impugnada, resulta conveniente resaltar por su contenido y finalidad, algunas expresiones de los intervinientes, con respecto al contrato de ESTRUCO S.A.:

""Porque en aras del interés general piensa que lo mejor es que ESTRUCO prosiga y concluya la obra en Bulerías, pero a la vez, reciba la sanción que merezca por no haberlas ejecutado dentro del plazo, porque dejar a ESTRUCO sin la sanción, sería pasar por alto los perjuicios que está ocasionando por no haber cumplido y resultaría en una falta de equidad contra los otros contratistas... (Beatriz Londoño de Botero).

""El abogado Antonio Jaller A., propuso que para tenerlas como base de la eventual "Renegociación" con ESTRUCO, se precisan las multas a que hay lugar y sus cuantías"" .

""Porque a las dudas legales que manifestó el Personero, él, Carlos Restrepo Arbeláez, agregaba dos, surgidas de consultas suyas con terceras personas: Una atinente a si es legalmente posible sancionar hoy la tardanza en la designación del ingeniero director de la obra, después de haber transcurrido tanto tiempo desde cuando ocurrió el hecho y haberse abstenido de imponerla en su momento el Gerente General de entonces".

""Habló el doctor Jaller Alvarez quien manifestó... Pero frente a la comunidad no le queda a la administración distinta alternativa decorosa que la de enseñar ante ella, ante la comunidad, que habiendo considerado incumplida a ESTRUCO, ha procedido a dictar las sanciones contempladas en el mismo contrato". (Los subrayados no son del texto).

"Las citas anteriores permiten deducir que los motivos que verdaderamente condujeron a la expedición de los actos acusados no fueron los consignados en éstos, sino que, por el contrario, al amparo de un incumplimiento no bien establecido y frente a la posibilidad "de verse sujeta a procesos disciplinarios" por omisión de sus funciones, según lo advirtió el Auditor del INVAL, se pretendió mostrar tardíamente ante una opinión inquieta, e, indignada, a una administración vigilante, rigurosa y dispuesta a imponer las sanciones necesarias por los incumplimientos que se presentaron en los público, porque en el momento legal y contractualmente oportuno el INVAL no utilizó los poderes exorbitantes de que se hallaba investido, porque las razones que motivaron los actos acusados no corresponden en la realidad con las motivaciones de los mismos, éstos fueron

anulados por el Tribunal, en decisión impugnada por la parte actora, pero que, como se advirtió, la Sala comparte y va a confirmar)."

Las consideraciones anteriormente transcritas tienen perfecta aplicación en el caso examinado y llevan a idéntica conclusión, dado que la sanción se impuso con posterioridad al vencimiento del término contractual y la motivación, en últimas, corresponde a la que se tuvo para dictar la resolución sancionatoria del proceso anterior. Por lo demás, ninguna duda surge de que el INVAL extemporáneamente sólo procuraba imponer la multa correspondiente, y que en ningún caso buscó compeler o constreñir a la firma contratista al cumplimiento oportuno del contrato, dada la demora en la imposición de la multa, es decir cuando ningún efecto real podía producir la sanción.

Establecida pues, la nulidad de los actos demandados, corresponde determinar el restablecimiento del derecho en favor de la empresa demandante. Sobre el particular considera la Sala que, de una parte, en primer término debe restituirsele el valor total de la multa aplicada, o sea, la suma de $97.640.341.oo, y que deberá actualizarse desde el mes de mayo de 1989 hasta la fecha de esta providencia. Para tal fin se tomarán los índices de precios al consumidor vigentes durante dicho lapso, conforme a la información que sobre el particular suministra el DANE y, de otra parte, se procede a liquidar los intereses moratorios, aplicando la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado, conforme a lo consagrado en el artículo 4o., ordinal 8o., de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 1o. del Decreto 679 de 1994, normas que, en su orden, disponen:

"Artículo 4o. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

"8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en lo casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

"Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado".

"Artículo 1o. De la determinación de los intereses moratorios. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4o., numeral 8o de la ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos".

Conviene advertir, de una parte, que la obra se ejecutó en vigencia del Decreto 222 de 1983, pero, de otra, que la liquidación correspondiente se produce en vigencia del nuevo estatuto de contratación, cuyas orientaciones por razones de equidad estima la Sala deben acatarse en casos como el examinado, teniendo en cuenta, además, que dada la irregularidad de la multa y de la retención de su valor por parte de INVAL, la demandante, de no haberse producido los actos acusados, hubiera percibido y económicamente se hubiera beneficiado del dinero correspondiente a la sanción, cuyos efectos, para el caso de la restitución, empiezan a contarse desde cuando ilegítimamente la administración tomó para sí el valor de la multa extemporáneamente impuesta a la firma contratista. Cabe señalar, de igual manera, que en procesos anteriores ya decididos por la Sala, se ha seguido criterio similar al consignado en esta providencia. Se recuerdan, entre otros, los fallos dictados en los procesos números 8030 de la Sociedad Héctor García Bahamón y Asociados, del 30 de junio de 1994 y el 3303 de la Sociedad Relikassa Sistemas Ltda., del 10 de marzo de 1995, ambos con ponencia del señor Consejero Doctor Julio César Uribe Acosta.

En el anterior orden de ideas, se concreta el monto de la condena, de acuerdo con la siguiente tabla de liquidación:

AÑO	IPC/	ACTUALIZACIÓN	VR. ACTUALIZADO	INTERESES 12% ANUAL
89	16.40	$16.013.015.92	$113.653.356.90	$ 7.955.734.98
		(Proporcional a siete (7) meses de 1989)		
90	26.12	29.686.256.82	143.339.613.70	17.200.753.64
91	32.36	46.384.699.00	189.724.312.70	22.766.917.52
92	26.82	50.884.060.67	240.608.373.40	28.873.004.81
93	25.13	60.464.884.23	301.073.257.60	36.128.790.91
94	22.60	68.042.556.22	369.115.813.80	44.293.897.66
95	9.32	34.404.669.81	403.520.483.60	20.176.024.18
		(Proporcional a cinco meses de 1995)		

Total de intereses..... $177.395.123.70

Valor actualizado..... $403.520.483.60

Total a pagar..... $580.915.607.30

Se muestra igualmente de acuerdo la Sala con las consideraciones que condujeron al Tribunal a denegar la declaración de incumplimiento del contrato por parte de la entidad demandada y la indemnización por los supuestos perjuicios reclamados por la empresa demandante.

Se refiere la demanda, en este punto, a un pretendido incumplimiento del Instituto Metropolitano de Valorización –INVAL– del contrato de obra pública No. 191 de 1987, celebrado con la empresa Estruco S.A., para la construcción del puente elevado y las vías a nivel en la Glorieta de Bulerías, en la ciudad de Medellín. Dicho contrato, perfeccionado el 27 de noviembre de 1987, se sometió a un proceso licitatorio que en últimas le fue adjudicado a la sociedad demandante. El término señalado en el contrato, conforme a la oferta que sobre el particular hiciera la empresa actora, fue de 210 días solares. El acta de iniciación de la obra corresponde al 19 de diciembre de 1987. No obstante lo anterior, las partes por mutuo acuerdo decidieron suspender el plazo contractual hasta el 4 de enero de 1988. Esto en razón a la dificultad de conseguir y mantener mano de obra y materiales durante la temporada festiva de final del año. Posteriormente la entidad demandada, convino con la actora la ampliación del plazo para la entrega de las obras hasta el 17 de septiembre de 1988. No obstante, para esa fecha la firma contratista no había ejecutado la totalidad de la obra y solicitó un nuevo aplazamiento, que no fue autorizado por el ente demandado,

Como consecuencia, mediante resolución G.G. 285 de 28 de noviembre de 1988, el INVAL declaró el incumplimiento del contrato por parte de Estruco S.A., por mora en la entrega de las obras y le impuso una multa equivalente al dos por mil del valor total del contrato, por cada día común de demora, contada desde el 17 de septiembre de 1988, hasta el día de la entrega. Así mismo, mediante la Resolución G.G. 286 de la misma fecha le impuso una multa de $14.149.699.61, por no mantener un Ingeniero Director de la obra. Cabe señalar que la Sala declaró la nulidad de este último acto en sentencia de la cual anteriormente se hizo expresa referencia. Al decidirse el recurso de reposición formulado contra las anteriores resoluciones, fueron confirmadas. Sin embargo, la G.G. 285 se modificó en el sentido de rebajar a la mitad el porcentaje de la multa. Los valores de las multas fueron retenidos o deducidos de los valores adeudados por el INVAL. Se afirma en la demanda que la obra fue entregada por Estruco S.A., el 21 de febrero de 1989, pero hasta la fecha de su presentación no se había liquidado el contrato.

Le cabe razón al Tribunal cuando sostiene que en el proceso de selección de un contratista, juegan papel preponderante los principios de igualdad y libre competencia, los cuales se proyectan hasta la ejecución de la obra contratada. Se puede mantener así una organización y una programación relativamente invariables para la ejecución de la obra, salvo, por supuesto, que se presenten circunstancias sobrevinientes e inesperadas que obliguen a variar o modificar el desarrollo de los trabajos contratados. Sin embargo, en tales ocurrencias, siempre y cuando no se hayan producido por causa o razón del contratista, si los cambios se imponen a pesar de la sujeción de éste a lo estipulado en el contrato, si en su comportamiento prima la buena fe y el respeto por los principios reguladores de la contratación administrativa, no habría lugar entonces a cueationamiento alguno para establecer las modificaciones necesarias en las condiciones contractuales y reconocer consecuentemente el valor de los sobrecostos que tales variaciones, se repite, no causadas por el contratista, generaron a su cargo. Se trataría en esta situación, de

mantener el equilibrio económico del contrato, donde al contratista le asiste pleno derecho a que se mantenga o restablezca la ecuación financiera del mismo, como lo consagraba el Decreto 222 de 1983 y lo regula en la actualidad la ley 80 de 1993. Pero, si el contratista fue el causante por su acción u omisión de la modificación de las condiciones pactadas en el contrato, sin duda que le corresponde asumir a él solo las consecuencias legales y económicas derivadas de su equivocado o irregular comportamiento. Mantener un criterio diferente, significaría beneficiar indebidamente a la parte que injustificadamente no cumplió las ofertas que hizo como licitante, ni las obligaciones a que se comprometió en el contrato.

Ahora bien, sin que se haga necesario acudir al respaldo pericial de los ingenieros que intervinieron en este proceso, es ostensible que la construcción del puente elevado de la avenida Bolivariana y vías a nivel del intercambio vial de Bulerías, en la ciudad de Medellín, constituía una obra con distintas dificultades acentuadas por la ubicación, de los trabajos, las características de resistencia de los concretos, la incidencia de tránsito vehicular por el sector y la temporada de lluvias para la época de ejecución del contrato.

Por esas mismas razones, le correspondía a la firma contratista ser extremadamente prudente, seria y objetiva en el ofrecimiento de sus servicios profesionales para la construcción de la obra mencionada, con miras precisamente a evitar las situaciones de retardo y a superar los inconvenientes que se presentaron por su causa, los que a la larga llevaron a la entidad contratante a declarar el incumplimiento de la sociedad constructora por el vencimiento, del plazo, sin haber entregado finalizada la obra contratada.

Llaman especialmente la atención de la Sala algunos aspectos del contrato, los que precisamente han generado especial controversia en este proceso, a saber:

El relacionado con el plazo del contrato. Lo manifestaron los peritos y la Sala comparte íntegramente su criterio, que el plazo de 210 días solares ofrecido por el contratista en la alternativa 2 de su propuesta, era en extremo limitado para una obra de tanta magnitud, "con las dificultades propias de su localización en una intersección de gran congestión de tránsito unidas a las interferencias con numerosas redes de servicios. La prueba está en que el programa de trabajo respectivo era en la práctica supercrítico, pues de las 184 actividades que contemplaba, 37, o sea el 20%, tenían holgura o (ruta crítica) y 81 (44%) tenían holgura entre cero y tres días. Entonces cualquier pequeño atraso en una de éstas últimas configuraba inmediatamente una nueva ruta crítica". Y más adelante agregan los expertos: "Un programa así exige una gran disponibilidad de recursos por parte del contratista y una muy buena labor de equipo de las partes contratantes, con un alto grado de coordinación y decisiones rápidas, características éstas que no se dieron durante la ejecución de la obra" (Dictamen de los peritos Enrique Ordóñez y Marco A.Paz. C. 1-8 fls. 320 y 321).

No obstante lo anterior y a pesar de que en el Pliego de Condiciones se determinó que "el plazo máximo de ejecución será de 300 días solares o calendarios", la contratista

con miras seguramente a mejorar su propuesta para lograr la adjudicación, ofreció un término de 210 días solares, equivalente a disminuir en un 30% el plazo máximo permitido, oferta ésta que en la realidad resultaba en extremo aventurada y expuesta en todo momento a ser incumplida.

De otra parte, las propias exigencias contenidas en los pliegos de condiciones permitían por lo menos preveer las dificultades dentro de las cuales se iba a desarrollar la obra y su incidencia en el plazo convenido para ejecutarla. No puede pasarse por alto, y los peritos Pablo Agudelo Alzate y Martiniano Urrego G., así lo destacaron, que por las características mismas del sector, se imponía la necesidad de mantener el tránsito vehicular y ejecutar la obra en el menor tiempo posible. Fue ésta quizás la razón de mayor influencia para que el INVAL determinara la alternativa del uso de acelerantes y la jornada doble laboral. Dicha obra, según los expertos "...tuvo especial dificultad por estar ubicada en sitio de gran densidad de tránsito vehicular como es la glorieta de Bulerías, que la atraviesan la Avenida Bolivariana, la Avenida 33, la calle 34, la Carrera 69B y la carrera 69C. Además de gran densidad de tránsito vehicular y confluencia vial, la glorieta la cruzan las coberturas de las quebradas La Picacha y La Matea, canalizaciones para servicios públicos de teléfonos y energía eléctrica y redes de acueducto y alcantarillado". Adicionalmente se dijo en el dictamen que "Las circunstancias de tránsito vehicular, confluencia vial, cruce de coberturas y redes de servicios públicos hace que la cobertura del plazo de ejecución fuera tan importante, sino más, que el costo de las obras...". De ahí que el propio INVAL en procura de aliviarle molestias a la ciudadanía hubiese adicionado el pliego de condiciones en el sentido de solicitar oferta aplicando jornada doble laboral.

Fue ésta precisamente la oferta que la compañía demandante hizo en su propuesta para conseguir la adjudicación del contrato. Asumió el compromiso de entregar la obra en 210 días solares, utilizar acelerantes y establecer una jornada doble de trabajo. Teóricamente y dentro de un desarrollo ágil y normal de las obras, dicho término hubiera sido apenas suficiente para ejecutarlas. Empero, como se vio, las condiciones de trabajo no fueron óptimas, se presentaron inconvenientes, desacuerdos con la interventoría de INVAL, no se satisfacieron todos los compromisos contractualmente adquiridos, de tal forma que se hizo físicamente imposible para la sociedad contratista cumplir con la entrega de la obra en la fecha inicialmente señalada, o sea, al vencimiento de los 210 días.

Aspecto de especial controversia ha sido en el caso examinado lo referente al manejo que la entidad demandada le dio al punto de los concretos, las vigas prefabricadas, su tensionamiento, transporte y carga, expuestos en el denominado "asunto J" por la sociedad contratista. El tema sin duda constituye uno de los aspectos fundamentales de la contratación, tanto que en torno de ella gira el fundamento y desarrollo de la obra. Correspondía a la sociedad demandante el diseño de las mezclas y todo aquello referente a las vigas, con miras a obtener las resistencias señaladas en el pliego de condiciones. Para tal efecto, fue contratado el ingeniero Jesús Humberto Arango. Los resultados, sin

embargo, no fueron satisfactorios, en razón a que las mezclas de concreto no alcanzaron las resistencias requeridas.

Del testimonio del mencionado ingeniero Arango, transcrito extensamente por el *a-quo,* la Sala quiere relevar algunos apartes de su declaración: "...Inicialmente recuerdo que hicimos unos diseños de las mezclas, las cuales, no fueron utilizadas por el constructor... pienso que parece que no les convenía económicamente el diseño que les presenté y parece que por costoso y algo inconveniente por el alto contenido de cemento... cuando empezamos a ver resultados a siete días, se encontró que ya eran, que proyectándolos a veintiocho producían una correlación por debajo de las cinco mil libras bajos... el calculista en dicha reunión expresó que definitivamente se necesitaban las cinco mil libras.... La recomendación inicial dada por el laboratorio nuestro era aparentemente conservadora y utilizaba aditivos diferentes a los finalmente utilizados por el contratista, y seguramente de haber utilizado dicho diseño los problemas de resistencia hubieran sido menores o no se hubieran presentado..."

Por su parte, el ingeniero Julio López de Mesa, quien diseñó la estructura del puente referido y fue asesor técnico de la interventoría, entre otras cosas manifestó: "...este diseño de mezclas presentado por la firma de Jesús Humberto Arango, fue modificado en varias ocasiones por el constructor en busca de una economía especialmente en cuanto a cantidad de cemento... se encontró como resultado final, que las resistencias estaban por debajo de las especificadas no solo a los 28 días que es la edad normal de medida de la resistencia característica en los concretos, sino después de los 56 y aún de los 90 días... En resumen las resistencias estaban entre las cuatro mil y cuatro mil quinientas libras... se puso como un límite inicial de aceptación las cinco mil P.S.I. (5.000 P.S.I.) valor al cual no llegaron los resultados de las pruebas sobre núcleos, razón por la cual fue necesario acudir a esos estudios más exactos y rigurosos que se mencionaron... Sí, fue un tiempo razonable. Es más, estos ensayos, pruebas, estudios, seguían prácticamente el ritmo que imponía el constructor, que era el primer interesado en la celeridad de ello por cuanto mediaba un contrato que exigía un plazo determinado, con multas posibles etc... El problema de mezclas surgió fundamentalmente de la variación por parte de Estruco de las cantidades de cemento incorporadas de acuerdo con el estudio inicial realizado por el Ingeniero Jesús Humberto Arango...".

Aparte de las declaraciones anteriores, a las que la Sala brinda suficiente credibilidad por cuanto provienen de dos personas expertas en las materias a que se refieren, conocedoras directas de lo acontecido y partícipes en gran parte del desarrollo de los hechos, sin que demerite su valor probatorio la circunstancia de haber mantenido alguna vinculación con el INVAL, dado que sus dichos encuentran así mismo respaldo en las experticias realizadas y no surgen razones serias para dudar de sus testimonios, encuentra la Sala que los cuestionamientos acerca de las mezclas también surgen de peritos intervinientes en el proceso.

Los expertos Enrique Ordóñez y Marco A. Paz, se mostraron partidarios "de un criterio más conservador...En efecto, el Código ACI-318 prescribe que cuando no hay

datos para establecer la desviación estándar, la resistencia promedio exigida debe tomarse como (F´ c + 47) kg/cm2 para concretos de más de 390 kg/cm2 (5.500 PSI)..." Como el contratista adujo que dicha mezcla implicaba una gran cantidad de cemento que rigidizaba la viga y la hacía frágil, los peritos no estuvieron de acuerdo con ese argumento, "porque una cosa es la resistencia exigida para el diseño de la mezcla y otra la resistencia finalmente obtenida en la obra...Para los peritos, el diseño de las mezclas con una resistencia tan próxima a la especificada contribuyó a que se presentaran posteriormente en la obra los problemas para obtener ésta".

Al hacer referencia a los cementos y a los agregados utilizados, se dijo en el dictamen que no se había encontrado evidencia sobre una posible disminución en la calidad del cemento utilizado y en cuanto a los agregados, manifiestan los expertos que inicialmente en comité de obra la firma contratista ninguna relievancia le dio a las cantidades de lodo que en aquellos se habían encontrado, en tanto que, al demandar, sí atribuye incidencia a dicha circunstancia para explicar la baja resistencia, ante lo cual los peritos expresaron que frente a tal hecho, Estruco S.A. ha debido realizar pruebas físicas y químicas que así lo acreditaran, y no limitarse simplemente a enunciarlo.

En estrecha relación con el punto de las resistencias determinadas en el pliego de condiciones, se encuentra lo referente al tensionamiento de las vigas, operación no autorizada inicialmente por INVAL y a cuya causa atribuye la firma contratista parte de la demora en la ejecución de la obra. Sobre el particular estima la Sala que le falta razón a la demandante, dado que INVAL en todo el proceso de construcción fue claro en no autorizar el tensionamiento "Por no haber recibirlo los concretos, por tener bajas resistencias", que solo lo autorizará "cuando se defina en primer lugar la resistencia que tiene cada una de las vigas y en segundo lugar cuando se garantice que en un plazo inferior a 20 días después de tensionado se garantice que se cargarán las vigas con la losa, esto con el fin de garantizar que el comportamiento de deflexiones sea semejante al previsto en el diseño de la estructura tal como se indica en los planos" y en otra comunicación reitera la no autorización, "hasta tanto Estruco S.A. garantice la resistencia de los concretos de las vigas a tensionar ya que mal haría el Instituto en autorizar un tensionamiento sobre unas vigas aún no recibidas a satisfacción nuestra". Estaba, pues, íntimamente relacionado el tensionamiento de las vigas con la resistencia especificada y como INVAL autorizó aquella operación tan pronto recibió las vigas, mal podría atribuirse al no tensionamiento el retardo en la ejecución de las obras, el cual realmente se originó en la demora para superar el grave inconveniente de la resistencia. Este, por lo demás, fue el criterio de los peritos.

Ahora bien, en cuanto concierne con el transporte de las vigas desde el sitio donde se fabricaban hasta el lugar de la obra, no encuentra la Sala razonable el cuestionamiento a las medidas de precaución dispuestas por la interventoría, pues como lo manifestaran los peritos Pablo Agudelo y Martiniano Urrego, aquellas "tendían a asegurar el éxito del transporte de las vigas desde el lugar de fabricación hasta el sitio del puente, operación de suyo delicada y peligrosa". Se muestran, en cambio, en desacuerdo los expertos en

que se hubiera prohibido su transporte el sábado y domingo, 1o. y 2 de octubre de 1988. Tal determinación, como lo sostuvo el Tribunal, no puede entenderse como un incumplimiento del contrato, si se tiene en cuenta que dentro de las condiciones preestablecidas estaba la de no afectar el tránsito vehicular.

Otro punto de controversia es el referente a la denominada prueba de carga. Dijeron los expertos antes nombrados que "La solicitud que hizo el INVAL, que más que solicitud fue una determinación que tomó, fue que dispuso que la prueba de carga se llevase a cabo después de que los concretos, inclusive el de los sardineles, hubiese cumplido 28 días de vaciado". Para los peritos esa determinación del ente oficial, antes que inaceptable, la encuentran precautelativa y precisan que en nada incidió para el plazo de la entrega, en razón a que esta última ya se había hecho seis días antes de la prueba. Comparte la Sala también en este aspecto el criterio ya expresado de los peritos.

De lo visto, es posible deducir que las dificultades presentadas durante el desarrollo del contrato obedecieron en su gran mayoría a falta de cumplimiento por parte del contratista de las obligaciones asumidas al presentar su propuesta y posteriormente al suscribir el contrato. No encuentra la Sala razón valedera para explicar el incumplimiento de la firma actora. Debe entenderse que si aceptó determinadas condiciones, si se sometió a las exigencias de la administración, si ofreció actuaciones, calidades y características acordes con lo solicitado por el INVAL, así mismo Estruco S.A., tenía que responder, ajustándose estrictamente a lo señalado en el pliego de condiciones, en la oferta y en el contrato correspondiente.

En tales condiciones, si se hace mención del punto de las resistencias exigidas, no encuentra la Sala conclusión distinta a la de que la firma contratista fue incumplida, que no se sometió a las especificaciones contractuales, que no se presentó hecho alguno imprevisto o imprevisible, no se dio una situación de fuerza mayor, ni suceso alguno justificante del incumplimiento de la sociedad actora. El lapso transcurrido mientras se procuraba obtener las resistencias exigidas, se experimentaba y se producía un estudio del profesional experto a quien se le encomendó el análisis y solución del problema, mal podría atribuirse al Inval. El incumplimiento, el. retardo cercano a los cuatro meses para construir las vigas, tensionarlas y transportarlas, sin duda que tiene como único responsable a la firma contratista. Recuérdese que desde un comienzo hizo caso omiso de las indicaciones del ingeniero Jesús Humberto Arango, contratado para ensayar y controlar la calidad de los concretos y asesorar a la empresa en la materia. Pasar por alto tal incumplimiento y aceptar la obra con el retardo que pretende la demandante, tendría consecuencias reprochables no solo en el caso examinado, sino en general en todas aquellas contrataciones en las cuales el adjudicatario de un contrato sin someterse a lo convenido, recibe los pagos correspondientes y entrega la obra más tarde o en otras condiciones, cuando en el trámite licitatorio quedaron vencidos otros concursantes por quien supuestamente acataría los términos del concurso y lo pactado en el contrato. Perdería su razón de ser, en tales condiciones, la adjudicación del contrato por licitación, si sus términos no van a tener estricto cumplimiento por parte del licitante favorecido.

Los peritos Enrique Ordóñez y Marco A. Paz, se refirieron al cemento, los agregados del concreto, la calidad del concreto, los ensayos sobre el mismo y las mezclas. Igualmente aludieron a la objeción de la contratista, referente a que en la anterior, experticia no se había apreciado la responsabilidad del Inval en el asunto, por el error en los cálculos al exigir una resistencia de 5.500 PSI, error imputable a INVAL y sin el cual no se hubiera presentado el atraso de la obra. Los aludidos expertos rechazaron el anterior cuestionamiento y consideraron "exagerado pretender culpar al INVAL y a la resistencia especificada por el atraso ocurrido. Sería como si al incumplir una norma nos defendiéramos culpando a ésta y a quienes la instituyeron".

Con respecto a la demora que los peritos atribuyen a INVAL a partir del 22 de agosto de 1988, fecha en la cual se hubiera podido tener una definición sobre la aceptación de las vigas de los tramos 10, 8 y 7, estima la Sala necesario recordar que las dificultades sobre este particular no fueron de último momento, sino que ya aparecían desde marzo de 1988 y tuvieron confirmación el 21 de abril de ese año. Que por tratarse de uno de los aspectos más importantes de la obra, como es el de su resistencia estructural, INVAL no podía de buenas a primeras aceptar las modificaciones sugeridas. La responsabilidad frente a la ciudadanía, destinataria final de la obra; los criterios técnicos que exigieron las resistencias referidas; la obligación y desde luego el derecho de examinar y controlar todos los puntos relacionados con la obra, de manera especial el de las resistencias que tantas dificultades había generado para el contratista y consecuencialmente para la entidad contratante, el afán de asegurar una obra correctamente ejecutada y terminada, eran motivos más que suficientes para que INVAL realizara todas las pruebas, análisis, ensayos y controles que considerara necesarios.

En verdad, toda esa demora sólo se originó, casi en su totalidad, por causas imputables a la sociedad contratista, la cual, se repite, dio largas al asunto de las resistencias en las vigas suspendidas, sin que al final las satisfaciera, dado que la entidad contratante debió de aceptarlas más por la necesidad de finalizar la obra, que por el cumplimiento de las especificaciones a que se había obligado expresa e incondicionalmente Estruco S.A. A esta firma, de otra parte, le correspondía acreditar, conducta que nunca ejecutó, que las vigas rechazadas por el INVAL sí satisfacían las exigencias señaladas en el pliego de condiciones y en las especificaciones mismas de la obra.

Cabe recordar cómo ante la necesidad de aclarar el alineamiento horizontal del puente, el desvío del alcantarillado de aguas negras y ductos telefónicos, el montaje y desmontaje del equipo de pilotaje, la redistribución del herraje de la viga cabe 2 al 9, el desvío de la cobertura de la quebrada La Matea y daños y fugas del acueducto, el INVAL, a petición de la firma contratista, amplió el plazo contractual en 51 días solares, es decir, hasta el 17 de septiembre de 1988. Se consideraron las anteriores circunstancias como imprevistas, de urgente e inmediata corrección y consecuentemente la administración accedió a la ampliación pedida.

Ahora bien, con referencia a la influencia de las lluvias en la demora que presentó la ejecución de la obra, estima la Sala que tal fenómeno atmosférico no reviste condiciones

de extraordinaeiedad, anormalidad o imprevisibilidad, suficientes para justificar el retardo de la empresa constructora Estruco S.A. Sin desconocer la presencia de dicho fenómeno natural, resulta inadmisible atribuir la causa del incumplimiento, o parte de él, a las lluvias que cayeron sobre la ciudad de Medellín. La empresa contratista conocía suficientemente las condiciones pluviométricas de la región para la época de los trabajos. Así se manifestó en el pliego y lo aceptó la demandante al suscribir el contrato que se le adjudicó. Pretender que se contrata en Colombia de espaldas a nuestra realidad física, con desconocimiento de las temporadas regulares o irregulares de lluvia, resulta francamente inaceptable. Como es también inaceptable la actitud de la firma contratista al aceptar, la exigencia hecha mediante adendo al pliego de condiciones para que se utilizaran acelerantes y se laborara en doble jornada de trabajo, sin que en la práctica cumpliera y acatara estrictamente dicho compromiso, no obstante los requerimientos que en tal sentido la propia interventoría le hiciera en distintas ocasiones. El implantar esa jornada no era facultativo de la contratista, por el contrario, era una obligación originada en el afán de la entidad contratante de agilizar al máximo la ejecución de la obra contratada, tan importante era el punto, que dio lugar a la adición del pliego de condiciones.

Considera la Sala que le cabría perfecta razón a la firma demandante para la prosperidad de sus pretensiones por causa del pretendido incumplimiento de la entidad demandada, si a su vez se hubiera sujetado estrictamente a las obligaciones derivadas del pliego de condiciones y del propio contrato. Empero, lo cierto es que tampoco INVAL dio estricto cumplimiento a lo convenido y, por el contrario, incurrió en algunos hechos constitutivos de retardo, entre éstos, la demora en la entrega de algunos de los predios, la falta de información sobre el tendido de las redes de servicios públicos de la Empresas Públicas de Medellín, los daños que éstas ocasionaron, las interferencias, la excavación de la pila No. 5, etc.

Se presentan en tales condiciones la violación del contrato no sólo por parte de la firma Estruco S.A., sino también por el INVAL, entidad que a causa de algunos incumplimientos, como los anotados, no satisfizo así mismo lo pactado en el contrato, situación mutua y recíproca, aun cuando en grado muy distinto, de incumplimiento contractual por ambas partes, que impide la prosperidad de las pretensiones de la empresa demandante, cuyas reclamaciones resarcitorias carecen de éxito por causa precisamente de su propio incumplimiento.

Así las cosas, si como se desprende del proceso, ambas partes contratantes no cumplieron todas sus obligaciones, no había lugar en tales condiciones, como lo apreció el fallador de primera instancia, a demandar por un incumplimiento en el cual incurrieron tanto la demandante, en mayor proporción, como la entidad demandada, impidiéndose así la formulación recíproca de cualquier tipo de reclamación judicial tendiente a obtener un reconocimiento indemnizatorio por hechos y situaciones que, en el caso examinado, la propia sociedad actora, en su mayor parte, configuró, merced al desconocimiento, omisión y violación de las obligaciones que contractualmente la comprometían. Resultaría, de otra parte, inequitativo e injusto, no solo ante la administración contratante, sino

frente a los licitantes no favorecidos, que se dispusiera resarcir perjuicios a la firma contratista que con su conducta un tanto ligera pretermitió los compromisos derivados del pliego de condiciones y en últimas dio lugar a que se modificaran algunos puntos que los inicialmente señalados en la propuesta licitatoria. Inadmisible además resultaría imponerle a la administración una condena indemnizatoria cuando la dificultad técnica más grave que se presentó y que prolongó en mayor número de días el plazo contractual convenido lo originó la empresa demandante, dificultad que así mismo dio lugar a una mayor permanencia y que, por consiguiente, mal podría generarle a la actora el pago en su favor del sobrecosto correspondiente, el cual, se repite, fue provocado en mayor proporción por su propio comportamiento contractual.

De lo anteriormente expresado concluye la Sala que, por estos últimos aspectos, no debe prosperar la apelación interpuesta por el señor apoderado de la empresa demandante y, por consiguiente, habrá de mantenerse la sentencia impugnada, con la modificación ya señalada acerca del reconocimiento de intereses atrás liquidados sobre el valor de la multa impuesta a la actora, cuyos montos se ordenan pagar.

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

FALLA:

PRIMERO. CONFÍRMANSE los ordinales Primero, Tercero y Cuarto de la sentencia recurrida, esto es, la de 3 de junio de 1994, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia.

SEGUNDO. MODIFÍCASE el ordinal Segundo de la sentencia impugnada, el cual queda así:

Como consecuencia de la nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho, se deja sin efecto la declaratoria en ellos contenida y la multa que por mora se impuso, cuyo valor actualizado, más los intereses moratorios, conforme a lo expuesto en las motivaciones de este fallo, equivalen a la cantidad de QUINIENTOS OCHENTA MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL SEISCIENTOS SIETE PESOS CON 30/100 ($580.915.607.30) MONEDA LEGAL, que le será pagada por el Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín –INVAL– a la sociedad ESTRUCO S.A.

TERCERO. Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídanse copias auténticas de las sentencias, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del C. de P.C., con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias se entregaran al respectivo apoderado que ha venido representando a la parte interesada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE y PUBLÍQUESE EN LOS ANALES.

La. anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, once (11) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS BETANCUR JARAMILO
Presidente de la Sala

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA

LOLA ELISA BENAVIDES LÓPEZ
Secretaria

CRAMSA-Creación

La Ley 40 de 1971 creó la Corporación Regional Autónoma para la defensa de las ciudades de Manizales, Salamina y Aranzazu, asignándole dentro de sus objetivos la construcción y conservación de obras de alcantarillado, drenaje y defensa para la estabilidad de los suelos amenazados por erosión y deslizamiento. Los estatutos de la citada Corporación, aprobados mediante Decreto 1873 de 1987, la conciben como un organismo público de planeación, coordinación y ejecución de obras en materia de uso y defensa de suelos, desarrollo y remodelación urbana, y reforestación y regulación de cauces. Dentro de sus funciones se determina que debe "promover, en coordinación con el Departamento de Caldas, los municipios de su influencia y demás entidades públicas, la integración de los planes, programas y proyectos que ellos adelanten y los que realice la comunidad como también los adelantados por la Corporación".

FALLA DEL SERVICIO-Derrumbe/**LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN/CONTROL A URBANIZADORES**-Inexistencia

Las funciones asignadas legalmente a dicha Corporación, no relevan entonces al municipio de sus obligaciones constitucionales y legales en dichas materias, ni le quitan su condición de rector de la organización y del desarrollo urbano de su circunscripción territorial, para lo cual dicha entidad contaba con instrumentos legales apropiados, como el Código de Construcciones y Urbanizaciones para Manizales. Menos puede afirmarse que el municipio no incurrió en falla del servicio, cuando aparece acreditado en el expediente que fue dicha entidad la que concedió licencia de construc-

ción para la urbanización afectada sin solicitar el estudio de suelos correspondiente y sin obligar a los urbanizadores a realizar los trabajos de protección necesarios; que cuando los vecinos le solicitaron la intervención se limitó a realizar obras para reparar temporalmente el problema sin solucionarlo totalmente; y, que sólo después de ocurrida la tragedia hizo reuniones con las entidades financiadoras; y que, finalmente, en coordinación con CRAMSA, construyó las obras necesarias para solucionar definitivamente el problema. La falla del servicio de dicha entidad es pues evidente. Si hubiera exigido el estudio de suelos antes de la construcción de la urbanización e impuesto a los urbanizadores la obligación de construir las obras de protección, no se habría producido la tragedia; si cuando se evidenció la gravedad del problema lo hubiera solucionado radicalmente en vez de simplemente ponerle paños de agua tibia, tampoco se habría producido la tragedia y no se habrían perdido los recursos invertidos en una solución inadecuada, pues de todas maneras finalmente dicha entidad terminó pagando parcialmente las obras construidas para la solución del problema. El municipio debió ejercer adecuadamente los poderes que la ley le otorgaba en materia de control a los urbanizadores y no proceder simplemente a "pedirles colaboración" a las entidades financiadoras de dichas obras, luego de ocurrida la tragedia. Ni siquiera admitiendo, en gracia de discusión, que el municipio no tenía la funció legal de emprender la construcción de las obras, podría aceptarse que no incurrió en falla delservicio, pues es evidente que omitió su deber general de protección de la vida y bienes de los vecinos de la urbanización, que expresamente le demandaron dicha protección, pudiendo cumplir con ella en la medida en que contaba con recursos presupuestales para tal fin, pues tal como lo ha sostenido la Sala, de una parte, la falla del servicio no sólo se deriva del incumplimiento de una norma legal que específicamente imponga a una entidad una obligación determinada, sino que en ella incurre la administración incluso cuando emprende tareas que no le corresponden y las ejecuta inadecuadamente causando perjuicios a los particulares.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

La función legal asignada a CRAMSA, a juicio de la Sala, habría comprometido también su responsabilidad, sin eximir de ella al Municipio. En este caso las dos entidades serían solidariamente responsables de los perjuicios a los demandantes, en la forma prevista en el artículo 2344 del Código Civil, sin que pueda admitirse el razonamiento hecho por el tribunal de primera instancia según el cual, "la demanda debió haberse dirigido contra la Corporación Regional Autónoma para la defensa de las ciudades de Manizales, Salamina y Aranzazu y esta en base a lo estipulado en el artículo 57 del Código Adjetivo Civil haber "llamado en garantía" si lo tenía a bien, al ente territorial hoy demandado, quien a su vez pudo hacer comparecer

a la firma constructora de las soluciones habitacionales". Ese razonamiento desconoce que el artículo 2344 antes citado dispone que "si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas era solidariamente responsable de todo el perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones legales de los artículos 2350", y que, existiendo solidaridad legal entre las dos entidades obligadas al pago de los perjuicios, la víctima podía demandar por la totalidad de ellos a cualquiera de dichos deudores.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero ponente: DR. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

Referencia: Expediente No. 9673. Indemnizaciones. Actor: HILDA MARLENE BETANCOURTH DE FRANCO. Demandada: MUNICIPIO DE MANIZALES.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 7 de marzo de 1994, la cual en su parte resolutiva dispuso:

"Declárase probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

"En consecuencia:

"NIÉGANSE las súplicas de las demandas impetradas dentro de los procesos acumulados promovidos en acción de reparación directa por los señores HILDA MARLENE BETANCUR DE FRANCO, quien además actuó en representación de sus hijos menores HILDA ALEXANDRA y PABLO FELIPE FRANCO BETANCUR; MARGARITA MARÍA JARAMILLO VILLEGAS; MARÍA ESTHER MARULANDA VALENCIA; ELÍAS SERRANO MELO y MARTHA INÉS OROZCO DE FIGUEROA contra el MUNICIPIO DE MANIZALES, expedientes rotulados con los números de radicación 8634, 8647, 8648 y 901121043.

"COSTAS a cargo de los demandantes. Serán liquidadas por la secretaría en la oportunidad legal."

ANTECEDENTES

1.- El presente proceso acumulado tuvo origen en las demandas formuladas contra el MUNICIPIO DE MANIZALES con el objeto de que dicha entidad territorial fuera declarada responsable de los daños causados como consecuencia del deslizamiento de terreno ocurrido el 22 de noviembre de 1988, entre las carreras 19A y 20 con las calles 46A y 46B de la ciudad de Manizales.

Concurrieron como demandantes:

A.- HILDA MARLENE BETANCUR DE FRANCO, HILDA ALEXANDRA y PABLO FELIPE FRANCO BETANCUR, quienes reclaman el pago de perjuicios morales y materiales sufridos por el deslizamiento, que causó la destrucción de su vivienda en la cual se encontraban en condición de "inquilinos", perdiendo la totalidad de los bienes muebles que allí se encontraban. Esta demanda se presentó el 28 de marzo de 1990 (f.35).

B.- MARGARITA MARÍA JARAMILLO VILLEGAS, quien solicita perjuicios morales y materiales; los materiales consisten en el valor de una casa de habitación de su propiedad destruida por el deslizamiento más los cánones de arrendamiento dejados de recibir. Esta demanda se presentó el 19 de abril de 1990 (f. 98).

C.- MARÍA ESTHER MARULANDA VALENCIA y ELÍAS SERRANO MALO, quienes solicitaron perjuicios morales y materiales, consistiendo los últimos en el valor de los bienes muebles que se encontraban en la casa de habitación ocupada por ellos y que fue destruida por el deslizamiento. Esta demanda fue presentada el 19 de abril de 1990 (f.157).

D.- MARTHA INÉS OROZCO DE FIGUEROA, que reclama también el pago de perjuicios morales y materiales; los últimos consisten en la pérdida de una casa de habitación destruida por el deslizamiento sobre la cual esta demandante era propietaria de un 50%, y en el valor de los bienes muebles que en ella se encontraban. Esta demanda fue presentada el 21 de noviembre de 1990.

En los hechos de las demandas acumuladas se señaló:

A.- Que desde 1986, los vecinos del barrio Los Cedros venían reclamando de las autoridades municipales el estudio de una ladera contigua a la urbanización, que presentaba agrietamientos y que hacía vivir a los moradores de la zona en completa zozobra.

B.- Que esas reclamaciones también se elevaron ante la Corporación Regional Autónoma Cramsa, la cual hizo una inspección que concluyó recomendando al alcalde de Manizales la ejecución de obras que estabilizaran el terreno amenazante; asimismo, esta entidad dio asesoría a la Secretaría de Obras Públicas Municipales para la descarga y perfilada del talud con el objeto de mejorar las condiciones de seguridad.

C.- Que, de otra parte, antes de la construcción de las casas afectadas de la urbanización Los Cedros, el municipio no tuvo en cuenta las características del lugar y concedió licencia de construcción a la firma Vélez Palacio y Cía. Ltda., para edificar la citada urbanización conformada por 34 unidades de vivienda, sin el que se hubiera llevado a cabo el correspondiente estudio de suelos.

D.- El 22 de noviembre de 1988 se desprendió parte del terreno de la ladera que se encuentra junto a la urbanización, causando la destrucción de varias viviendas.

2.- El municipio de Manizales dio contestación a las demandas (f. 54, 121, 182 y 307); se opuso a sus pretensiones señalando que la urbanización Los Cedros no fue construida por ninguna entidad oficial; que no existía norma legal alguna que le impusiera la obligación de reparar perjuicios ocasionados por desastres naturales; y, que no era cierto que el municipio no hubiese actuado, pues en ese sector efectivamente se adelantaron trabajos por parte de dicha entidad.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, expresando que los actores debieron demandar a la Corporación Regional Autónoma para la Defensa de Manizales, salamina y Aranzazu, CRAMSA, entidad creada por la ley 40 de 1971, con el objeto de construir obras tendientes a la defensa y estabilidad de los suelos amenazados por la erosión o deslizamientos y expresó además que los reclamos de los vecinos del sector no se dirigieron al municipio sino a CRAMSA.

3.- En la sentencia de primera instancia el Tribunal consideró que estaba probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la demandada, señalando que a quien le competía velar por la estabilidad de los terrenos era a CRAMSA y no al municipio de Manizales.

4.- En el recurso de apelación la parte actora señala que la responsabilidad del municipio está comprometida al no haber demostrado que el otorgamiento de la licencia de construcción de las casas destruidas estuvo precedida de un estudio de suelos; que igualmente su responsabilidad se deriva del hecho de "haber separado el talud de las casas de propiedad de mis mandantes por una vía pública, que conlleyó a que la base del talud fuera resentido y por ende aumentado el peligro"; y que también se había demostrado que el propio municipio había adelantado después de la tragedia las obras que venían solicitándose desde antes de que ella ocurriera, evidenciándose así que efectivamente incurrió en falla del servicio.

CONSIDERACIONES

La sentencia de primera instancia será revocada, porque la Sala considera que en el presente caso aparece efectivamente demostrada la falla del servicio de la entidad demandada que originó los perjuicios reclamados por los demandantes.

I.- LA FALLA DEL SERVICIO DE LA ENTIDAD DEMANDADA:

1.- En el expediente están demostrados los siguientes hechos:

A.- El 16 de mayo de 1986 los moradores de la urbanización "Los Cedros" en la ciudad de Manizales, se dirigieron a CRAMSA (Corporación Regional Autónoma para la defensa de las ciudades de Manizales, Salamina y Aranzazu), informando del peligro que corrían sus casas de habitación por el barranco aledaño a ellas, en el cual ya se había presentado un desprendimiento de tierra (f.58 c.2.1); en esta comunicación advirtieron que acudían a dicha entidad en virtud de que, no obstante haberse dirigido previamente al Municipio, no encontraron allí ningún tipo de respuesta a sus peticiones.

El 20 de mayo del mismo año CRAMSA solicitó al municipio de Manizales la realización de las obras necesarias para garantizar la estabilidad de los terrenos aledaños a la urbanización "Los Cedros", en razón de que la propia entidad (Cramsa) no contaba con recursos presupuestales para tal fin. (f.9 c. ppal.).

El 2 de junio de 1987 CRAMSA, teniendo en cuenta que el municipio de Manizales contaba con una partida presupuestal para atender el tratamiento de taludes en los sitios donde hubiese riesgo de deslizamiento inminente, le solicitó "acometer la ejecución de obras de estabilidad en prevención de una tragedia que lamentaríamos" (f. 11 c. ppal.).

B.- No obstante las anteriores comunicaciones, el municipio de Manizales no adelantó las obras que se requerían para conjurar el peligro en el sector, lo que ocasionó que el 22 de noviembre de 1988, época en la cual se presentaron abundantes lluvias en la zona, se produjera el deslizamiento de tierra que causó los perjuicios reclamados por los demandantes.

Aparece demostrado en el expediente que el municipio solamente contrató un ingeniero para realizar la conformación del talud, al que le fue cancelada la suma de $199.392.00 por los trabajos efectuados el 30 de julio de 1987.

C.- Sólo luego de ocurrida la tragedia, el municipio de Manizales empezó a realizar alguna actividad para solucionar realmente el problema que la causó y del cual estuvo advertido con anterioridad.

Así, el 29 de noviembre de 1988 pidió a CRAMSA un informe técnico de la zona (f. 14 c. ppal.); el 6 de diciembre del mismo año promovió una reunión para analizar y buscar solución a la situación, a la cual invitó a CRAMSA y a las entidades bancarias que habían financiado la urbanización (f. 19 c. ppal.); y, ordenó la realización de un estudio técnico coordinado por la oficina de planeación municipal con el objeto de "determinar las reales condiciones de estabilidad de la zona y el tipo de soluciones que deben plantearse." (f. 17 c. ppal.).

Las obras necesarias para evitar los deslizamientos, de acuerdo con lo manifestado por el testigo JAIME CALDERÓN GIRALDO, ingeniero vinculado a CRAMSA, se realizaron luego de ocurrida la tragedia, mediante un convenio hecho por el municipio con dicha entidad.

Este declarante expresó:

> "... ya posteriormente Cramsa solicitó, Cramsa y el municipio nos pusimos de acuerdo para hacer allí un tratamiento de ladera, hacemos drenes, recogemos aguas lluvias y las conducimos hacia un cauce, hicimos un convenio escrito entre el Municipio y Cramsa en el cual ellos aportaban la mitad en dinero y CRAMSA la otra mitad en dinero para realizar la obra como se ejecutó y ahí está funcionando en el momento... Cuando se empezó el problema pensamos en hacer, que se debería hacer un tratamiento por CRAMSA, no lo realizamos porque no teníamos

dinero, ahora me acuerdo, en reuniones con la alcaldía municipal se hizo una reunión el Banco Central Hipotecario y no me recuerdo cuáles eran las otras entidades que habían financiado la construcción de esas viviendas y se les solicitó que financiaran entre todos el tratamiento, pero esto después de haberse producido el desastre, ellos dijeron que no, que no tenían ninguna autorización, nosotros adujimos que se debía hacer el tratamiento para que no siguiera el problema, pero ellos terminantemente nos dijeron que no podían aportar ni un centavo" (f. 4 c. 2.2.).

De acuerdo con las copias de contratos suscritos por CRAMSA, las obras sólo se realizaron durante los años de 1989 y 1990. (Vr. fls. 6 al 24 C. 3).

D.- De conformidad con lo expresado por los peritos en los dictámenes periciales rendidos (C. 2.1. f. 75. C. 2.2. f. 113) en el curso del proceso, si las obras mencionadas anteriormente se hubieran construido oportunamente, los perjuicios no se habrían presentado.

En uno de dichos dictámenes los peritos textualmente señalaron:

"Para aquella época, tiempo en que se produjo el desastre, al exceso de humedad del suelo se le adicionó el agua de infiltración producto del prolongado invierno que se estaba viviendo. Este grado máximo de saturación produjo el corrimiento provocado por la licuefacción."

"La falta de obras de protección, como obras de drenaje, muros, zanjas en el pie del talud, vallas especiales para disipar la energía cinética de las masas que caen, canales, etc., fueron la causa de la falla del talud y como consecuencia de ello, el corrimiento de esa masa afectó gravemente el predio de la señora Hilda Marlene Betancur de Franco."

"En la actualidad estas obras de protección ya están construidas y consideramos que son suficientes para la estabilidad del talud." (f. 42 C. 2.1).

2.- Frente a la prueba de los hechos anteriormente descritos, para la Sala resulta claro que en el *sub-júdice* tanto el municipio de Manizales como CRAMSA incurrieron en falla del servicio por omisión, al no solucionar oportunamente el problema que afrontaban los vecinos de la urbanización y del cual fueron informadas las citadas entidades con antelación a la ocurrencia de los hechos materia del proceso.

3.- No puede afirmarse aquí que la solución de dicho problema competía exclusivamente a CRAMSA, como lo señaló la parte pasiva y lo admitió el Tribunal en la sentencia de primera instancia.

El hecho de que la ley 40 de 1971 creó la Corporación Regional Autónoma para la defensa de las ciudades de Manizales, Salamina y Aranzazu, asignándole dentro de sus objetivos la construcción y conservación de obras de alcantarillado, drenaje y defensa

para la estabilidad de los suelos amenazados por erosión y deslizamiento, en forma alguna puede llevar a la conclusión de que el municipiuo a partir de dicha ley hubiese sido relevado de cumplir en esta materia con la obligación constitucional que le imponía el artículo 16 de la Constitución vigente en la época de los hechos, consistente en "proteger a todas las perrsonas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes".

Los estatutos de la citada Corporación, aprobados mediante decreto 1873 de 1987, la conciben como un organismo público de planeación, coordinación y ejecución de obras en materia de uso y defensa de suelos, desarrollo y remodelación urbana, y reforestación y regulación de cauces. Dentro de sus funciones se determina que debe "promover, en coordinación con el Departamento de Caldas, los municipios de su influencia y demás entidades públicas, la integración de los planes, programas y proyectos que ellos adelanten y los que realice la comunidad como también los adelantados por la Corporación.".

Las funciones asignadas legalmente a dicha Corporación, no relevan entonces al municipio de sus obligaciones constitucionales y legales en dichas materias, ni le quitan su condición de rector de la organización y del desarrollo urbano de su circunscripción territorial, para lo cual dicha entidad contaba con instrumentos legales apropiados, como el Código de Construcciones y Urbanizaciones para Manizales. (f. 32 c. 2.2.).

Menos puede afirmarse que el municipio no incurrió en falla del servicio, cuando aparece acreditado en el expediente que fue dicha entidad la que concedió licencia de construcción para la urbanización afectada sin solicitar el estudio de suelos correspondiente y sin obligar a los urbanizadores a realizar los trabajos de protección necesarios; que cuando los vecinos le solicitaron la intervención se limitó a realizar obras para reparar temporalmente el problema sin solucionarlo totalmente; y, que sólo después de ocurrida la tragedia hizo reuniones con las entidades financiadoras; y que, finalmente, en coordinación con CRAMSA, construyó las obras necesarias para solucionar definitivamente el problema.

La falla del servicio de dicha entidad es pues evidente. Si hubiera exigido el estudio de suelos antes de la construcción de la urbanización e impuesto a los urbanizadores la obligación de construir las obras de protección, no se habría producido la tragedia; si cuando se evidenció la gravedad del problema lo hubiera solucionado radicalmente en vez de simplemente ponerle paños de agua tibia, tampoco se habría producido la tragedia y no se habrían perdido los recursos invertidos en una solución inadecuada, pues de todas maneras finalmente dicha entidad terminó pagando parcialmente las obras construidas para la solución del problema. El municipio debió ejercer adecuadamente los poderes que la ley le otorgaba en materia de control a los urbanizadores y no proceder simplemente a "pedirles colaboración" a las entidades financiadoras de dichas obras, luego de ocurrida la tragedia.

5.- La función legal asignada a CRAMSA, a juicio de la Sala, habría comprometido también su responsabilidad, sin eximir de ella al Municipio. En este caso las dos entidades serían solidariamente responsables de los perjuicios ocasionados por la omisión que

produjo los perjuicios ocasionados por la omisión que produjo los perjuicios a los demandantes, en la forma prevista en el artículo 2.344 del Código Civil, sin que pueda admitirse el razonamiento hecho por el tribunal de primera instancia según el cual, "la demanda debió haberse dirigido contra la Corporación Regional Autónoma para la defensa de las ciudades de Manizales, Salamina y Aranzazu y esta en base a lo estipulado en el artículo 57 del Código Adjetivo Civil haber "llamado en garantía" si lo tenía a bien, al ente territorial hoy demandado, quien a su vez pudo hacer comparecer a la firma constructora de las soluciones habitacionales."

Ese razonamiento desconoce que artículo 2.344 antes citado dispone que "si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas era solidariamente responsable de todo el perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones legales de los artículos 2.350.", y que, existiendo solidaridad legal entre las dos entidades obligadas al pago de los perjuicios, la víctima podía demandar por la totalidad de ellos a cualquiera de dichos deudores.

6.- Ni siquiera admitiendo, en gracia de discusión, que el municipio no tenía la función legal de emprender la construcción de las obras, podría aceptarse que no incurrió en falla del servicio, pues es evidente que omitió su deber general de protección de la vida y bienes de los vecinos de la urbanización, que expresamente le demandaron dicha protección, pudiendo cumplir con ella en la medida en que contaba con recursos presupuestales para tal fin, pues tal como lo ha sostenido la Sala, de una parte, la falla del servicio no sólo se deriva del incumplimiento de una norma legal que específicamente imponga a una entidad una obligación determinada, sino que en ella incurre la administración incluso cuando emprende tareas que no le corresponden y las ejecuta inadecuadamente causando perjuicios a los particulares.

Sobre el punto dijo la Sala, en sentencia del 24 de octubre de 1990, expediente No. 5902, actor María Helena Ayala de Pulido, ponente Dr. Gustavo de Greiff Restrepo:

> "Cuando se habla de responsabilidad por falla del servicio quien lo hace se está refiriendo a una especie de responsabilidad nacida de una falla funcional u orgánica que encuentra su fundamento en un servicio que la administración debía prestar, bien por disposición de la ley o de los reglamentos, o cuando de hecho lo asume y que no lo presta o lo presta de manera irregular en el espacio o en el tiempo. En sentencia del 30 de junio de 1989, Exp. 5255, actor Javier de Jesús Ángel Herrera, esta Sala, luego de estudiar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido este instituto y de indicar cómo el criterio de la identificación de la obligación administrativa implica que su incumplimiento se califique como falta del servicio y que se ha considerado como obligación de esta clase la que corresponda a una función que el Estado deba cumplir de acuerdo con la ley o reglamentos, expresó: "...la experiencia ha demostrado que el atenerse al sólo criterio que podríamos llamar funcional deja por fuera muchos casos de evidente falla o falta del servicio, por la sola razón de no estar comprendido el servicio como parte de una función creada

expresamente por la ley y encomendada a un determinado ente. Por esto, los doctrinantes han ampliado la determinación de la obligación administrativa diciendo que ésta existe no sólo en casos en que la ley o el reglamento la consagra expresa y claramente sino también en todos aquellos eventos en que de hecho la administración asume un servicio o lo organiza; y lo mismo cuando la actividad cumplida está implícita en la función del Estado debe cumplir" y más adelante, acogiendo este criterio, dijo que "si la administración tiene como uno de sus fines primordiales proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, no se ve por qué no deba responder de los perjuicios que con su actividad llegue a causar, cuando en ejecución de una tarea que no le corresponde según la ley y el reglamento, pero que de hecho asume en efecto los irroga".

Y, en sentencia del 30 de marzo de 1990, expediente No. 3510, actor Luis Alberto Cifuentes, ponente, Dr. Antonio José de Irrisarri Restrepo dijo:

"Por ello, la falla del servicio es entonces la violación del contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido, ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución Política. Estas dos maneras de abordar el contenido obligacional en lo que al Estado respecta y que permitirá concluir que hay falla del servicio cuando la acción o la omisión estatal causantes de perjuicio lo ha infringido, lejos de excluirse se complementan..."

II.- LOS PERJUICIOS

1.- Para los demandantes, HILDA MARLENE BETANCOURTH DE FRANCO, HILDA ALEXANDRA FRANCO BETANCOURT y PABLO FELIPE FRANCO BETANCOURTH.

Aparece acreditado en el proceso que esta familia residía en la Urbanización Los Cedros, en la Carrera 19A No. 46B-43, y que su vivienda fue totalmente destruida por el deslizamiento, lo cual se demostró con la diligencia de inspección judicial practicada 3 de octubre de 1990 (f. 24 C.2.1); igualmente está demostrado que perdieron todos los bienes muebles que en dicha se encontraban, hecho sobre el cual rindieron declaración LUZ ELENA OCAMPO HENAO (f. 2 c. 2.1), MARIO ALBERTO HENAO DUQUE (f. 13 c.2.1) FERNANDO FRANCO ORTIZ (f. 18 C.2.1) y FABIOLA FERNÁNDEZ (f. 28 c.2.1): La Sala reconocerá, entonces, por este concepto el valor de los bienes muebles, de acuerdo con las facturas allegadas con la demanda, el cual será actualizado desde la fecha de los hechos hasta de la presente sentencia.

Asimismo, está demostrado que los tres demandantes (la madre y los dos hijos menores) se encontraban en la casa de habitación en el momento del deslizamiento; que

quedaron allí atrapados y que fueron rescatados por los organismos de socorro, sufriendo lesiones que los obligaron a ser internados en la Clínica la Presentación de Manizales.

De acuerdo con los testimonios de los médicos CARLOS ALBERTO CASTAÑO MUÑOZ (f. 2 C.2.1), RAÚL ARMANDO GURROLA CHACÓN (f. 4 c. 2.1) y SAMUEL VILLEGAS ESTRADA, la niña HILDA ALEXANDRA presentaba síndrome de atrapamiento por haber estado sepultada por espacio de unas cinco horas, con las correspondientes contusiones en el tórax, abdomen y extremidades; con fractura estable de columna lumbar y múltiples escoriaciones en todo su cuerpo con una herida profunda en la rodilla y el muslo; PABLO FELIPE tenía lesiones menores correspondientes a traumas en tejidos blandos que no revistieron ninguna gravedad; y la madre, HILDA MARLENE, presentaba fractura de tibia y peroné.

Por estas lesiones, se reconocerá a título de perjuicios morales la suma de 600 gramos oro para la madre HILDA MARLENE BETANCOURTH DE FRANCO, para la menor HILDA ALEXANDRA FRANCO BETANCOURTH, la suma de 500 gramos oro y para el menor PABLO FELIPE FRANCO BETANCOURTH, la suma de 300 gramos oro.

Para el resto de los demandantes no se reconocerán perjuicios morales, por cuanto no se acreditó que los hubieran sufrido.

No hay lugar a pronunciamiento sobre perjuicios materiales derivados de las lesiones, pues éstos no fueron solicitados en la demanda.

Liquidación de los perjuicios materiales:

El valor de los bienes muebles de acuerdo con las facturas obrantes a los folios 20, 21, 22 y 24 del cuaderno principal asciende a $1´052.200.00. Esta suma se actualizará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$Vp = Vh \frac{\text{I. Final (Enero/95)}}{\text{I. Inicial (Noviembre/88)}}$$

Donde Vp es igual a valor presente, Vh valor histórico. I Final, índice final aquel certificado por el Dane a la fecha de esta sentencia, e I F, aquel certificado por el Dane al momento de los hechos.

$$Vp = 1´052.200.00 \frac{405.06}{98.87}$$

Vp = $4´310.753.00

Para MARGARITA MARÍA JARAMILLO VILLEGAS

Está demostrado en el curso del proceso que esta demandante era propietaria de la casa de habitación ubicada en la Urbanización Los Cedros, en la carrera 19A No. 46B-

354; al folio 83 del cuaderno principal obra la correspondiente escritura pública de adquisición y al folio 82 el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, donde está inscrita la compra. En la inspección judicial practicada 19 de septiembre de 1990 se acreditó que dicha casa había sido totalmente destruida encontrándose en el lugar de la misma, solamente escombros (f. 23 c. 2.2.); y, en el dictamen pericial rendido el 22 de abril de 1991, se estimó que el valor de su reconstrucción total ascendía a la suma de $4´830.000.00.

Dicho valor se reconocerá a esta demandante como perjuicios materiales a título de daño emergente, el cual será actualizado desde la fecha del dcitamen hasta la presente sentencia. No se accederá al pago del lucro cesante reclamado consistente en el valor de los arriendos dejados de percibir, por cuanto no aparece acreditado el término del contrato de arriendo celebrado por la demandante, ni se calculó el tiempo necesario para llevar a cabo las reparaciones las cuales, como se dijo anteriormente y se constató en la diligencia de inspección judicial, no fueron hechas de todos modos por la parte demandante.

Liquidación:

El valor de las reparaciones, que asciende a la suma de $4´830.297.00 se actualizará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$Vp = Vh \frac{\text{I. Final (Enero/95)}}{\text{I. Inicial (Abril/91)}}$$

Donde Vp es igual a valor presente, Vh valor histórico. I Final, índice final aquel certificado por el Dane a la fecha de esta sentencia, e I F, aquel certificado por el Dane a la fecha del dictamen.

$$Vp = \$4´830.297.00 \frac{405.06}{186.95}$$

Vp = $10´478.687.00

Para María Esther Marulanda Valencia y Elías Serrano Malo:

En el expediente se encuentra acreditado que estos demandantes residían al momento de los hechos en la Urbanización Los Cedros, en la carrera 19A No. 46B-35 y que dicho inmueble resultó también completamente destruido, lo cual se acreditó con la inspección judicial realizada el 7 de febrero de 1991 (f. 72. c. 2.3). Igualmente se acreditó que en dicho inmueble se encontraban los bienes muebles descritos en la demanda, con el testimonio de JOSÉ LUIS y MARÍA CECILIA MARULANDA VALENCIA (fs. 2 y 67 C. 2.3.).

No existe avalúo pericial de dichos bienes, razón por la cual la condena en perjuicios materiales para estos demandantes se hará en abstracto. En el incidente de liquidación

que deberá ser promovido dentro de los sesenta días siguientes a la notificación del auto en el que el *a-quo* disponga dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo, se determinará el valor de los bienes muebles, descritos en la demanda (f. 160), para la fecha de los hechos (28 de noviembre de 1988). Dicho valor histórico no podrá ser superior al indicado en la propia demanda para la fecha antes citada y se actualizará hasta la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga término al incidente.

Para MARTHA INÉS OROZCO DE FIGUEROA:

Está demostrado que esta demandante era propietaria del cincuenta por ciento de la casa de habitación ubicada en la Urbanización Los Cedros de Manizales, en la carrera 19A No. 46B-36; al folio 262 del cuaderno principal obra la correspondiente escritura pública de adquisición y al folio 266 el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, donde está inscrita la compra. En la inspección judicial practicada 14 de marzo de 1991 se acreditó que dicha casa fue destruida (f. 10 C. 3); y, en el dictamen pericial rendido el 20 de mayo de 1991, se estimó que el valor del cincuenta por ciento de la misma ascendía a $3´000.000.00.

Dicho valor se reconocerá a esta demandante como perjuicios materiales a título de daño emergente, el cual será actualizado, desde la fecha del dictamen hasta la presente sentencia. No se accederá al pago de los bienes muebles impetrado por esta demandante, pues en el expediente aparece acreditado que el inmueble al momento de la tragedia era ocupado por inquilinos (Vr certificación de los bomberos f. 20).

Liquidación:

El valor del cincuenta por ciento del inmueble, que asciende a $3´000.000.00, se actualizará de acuerdo con la siguiente fórmula.

$$Vp = Vh \frac{\text{I. Final (Enero/95)}}{\text{I. Inicial (Mayo/91)}}$$

Donde Vp es igual a valor presente, Vh valor histórico. I Final, índice final aquel certificado por el Dane a la fecha de esta sentencia, e I F, aquel certificado por el Dane a la fecha del dictamen.

$$Vp = \$3´000.000.00 \frac{405.06}{181.85}$$

$$Vp = 6´682.321.00$$

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

FALLA:

Revócase en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 7 de marzo de 1994. En su lugar se dispone:

1.- Declárase administrativamente responsable a la ciudad de Manizales de los daños ocasionados a los demandantes con el deslizamiento de tierra ocurrido el 22 de noviembre de 1988 en la urbanización "Los Cedros".

2.- Condénase a la cita entidad a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

A.- A HILDA MARLENE BETANCOURTH DE FRANCO, por concepto de perjuicios materiales la suma de CUATRO MILLONES TRESCIENTOS DIEZ MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS ($4´310.753.00).

A HILDA MARLENE BETANCOURTH DE FRANCO, seiscientos (600) gramos oro; a HILDA ALEXANDRA FRANCO BETANCOURTH quinientos (500) gramos oro; y a PABLO FELIPE FRANCO BETANCOURTH, trescientos (300) gramos oro, por concepto de perjuicios morales. El valor del gramo oro será certificado por el Banco de la República para la fecha de ejecutoria del presente fallo.

B.- Para MARGARITA MARÍA JARAMILLO VILLEGAS la suma de DIEZ MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS ($10´478.687.00), por concepto de perjuicios materiales.

C.- Para MARTHA INÉS OROZCO DE FIGUEROA, la suma de SEIS MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS VEINTIÚN PESOS ($6´682.321.00), por concepto de perjuicios materiales.

3.- Condénase al municipio de Manizales a pagar en abstracto a los demandantes MARÍA ESTHER MARULANDA VALENCIA Y ELÍAS SERRANO MALO, los perjuicios materiales sufridos con los hechos materia del proceso. Siguiendo las pautas indicadas en la parte motiva de este fallo.

Las sumas a que se refiere en el numeral 2 de esta condena devengarán intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y moratorios de ahí en adelante.

Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídase copia auténtica de las sentencias, con constancia de ejecutoria, para las partes, por conducto de sus apoderados haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE. PUBLÍQUESE EN LOS ANALES.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día mayo 18 de 1995.

CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Presidente Sala

JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

LOLA ELISA BENAVIDES LÓPEZ
Secretaria

RIFA-Requisitos/**PERMISO/PÓLIZA DE GARANTIA**-Exigibilidad/**FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN/OBLIGACIÓN CONTRACTUAL**-Incumplimiento/**DECISIÓN DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA**-Inexistencia/**RELACIÓN CONTRACTUAL**-Establecimiento/**JURISDICCIÓN ORDINARIA/COMPETENCIA/DAÑO/PRUEBA/PREMIO DE LOTERIA**-Incumplimiento/**FALLA DEL SERVICIO**-Inexistencia

La responsabilidad que en estos casos puede imputarse al Estado, se deriva de una falla en el servicio. Si la actuación de la administración fue regular, esto es si exigió para otorgar la autorización los requisitos establecidos en la ley, no habrá lugar a acción contra la administración, así el particular no haya podido obtener el pago del premio. Quiere decir lo anterior que el Estado no es garante ante el particular del pago del premio ofrecido en el sorteo en caso de incumplimiento del responsable; la que tiene la condición de garante del pago es la compañía de seguros. El estado debe cumplir una obligación legal que consiste en autorizar la rifa sólo si se cumplen los requisitos establecidos para tal fin, especialmente, se repite, la constitución de una garantía con una compañia de seguros; y si falla en el cumplimiento de dicha obligación, ocasionando con su omisión finalmente perjuicios al ganador del sorteo, deberá responder por los mismos. Para que surja la obligación de reparación a cargo de la administración, no es suficiente la demostración de la falla en el servicio, sino que es necesario que se demuestre la existencia del daño recibido por el particular, siendo indispensable que él demuestre que el responsable del sorteo no cumplió con la obligación contractual que efectivamente surgió a su cargo. Este presupuesto necesario para el establecimiento de la responsabilidad de la administración debe

demostrarse en el proceso administrativo con una decisión de la jurisdicción ordinaria proferida dentro de un proceso surtido obviamente con la presencia del responsdable del sorteo. Esta jurisdicción no puede pronunciarse acerca de la relación contractual entre el responsable del sorteo y el particular, para concluir que para el responsable del sorteo efectivamente nació la obligación contractual de pagar el premio; ese es un pronunciamiento que corresponde a la jurisdicción ordinaria. Sólo una vez se demuestre la existencia de dicha decisión jurisdiccional ejecutoriada y constatada la insolvencia del deudor que le impide lograr efectivamente el pago de su premio (en la hipótesis de que no se acepte que la boleta gananciosa misma y la constancia del resultado del sorteo conforman un título ejecutivo, podrá afirmarse que es viable acudir a esta jurisdicción con el propósito de lograr que la administración responda por los perjuicios causados al ganador por falla en el servicio. A partir de la ejecutoria de dicha decisión judicial, y frente a la insolvencia del responsable del sorteo, se configura el daño como consecuencia de la falla del servicio de la administración; y, por tanto, es a partir de ese momento que deberá contarse el término de caducidad de la acción de reparación directa en favor del ganador del sorteo. "En estos eventos, la oportunidad para instaurar la acción de reparación directa empezará a correr tan pronto se consume el perjuicio y no a partir de la celebración de la rifa". Esta falta de jurisdicción para decidir acerca de dicha relación contractual de naturaleza privada, obliga entonces a que el pronunciamiento acerca de la responsabilidad estatal, en dichos términos, deba ser absolutoria, por cuanto no se acreditó la insolvencia del promotor de la rifa. No obstante aparecer demostrado que el municipio demandado autorizó la realización de la rifa en forma irregular en la medida en que no exigió los requisitos legales correspondientes, no se acreditó que el demandante hubiese iniciado la acción judicial respectiva contra el responsable del sorteo y obtenido sentencia en el cual se declara la obligación de pago a cargo de dicho responsable.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

Referencia: Expediente No. 9315. INDEMNIZACIONES. Actor: ADALBERTO MERCHÁN AGUILAR. Demandado: MUNICIPIO DE GIRÓN.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 17 de noviembre de 1993, en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda y se condenó al actor al pago de las costas del proceso.

ANTECEDENTES

1.- El presente proceso tuvo origen en la demanda presentada el 24 de julio de 1991 por ADALBERTO MERCHÁN AGUILAR contra el MUNICIPIO DE GIRÓN, con el objeto de que dicha entidad fuera declarada responsable de los perjuicios materiales sufridos por el demandante, quien habiendo resultado ganador de un vehículo Sprint modelo 1990, el día 28 de diciembre de 1990, en una rifa autorizada por el municipio demandado, no obtuvo el pago efectivo del mencionado premio.

En los hechos de la demanda se expresó:

A.- Que mediante la resolución No 099 del 22 de febrero de 1990, el municipio demandado autorizó a la firma INVERSIONES SAN ANDRÉS y al CLUB DEPORTIVO AMIGOS DE GIRÓN, a realizar la rifa denominada "SUPER PLAN ALÉGRENSE PORQUE VENGO", en la que se ofreció como premio mayor un automóvil Sprint modelo 1990, libre de impuestos, el cual jugaba el 29 de diciembre de 1990 con el premio mayor de la Lotería de Santander.

B.- Que dicha autorización fue expedida sin el cumplimiento de los requisitos legales señalados en el decreto 537 de 1974 que exiqe para estos casos, entre otros, la prueba de la propiedad del bien ofrecido en la rifa y una garantía de cumplimiento por el valor total del plan de premios.

C.- Que el demandante compra en Girón la boleta No. 2275, que resultó ganadora del premio; se presenta oportunamente a las oficinas de la empresa responsable y no logró el pago del premio ofrecido.

2.- El Municipio de Girón dio contestación a la demanda (f. 43) y se opuso a las pretensiones en ella formuladas.

3.- En la sentencia de primera instancia el Tribunal consideró que no obstante aparecer acreditado en el expediente que el Municipio de Girón había autorizado indebidamente la realización de la rifa, al no exigir el lleno de los requisitos legales establecidos para tal efecto, no había lugar a declarar la responsabilidad de dicha entidad, por cuanto no aparecía acreditado en el expediente que el demandante hubiese ejercido en primer término las acciones judiciales correspondientes para obtener el pago del premio de los directamente responsables que eran los realizadores de la rifa. Agregó, además, que no estaba demostrado en el expediente que el número ganador del sorteo del 28 de diciembre de 1990, había sido el adquirido por el demandante (No. 2275).

4.- En la sustentación del recurso de apelación, el demandante afirma que la responsabilidad de la demandada es directa y se deriva del hecho de no haber exigido al organizador de la rifa el otorgamiento de garantías que respaldaran el pago del premio; expresa igualmente que es ilógico exigir al particular la iniciación de un proceso judicial contra el realizador de la rifa, pues, dada la duración del proceso, se expondría a que su acción administrativa caducara.

El mismo actor allegó al expediente, dentro del trámite de la segunda instancia, copia auténtica del acta de sorteo de la Lotería de Santander, jugado el 28 de diciembre de 1990, en el cual se señala que el premio mayor para dicha fecha correspondió efectivamente al número 2275 de la serie 3 (f. 150).

CONSIDERACIONES

1.- El decreto 537 de 1974 condiciona la realización de este tipo de rifas (ocasionales o transitorias de bienes muebles o inmuebles o premios diferentes a dinero) a la autorización previa del municipio donde ella se realice, otorgada por el alcalde (art. 6). Y, para que la autorización pueda ser concedida, el mismo decreto impone al municipio la obligación de exigir ciertos requisitos, entre los cuales se destaca la prueba de la propiedad de los bienes ofrecidos en el sorteo y la garantía del pago de los premios contratada con una compañía de seguros. Expedida la autorización, cada boleta debe sellarse por el municipio anotando el número y la fecha de la providencia que autorizó la realización de la rifa (art. 7).

El objeto perseguido por dichas normas es garantizar a los particulares que participan en un sorteo avalado por la entidad municipal (a quien se le han pagado impuestos y ha sellado la boletería), que los eventuales derechos que adquieran al resultar ganadores no les serán burlados.

La administración le da certeza así a quien compra una boleta autorizada por ella que el bien ofrecido como premio, al momento de la autorización, es de propiedad del responsable del sorteo; y, además, que el pago del plan de premios está garantizado por una póliza otorgada por una compañía de seguros legalmente constituida en el país.

2.- En el evento de que el adquirente de la boleta resulte ganador del premio y el realizador de la rifa no cumpla su obligación de pagarlo, el particular podrá obtenerlo de la compañía de seguros que garantizó el cumplimiento de dicha obligación. En este caso la acción deberá dirigirla directamente contra la compañía de seguros, caso en el cual el particular solo acudirá al municipio con el objeto de obtener información acerca de la póliza cuya constitución exigió la citada entidad, no en favor de esta sino del comprador favorecido con el sorteo.

3.- Ahora bien, qué sucede si el particular no puede obtener el pago por la compañía de seguros, bien sea porque no se prestó la garantía, o porque la garantía fue prestada por cuantía insuficiente o por un término inadecuado y sin embargo el municipio había concedido la autorización?

Resulta evidente aquí que el particular ha recibido un perjuicio (no pudo cobrarle a la compañía de seguros), y que dicho perjuicio lo recibió porque la administración falló al conceder inadecuadamente la autorización para llevar a cabo la rifa; en especial en aquellos extremos que protegían los derechos de los ganadores.

Esa conducta irregular de la administración ocasiona daños al particular ganador del sorteo, pues es evidente que si la entidad hubiese cumplido con su obligación de exigir el otorgamiento de la garantía establecida en la ley, el particular habría podido dirigirse contra la compañía de seguros en el caso no recibir el pago del premio del organizador del sorteo.

4.- Dicho daño sólo lo recibe el particular en el momento en que, verificado el incumplimiento por parte del realizador del sorteo, acude a la administración y se encuentra con que la garantía que debió prestarse en realidad no se prestó. El daño no surge entonces de la ilegalidad del acto de autorización del sorteo, pues cuando éste se profiere ningún daño causa al particular; frente a éste el perjuicio solo se estructura cuando efectivamente resulta ganador del sorteo y ante el incumplimiento del responsable no puede tampoco obtener el pago del premio de una compañía de seguros.

De lo anterior se deduce entonces que la acción procedente para obtener la reparación de los perjuicios en estos casos es la de reparación directa, sin que sea necesario solicitar la nulidad del acto administrativo de autarización, porque su sola ilegalidad no constituye por sí sola, la causa de los perjuicios sufridos por el actor, porque no necesariamente habría causado perjuicios al particular si el organizador del sorteo hubiese cumplido con sus obligaciones. De este modo, se precisa en este punto lo expresado por la Sala en la sentencia del 20 de agosto de 1992, dentro del expediente No. 5930, actor JORGE ENRIQUE MORENO LEYVA, ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

2.- Ahora bien, la Sala ha sostenido que la acción del particular contra el Estado en este es subsidiaria, en cuanto el particular solo puede demandar de éste el pago de perjuicios cuando el directamente responsable (el organizador del sorteo) no ha dado cumplimiento a su obligación, debiendo demostrarse en el proceso que contra dicho responsable se promovieron, con resultados infructuosos, las acciones judiciales correspondientes para obtener el pago del premio. (Sentencia del 21 de agosto de 1992, expediente No 6971, actor Rosaura Meléndez de Rabayo, ponente Carlos Betancur Jaramillo).

En este punto deben hacerse las siguientes precisiones:

A.- La responsabilidad que en estos casos puede imputarse al Estado, se deriva de una falla en el servicio. Si la actuación de la administración fue regular, esto es si exigió para otorgar la autorización los requisitos establecidos en la ley, no habrá lugar a acción contra la administración, así el particular no haya podido obtener el pago del premio.

Quiere decir lo anterior que el Estado no es garante ante el particular del pago del premio ofrecido en el sorteo en caso de incumplimiento del responsable; la que tiene la condición de garante del pago es la compañía de seguros.

El Estado debe cumplir una obligación legal que consiste en autorizar la rifa solo si se cumplen los requisitos establecidos para tal fin, especialmente, se repite, la constitución de una garantía con una compañía de seguros; y, si falla en el cumplimiento de dicha

obligación, ocasionando con su omisión finalmente perjuicios al ganador del sorteo, deberá responder por los mismos.

En la sentencia del 20 de agosto de 1992 con ponencia del Dr. Juan de Dios Montes Hernández, la Sala dijo al respecto:

> "En efecto, la pretensión que el actor esgrime frente al municipio nada tiene que ver con el contrato que el adquirente de la boleta celebró con la firma propietaria de la rifa; por supuesto que el ente público es un tercero respecto de dicha convención; lo que ocurre es que la transacción sólo fue posible por la autorización que previamente (y sin ninguna exigencia) otorgó la alcaldía municipal para que las boletas se vendiesen al público; esta es la conducta censurada; el indebido ejercicio de esa especie de tutela que la ley ha confiado a los funcionarios para proteger la confianza del público.
>
> "... Es claro que en nuestro país la proliferación de rifas y loterías es índice claro de su responsabilidad; es el tributo que los pobres pagan por la esperanza; de allí que la ley haya buscado proteger su confiabilidad, máxime cuando es el propio Estado, o en todo caso, las entidades públicas las detentadores principales de esta actividad; de manera que cuando los funcionarios, en desacato de la ley, autorizan a entidades fantasmas o incapaces de responder con lo prometido, o simplemente decididas a enriquecerse con la ilusión de las gentes, para sacar al público rifas que nunca se cumplen; dicha actuación compromete la responsabilidad patrimonial de los entes estatales."

B.- Ahora bien, para que surja la obligación de reparación a cargo de la administración, no es suficiente la demostración de la falla en el servicio, sino que es necesario que se demuestre la existencia del daño recibido por el particular, siendo indispensable que él demuestre que el responsable del sorteo no cumplió con la obligación contractual que efectivamente surgió a su cargo.

C.- Este presupuesto necesario para el establecimiento de la responsabilidad de la administración debe demostrarse en el proceso administrativo con una decisión de la jurisdicción ordinaria proferida dentro de un proceso surtido obviamente con la presencia del responsable del sorteo.

Y ello es así, porque esta jurisdicción no puede pronunciarse acerca de la relación contractual entre el responsable del sorteo y el particular, para concluir que para el responsable del sorteo efectivamente nació la obligación contractual de pagar el premio; ese es un pronunciamiento que corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Solo una vez se demuestre la existencia de dicha decisión jurisdiccional ejecutoriada y constatada la insolvencia del deudor que le impide lograr efectivamente el pago de su

premio (en la hipótesis de que no se acepte que la boleta gananciosa misma y la constancia del resultado del sorteo conforman un título ejecutivo), podrá afirmarse que es viable acudir a esta jurisdicción con el propósito de lograr que la administración responda por los perjuicios causados al ganador por falla en el servicio, consistente, como se dijo, en la autorización dada para hacer el sorteo sin el lleno de los requisitos contemplados para salvaguardar los derechos de los ganadores.

D.- A partir de la ejecutoria de dicha decisión judicial, y frente a la insolvencia del responsable del sorteo, se configura el daño como consecuencia de la falla del servicio de la admistración; y, por tanto, es a partir de este momento que deberá contarse el término de caducidad de la acción de reparación directa en favor del ganador del sorteo. En la sentencia del 21 de agosto, ya la Sala había dicho que "en estos eventos, la oportunidad para instaurar la acción de reparación directa empezará a correr tan pronto se consume el perjuicio y no a partir de la celebración de la rifa."

4.- Esta jurisdicción no puede pronunciarse entonces sobre la relación contractual entre el responsable del sorteo y el ganador del premio, materias como la validez del contrato, el cumplimiento de las obligaciones por parte del ganador, entre otras, son de la competencia de la jurisdicción ordinaria.

Decidir sobre la responsabilidad de la Administración, implicaría admitir previamente que el organizador del sorteo tenía efectivamente la obligación de pagar el premio, determinación que no puede tomarse por esta jurisdicción y menos sin la presencia del propio responsable de dicha obligación.

5.- Esta falta de jurisdicción para decidir acerca de dicha relación contractual de naturaleza privada, obliga entonces a que el pronunciamiento acerca de la responsabilidad estatal, en dichos términos, deba ser absolutoria, por cuanto no se acreditó la insolvencia del promotor de la rifa, como se explicó atrás.

6.- Aplicados los principios anteriores al *sub-júdice* en el cual, no obstante aparecer demostrado que el municipio demandado autorizó la realización de la rifa en forma irregular en la medida en que no exigió los requesitos legales correspondientes, no se acreditó que el demandante hubiese iniciado la acción judicial respectiva en la cual se declarara la obligación de pago a cargo de dicho responsable, no podrá accederse a las pretensiones aquí formuladas.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 17 de noviembre de 1993.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DE LA CORPORACIÓN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha junio 22 de 1995.

CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Presidente de la Sala

JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

LOLA ELISA BENAVIDEZ LÓPEZ
Secretaria

NOTA DE RELATORÍA: Reiteración jurisprudencial de la sentencia de 21 de agosto de 1992, Exp. 6971.

LIQUIDACIÓN DE CONTRATO/ACTA DE LIQUIDACIÓN-Efectos/**OBJECIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO**-Inexistencia/**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO/ CONFIANZA**

La relación negocial entre las partes fue una sola, iniciada con la suscripción del contrato y definitivamente terminada, con la liquidación final lograda de mutuo acuerdo. Es apenas en el momento de realizarse este último acto, ya sea de mutuo acuerdo o unilateralmente en caso de no lograrse el concurso, cuando las partes saben en que estado financiero quedaron, si están o no conforme con las cuentas liquidadas. Para el contratista este momento es particularmente importante, dado que es la oportunidad en la cual conoce con certeza cuánto se le va a pagar y que reconocimientos económicos le hará la administración. Pretender que el término de caducidad corra en forma independiente para cada pago que se haga en la ejecución del contrato, afectaría la relación entre los contratantes, dado que atenta la confianza que debe existir entre ellos para que pueda lograrse la satisfactoria ejecución del contrato. Esta finalidad no se lograría si el contratista, inclusive durante la ejecución misma del contrato se ve obligado a estar demandado a la administración contratante por cada pago que reciba y con el cual no está de acuerdo. En la ejecución de los contratos estatales debe darse especial importancia a la confiabilidad que los contratantes se ofrecen y que les permite conciliar, en el momento de la liquidación final, los conflictos que entre ellos se presenten. Es apenas razonable que el contratista, a quien le interesa mantener una buena relación con la contratante, espere a terminar la relación contractual, para decidir si demanda o no, a la administración. Habida cuenta de que la demanda fue presentada el 13 de diciembre de 1986,

es decir, exactamente 2 años después de haberse realizado la liquidación final del contrato, no se consolidó el fenómeno de la caducidad de la acción, razón por la cual habrá de estudiarse el litigio en relación con todas las pretensiones. En cuanto a las reclamaciones formuladas por el demandante, el acta de liquidación final realizada de mutuo acuerdo entre las partes, sin que se dejara reclamación alguna por el contratista, al momento de suscribir el acta de liquidación final, pone de manifiesto su conformidad con los pagos que le hizo la entidad, en relación con la ejecución del contrato y en especial con las cuentas de cobro 1 a 6, de tal manera que ahora no procede ninguna reclamación por el rompimiento del equilibrio financiero que se haya podido presentar en la ejecución del contrato, ni por la demora en que haya incurrido la administración demandada en el pago de las cuentas, al menos los números 1 a 6, que según la liquidación ya habían sido pagadas para esa época.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidos (22) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

Referencia: Expediente No. 9965. Actor: ANÍBAL FRANCO GÓMEZ. Demandado: I.D.U.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia de 5 de mayo de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO.- Deniéganse las excepciones propuestas por el IDU, relativas a no haber probado el demandado, la existencia y representación legal del demandado.

"SEGUNDO.- Declárase de oficio la excepción perentoria de caducidad, respecto de las pretensiones procesales, atinentes a la indemnización de perjuicios, originados éstos, en el desequilibrio financiero, en la mora del pago del anticipo y de las cuentas de cobro Nos. 2 al 5, del señor Aníbal Franco Gómez en el contrato de obra pública No. 034 de 1983 y en los mayores costos en que tuvo que incurrir en razón de las prórrogas del contrato.

"TERCERO.- Como consecuencia de la declaración anterior, deniéganse esas súplicas de la demanda.

"CUARTO.- Declárase probada la excepción formulada por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO "I.D.U.", atinente a la existencia del ACTA BILATERAL DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO 034 DE 1983 Y DE SUS ADICIONALES, firmada sin reparo por parte del contratista, señor ANÍBAL FRANCO GÓMEZ, en cuanto a las pretensiones concernientes al pago de la

diferencia de los valores del A.I.U. señalados en la propuesta y los efectivamente pagados, y las obras adicionales no canceladas.

"QUINTO.- Como consecuencia del numeral anterior, deniéguense esas súplicas de la demanda.

"SEXTO.- Declárase responsable al IDU, por la mora en la cancelación de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, numeradas como 6 y 7.

"SÉPTIMO.- Como consecuencia de la declaración anterior, condénase al IDU en CONCRETO a cancelar a titulo de daño emergente y lucro cesante, las sumas actualizadas conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia de doscientos cincuenta y siete mil setecientos cuarenta pesos con tres centavos ($257.740.03) y trescientos veintisiete mil cuatrocientos pesos con veintiocho centavos ($327.400.28).

"OCTAVO.- La cantidad anterior ganará intereses comerciales corrientes, durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, y moratorios después de este término hasta su cancelación.

"NOVENO.- Decláranse no probadas las demás excepciones formuladas por el demandado.

"DÉCIMO.- Declárase no próspera la objeción que por error grave le imputó el IDU al dictamen pericial. (Artículo 238, numeral 6o. del C.P.C.).

"DÉCIMO PRIMERO.- Sin condena en costas, pues no se causaron."

I.- ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Lo que se demanda.

En escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 13 de diciembre de 1986, el señor ANÍBAL FRANCO GÓMEZ, en ejercicio de la acción contractual y a través de mandatario judicial, presentó demanda en contra del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU, para que se hicieran las declaraciones y condenas que después de modificada la demanda, pueden resumirse, así:

1) Que se declare al ente demandado responsable de los perjuicios sufridos por el contratista con la alteración del equilibrio financiero del contrato No. 034 de 1983 y los adicionales 1 de julio 3 de 1984 y 2 de julio 25 del mismo año; alteración producida por la imprevista e imprevisible entrada en vigencia del Dto. 3541 de 29 de diciembre de 1983, que incrementó el IVA, aumentando notoriamente los costos de la obra contratada.

2) Que el IDU es responsable de los perjuicios sufridos por el contratista, tales como: mayor precio de materiales y mayores costos de administración, como

consecuencia de la mora en los pagos de los anticipos y de las cuentas de cobro, y de la prórroga unilateral del contrato.

3) Que se condene al IDU al pago de las obras adicionales que efectivamente se realizaron y no fueron tenidas en cuenta.

4) Que se condene al IDU a pagar las diferencias entre el A.I.U. que el contratista incluyó en su propuesta y aquellos que efectivamente le fueron pagados en relación a la construcción de una subestación eléctrica capsulada y a la instalación de un equipo hidroneumático.

5) Que a título de daño emergente se pague al contratista: a) el mayor costo respecto de la propuesta, que debió pagar por los materiales de construcción como consecuencia de la entrada en vigencia del IVA; b) mayor costo que debió pagar por los materiales necesarios para la realización del contrato y sus adicionales, como consecuencia de la demora en los pagos de los anticipos y de las cuentas de cobro y de la prórroga del contrato; c) el valor de las obras adicionales que el contratista sufragó y que no fueron tenidas en cuenta por el IDU, a las cuales se refiere la comunicación 120 de abril 30 de 1984 dirigida por el contratista al IDU; d) la diferencia existente entre el A.I.U. pactado en la propuesta y aquel efectivamente pagado en lo concerniente a la construcción de una subestación eléctrica capsulada y a la instalación de un equipo hidroneumático.

6) Que a título de lucro cesante, se ordene el pago de: los réditos de las sumas de dinero que resulten como daño emergente, a las tasas de interés bancario, el reajuste por devaluación monetaria de las mismas sumas.

2o. Los hechos.

Para fundamentar las pretensiones se expusieron los hechos que en síntesis, dicen:

Al señor ANÍBAL FRANCO GÓMEZ se le adjudicó la licitación pública No. IDU-SC-0014-83, para la terminación de la escuela Santa Bárbara segundo sector. En virtud de tal adjudicación las partes suscribieron el contrato No. 034 de 28 de diciembre de 1983.

El 29 de diciembre del mismo año, el gobierno nacional expidió el Dto. No. 3541, mediante el cual se incrementó en un 4%, el impuesto a las ventas.

El contratista se obligó a ejecutar las obras objeto del contrato a los precios indicados en la propuesta aceptada por el IDU, estipulación que sólo era aplicable para circunstancias normales y que no comprendia los imprevistos que se pudieran presentar luego de la celebración del contrato.

El valor del contrato se estableció en la suma de $38'185.014.49, de la cual se pagaría el 40% a título de anticipo, una vez perfeccionado el contrato, y el resto, mediante la

presentación por el contratista de cuentas de cobro mensual y una vez éstas fueran aprobadas por la interventoría. Se pactó que no habría lugar a reajustes.

El plazo para la ejecución de la obra se estableció en 18 semanas. El contratista entregó oportunamente, pero el IDU no hizo los pagos en la forma estipulada, sino que siempre hubo demora, así:

– El contrato fue legalizado el 29 de febrero de 1984 y el anticipo (cuenta No. 1) fue pagada el 22 de marzo de 1984.

– La cuenta No. 2 por valor de $17'173.409.86, fue presentada el 3 de abril de 1984 y se canceló el 25 de mayo de 1984 (demora 52 días).

– La cuenta No. 3, por valor de $17'727.581.24, fue presentada el 2 de mayo de 1984 y cancelada el 22 de junio de 1984 (demora 50 días).

– La cuenta No. 4, por valor de $5'985.839.49, fue presentada el 1o. de junio de 1984 y fue cancelada el 17 de agosto de 1984. (la demora fue de 46 días).

– La cuenta No. 5, por valor de $12'284.181.02, fue presentada el 1 de septiembre de 1984. La auditoría del IDU la rechazó y la devolvió a la subdirección de construcciones por falta de disponibilidad presupuestal, porque la Secretaría de Educación no había hecho giro alguno al IDU. El contratista debió fraccionar ésta, en dos cuentas, así: la No. 5 por valor de $1'295.437.68, cancelada el 9 de noviembre de 1984; y la No. 6, por valor de $10'988.753.40, fue cancelada el 27 de diciembre de 1984. (la demora en el primer caso fue de 87 días y en el segundo de 57 días).

– La cuenta No. 7, por valor de $1'475.130.66, fue presentada el 9 de octubre de 1984 y se canceló el 6 de junio de 1985, 324 días después.

En el contrato se pactó la facultad de IDU de ordenar la realización de obras complementarias a las contratadas, las que debían convenirse mediante actas y pagarse a los precios ofrecidos en la propuesta y en caso de no estar incluidos en ella, se fijarían por mutuo acuerdo entre las partes con base en el porcentaje del AIU fijados por el contratista en los análisis de precios de la propuesta.

La ejecución de la obra se desarrolló, así:

El acta de iniciación de obra se firmó el 2 de marzo de 1984, fecha a partir de la cual se inició la obra.

– El 1o. de abril de 1984, entró en vigencia el Dto. 3541 de 29 de diciembre de 1983 que aumentó del 6 al 10%, el IVA, circunstancia ésta imprevisible que alteró gravemente el equilibrio contractual para el contratista, puesto que la totalidad de los materiales a adquirir para la realización de la obra, se veían gravados con un 4% adicional al 6% que establecía el régimen anterior

– El pago tardío del anticipo y las cuentas, obligó al contratista a comprar tardíamente los materiales de construcción y en consecuencia, a asumir los incrementos que éstos sufrieron mensualmente.

– El 30 de abril de 1984, el contratista envió al IDU una comunicación en la cual solicitaba el pago del acero de refuerzo y ponía en conocimiento de la entidad que la Empresa de Energía Eléctrica no aprobaba el servicio, mientras no se construyera una subestación capsulada y un equipo hidroneumático. No se obtuvo respuesta.

– Al contrato se hicieron 2 adiciones, la No. 1, el 3 de julio de 1984, para prorrogar en un mes el plazo de ejecución pactado en el contrato original. Se estableció que la prórroga no causaría reajustes en los precios originalmente pactados, en atención a la modalidad del contrato. En la número 2 se adicionó en $11'000.000 el valor del contrato y se estableció que el pago de esa suma quedaría subordinada a la apropiación presupuestal de esa vigencia fiscal. Se refería a la de 1984.

– En comunicación de 27 de julio de 1984, el secretario general del IDU informó al contratista que la aprobación de la adición quedaba supeditada a la certificación de la disponibilidad presupuestal por parte del FONSED de la secretaria de educación distrital, lo cual vino a constituir una modificación unilateral al contrato adicional No. 2. En relación con ese contrato no se hizo el anticipo del 40%, a pesar de ello el contratista continuó con la ejecución de la obra a que se refería el contrato adicional.

– El 13 de diciembre de 1984 se suscribió el acta de liquidación de obras, aunque las obras habían sido terminadas en su totalidad el 12 de agosto de 1984.

– El 29 de mayo de 1985 el contratista solicitó al IDU que se le reconocieran los perjuicios derivados del contrato. La entidad le respondió que de conformidad con la cláusula 5a. del contrato, era imposible atender la solicitud por cuanto el pago se había pactado a precio unitario fijo y plazo fijo, y por tanto no había lugar al pacto de reajuste de precios.

3o. La actuación procesal.

Admitida la demanda y su adición y notificadas estas decisiones a la demandada, esta entidad en forma oportuna y por medio de apoderada judicial dio respuesta por medio de los escritos que reposan a folios 84 a 90, 149 a 150 y 162 a 168 del cuaderno principal. Allí explicó que no le era aplicable la Teoría de la Imprevisión consagrada en el art. 868 del Código de Comercio la cual tomaba el actor como fundamento jurídico de su demanda, por cuanto sólo era aplicable a comerciantes y el IDU no tenía tal carácter, como tampoco lo tenía el demandante. Explicó que la actividad del establecimiento público demandado no conllevaba enriquecimiento ni lucro para ese ente, sino, embellecimiento y utilidad para la comunidad.

Destacó la circunstancia de que el contratista presentó la propuesta en la modalidad de precio fijo a plazo fijo, hipótesis en la cual no hay lugar al pago de reajuste de precios.

Explicó además que la entidad no tenía nada que ver con los perjuicios que el contratista dice haber recibido, porque el equilibrio es para las partes contratantes y el IDU no puede asumir los perjuicios, máxime si se tiene en cuenta que es una entidad sin ánimo de lucro.

Puso de presente que durante la relación negocial no se observó inconformidad del contratista, ni en la suscripción del acta de análisis de precios, ni en los recibos de pago, ni en la aceptación y suscripción del acta de liquidación final, lo cual le impide reclamar perjuicios ante la jurisdicción.

Al alegar de conclusión las partes insistieron en los argumentos expuestos en la demanda y su contestación.

El señor agente del Ministerio Público por su parte expuso en relación con el acta de liquidación final suscrita por las partes, "...la ausencia de salvedades por parte del contratista, significa la aceptación de lo consignado en el acta de liquidación y no hay lugar, como lo ha sostenido el Consejo de Estado, a reclamar contra ella jurisdiccionalmente. En otras palabras, no existiendo ningún vicio del consentimiento que invalide la liquidación, por el contrato mismo, sólo debe reconocerse el saldo de $13.992.52, acerca de lo cual se dejó expresa constancia y haciendo una interpretación un poco amplia del asunto, también se deben reconocer intereses entre el 13 de diciembre de 1984 y el 6 de junio de 1985, por la cuenta que se canceló en esta última fecha. Es comprensible que por hallarse en trámite, la mención de tal cuenta se hubiese omitido explícitamente en el acta de liquidación, hecho que, bajo ninguna circunstancia releva a la administración de pagarla...".

4o. La sentencia apelada.

El Tribunal en primer término negó las excepciones previas propuestas, porque la demandada es una persona jurídica de derecho público y la normatividad vigente al momento de presentación de la demanda, exigía que a ésta se acompañara la prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas distintas de las de derecho público que intervengan en el proceso.

Luego concluyó que no prosperaba la objeción por error grave en contra del dictámen formulada por el IDU, porque los peritos se limitaron a responder a la prueba en la forma en que fue decretada y esa decisión no se objetó.

A continuación declaró oficiosamente la excepción de caducidad de la acción, en relación con todas aquellas pretensiones que tenían como causa hechos ocurridos antes del 13 de diciembre de 1984, es decir, 2 años antes de la presentación de la demanda. Con la caducidad quedaron cobijadas las siguientes pretensiones:

– El perjuicio derivado del desequilibrio financiero del contrato, producto de la entrada en vigencia el 1o. de abril de 1984, del Dto. 3541/83, que aumentó el IVA.

– El perjuicio derivado de la mora en el pago del anticipo y de las cuentas Nos. 2 a 5, puesto que los pagos ocurrieron antes del 13 de diciembre de 1984.

– Los perjuicios derivados de los mayores costos provenientes de las alzas de los materiales de construcción, por cuanto el alza de precios se presentó durante la ejecución del contrato y esa ejecución terminó con anterioridad a diciembre de 1984.

Así las cosas, no quedaron cobijadas por el fenómeno de la caducidad aquellas pretensiones relativas al no pago oportuno de las actas 6 y 7, al no pago de las obras adicionales y al no pago de la diferencia de los valores de A.I.U. propuestos en la oferta y efectivamente pagados.

En relación con estas pretensiones accedió a reconocer a titulo de daño emergente la actualización del valor de las actas 6 y 7, desde el momento de su presentación hasta el momento del pago; a ese valor le restó lo efectivamente pagado y condenó por el saldo insoluto. Como lucro cesante, reconoció intereses del 6% anual sobre el valor sin actualizar de las cuentas de cobro y por el tiempo que se demoró el pago. La condena fue por $257.740 en relación con el acta No. 6 y por $327.400, por la No. 7. ordenó la actualización de esas sumas.

5o. Los recursos de apelación.

Inconformes las partes con esa decisión, apelaron.

La actora pretende la modificación de la sentencia en los siguientes aspectos:

1o.) En cuanto declaró la caducidad parcial de la acción, sin tener en cuenta que las actas de pago estaban sujetas a una revisión contractual prevista para la liquidación final, teniendo esas actas el carácter de meramente provisionales, conforme a lo señalado en la cláusula 21 del contrato. Por consiguiente, es evidente que sólo a partir del momento de la revisión en este caso de la liquidación, podía iniciarse el cómputo del término para efectos de caducidad. Aceptar la tesis de la sentencia llevaría a presentar una demanda por cada compra realizada y que estaba afectada con el IVA.

2o.) En cuanto desconoció que en el acta de liquidación sólo se liquidó lo que fue objeto del contrato, y no versó sobre hechos o circunstancias no previstas en el contrato. Que un reclamo en el acta de liquidación final habría tenido la implicación de una demora adicional en el pago de los saldos finales con la consecuencia de agravar aún más el perjuicio económico que conllevó el contrato.

3o.) En cuanto no tuvo en cuenta la sentencia que en el contrato si se señaló exactamente el porcentaje del AIU que correspondía a imprevistos, en un 5%. Además, los imprevistos que se ponderan en un contrato de obra se refieren a la misma ejecución de la obra y consisten en: daños que se presentan en la obra durante su realización, en faltantes de materiales, en accidentes que ocurren durante la obra, en robos, en incrementos de precios que se generan por la falta de abastecimiento oportuno de materiales, etc. Este tipo de imprevistos no puede comprender razonablemente, una serie de impuestos en la magnitud en la que se incrementó el IVA.

4o.) En cuanto tampoco le asiste razón al Tribunal en su decisión en relación con las obras adicionales dado que en éstos no estuvo presente la voluntad del contratista, sino que estaba obligado a realizarlos conforme a los dispuesto en la cláusula 8a. del contrato principal.

5o.) En cuanto a la liquidación de la condena donde sin explicación alguna se tomó el índice de precios al consumidor y no aquellos certificados por CAMACOL, cuando el reclamo versa sobre aspectos relativos a la construcción.

El IDU para fundamentar su recurso argumentó que era un establecimiento público del orden distrital, cuya fuente de ingresos está constituida por los aportes y transferencias de otras entidades y por recursos propios provenientes del cobro de valorización, razón por la cual el trámite de las cuentas de cobro conlleva un procedimiento que en algunos casos excede del mes siguiente a la presentación de la cuenta de cobro. Pidió que en caso de determinarse la existencia de la demora en el pago de las cuentas, debía calcularse el ajuste al valor tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor, sin intereses.

6o. La actuación en esta instancia.

En el término concedido por el *ad-quem* para alegar, la parte demandada presentó el escrito que obra a folios 467 y s.s. del cuaderno principal, en el cual insistió en el argumento de que el contratista firmó el acta de liquidación final sin reparos, lo cual le impide demandar ante la jurisdicción, el pago de perjuicios.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la sentencia apelada deberá ser modificada, por cuanto no comparte el manejo que al tema de la caducidad de la acción le dio el *a-quo*, como se explica adelante.

El acervo probatorio recaudado da cuenta de los siguientes hechos:

1o.) Que las partes aquí enfrentadas suscribieron el 28 de diciembre de 1983, el contrato No. 034 (fl. 32 y s.s. cuaderno principal), en el cual se pactó:

OBJETO: La construcción de las obras necesarias para la terminación de las obras de la Escuela Santa Bárbara Segundo sector; por los precios indicados por el contratista, en la propuesta aceptada por el IDU.

VALOR: $38.185.014.49.

FORMA DE PAGO: a título de anticipo, el 40% de valor del contrato, previo su perfeccionamiento y una vez constituidas y aceptadas las garantías exigidas por la contraloría distrital. El resto, mediante la presentación de cuentas de cobro mensual por obra ejecutada, formuladas por el contratista de acuerdo con las cantidades de obra aceptadas por la interventoría, en la respectiva acta.

REAJUSTES: En la cláusula quinta del contrato se previó que por ser precio unitario fijo y plazo fijo, no había lugar a pactar reajustes.

OBRAS COMPLEMENTARIAS. En la cláusula octava, el IDU se reservó el derecho de ordenar la realización de obras complementarias a las contratadas. Para la fijación del precio de tales obras se estipuló que se tomarían los precios unitarios del contrato y en caso de no estar previstos allí, se acordarían entre el IDU y el contratista, sin variar el porcentaje del A.I.U. que el contratista fijó en el análisis de precios de la propuesta.

2o.) Que el contrato se ejecutó entre el 8 de marzo de 1984, fecha en la cual se suscribió el acta de iniciación de obra (fl. 51 y s.s. *ibídem*), y el 12 de agosto de 1984, conforme consta en el acta No. 11 de diciembre 7 de 1984, sobre comprobación de la ejecución de las obras (fl. 119 *ibídem*).

3o.) Que la contratante ordenó la ejecución de unas obras adicionales, que incrementaron el precio inicial del contrato, en $10.986.000.

4o.) Que la liquidación del contrato, incluidas las obras adicionales, se realizó el 13 de diciembre de 1984, según consta en el acta No. 12 (fl. 114 y s.s. cuaderno principal). la liquidación se efectuó de mutuo acuerdo entre las partes, fue suscrita por el contratista, el interventor y cuatro funcionarios de la contratante, entre ellos el director del IDU. El estado financiero del contrato, se determinó, así:

"ESTADO FINANCIERO

Valor inicial	$ 38.185.014.49
Adiciones	$ 11.000.000.00
Valor total	$ 49.185.014.49
Valor obra ejecutada según contrato	$ 38.182.268.57
Valor obra ejecutada adicional	$ 10.988.753.34
Valor total obra ejecutada	$ 49.171.021.91
Valor reajustes causados	-0-
Valor total obras más reajustes	$ 49.171.021.91
Valor saldo del contrato	$ 13.992.58
Valor anticipo	$ 15.274.005.80
Valor anticipo amortizado	$ 15.274.005.80
Saldo por amortizar	-------

5o.) Que los pagos realizados por el IDU, constan en las siguientes cuentas:

"RELACIÓN DE CUENTAS CANCELADAS DEL CONTRATISTA Y AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO:

Cta	Fecha	R. de O.	Acta de R. de O.	Valor Obra	Descuento Adicional	Amortización	Saldo
1	05-03-84	015	Anticipo				15.274.005.oo
2	03-04-84	022	1	13.173.409.86	395.202.30	5.269.363.94	10.004.641.86
3	02-05-84	030	2	17.727.581.54	531.827.45	7.091.032.62	2.913.609.24
4	01-06-84	033	3	5.985.839.49	179.575.18	2.394.335.80	519.273.44
5	01-09-84	042	4	1.295.437.68	38.863.13	519.273.44	- 0 -
6	03-10-84	050	5	10.988.753.34	329.662.60	- 0 -	- 0 -
				49.171.021.91	475.130.66		
7	09-10-84	051	6			Reembolso garantía adicional $1.475.130.66".	

Establecidos estos hechos en especial la circunstancia de que la liquidación del contrato tuvo lugar el 13 de diciembre de 1984, y teniendo en cuenta que esta demanda fue presentada el 13 de diciembre de 1986, la Sala encuentra que no se presentó el fenómeno de la caducidad de la acción conforme lo declaró el Tribunal *a-quo*. En la sentencia apelada, se hace tal declaración en relación con todas aquellas pretensiones que tuvieron como causa un hecho ocurrido antes del 13 de diciembre de 1984. Corrieron esta suerte la solicitud de reconocimiento de los perjuicios causados con la entrada en vigencia del Dto. 3541 de 29 de diciembre de 1983; con la demora en el pago del anticipo y de las actas Nos. 2 a 5; y con el incremento mensual de los materiales de construcción, presentada en la ejecución del contrato.

La Sala se aparta de la tesis que llevó al tribunal a declarar la caducidad parcial de la acción, por cuanto la relación negocial entre las partes fue una sola, iniciada con la suscripción del contrato y definitivamente terminada, con la liquidación final lograda de mutuo acuerdo. Es apenas en el momento de realizarse éste último acto, ya sea de mutuo acuerdo o unilateralmente en caso de no lograrse el concurso, cuando las partes saben en que estado financiero quedaron, si están o no conformes con las cuentas liquidadas. Para el contratista este momento es particularmente importante, dado que es la oportunidad en la cual conoce con certeza cuánto se le va a pagar y que reconocimientos económicos le hará la administración.

Pretender que el término de caducidad corra en forma independiente para cada pago que se haga en la ejecución del contrato, afectaría la relación entre los contratantes, dado que atenta la confianza que debe existir entre ellos para que pueda lograrse la satisfactoria ejecución del contrato. Esta finalidad no se lograría si el contratista, inclusive durante la

ejecución misma del contrato se ve obligado a estar demandando a la administración contratante por cada pago que reciba y con el cual no está de acuerdo.

En la ejecución de los contratos estatales debe darse especial importancia a la confiabilidad que los contratantes se ofrecen y que les permite conciliar, en el momento de la liquidación final, los conflictos que entre ellos se presenten. Es apenas razonable que el contratista, a quien le interesa mantener una buena relación con la contratante, espere a terminar la relación contractual, para decidir si demanda o no, a la administración.

Viene a propósito para este asunto las precisiones que sobre el tema de la caducidad de la acción en materia contractual, hizo la Sala en auto de 8 de junio de 1995, dictado en el proceso radicado al No. 10.684, Actor: JUAN DE DIOS JURADO GÓMEZ, donde con ponencia de quien ahora proyecta ésta, se dijo:

> "La interpretación hecha por el Tribunal desconoce por completo la noción del ejercicio de las acciones contractuales, dado que el negocio jurídico es un todo inescindible respecto del cual habrán de tenerse de presente fenómenos tales como su terminación y liquidación para aplicarles la drástica figura de la caducidad de las acciones respectivas.
>
> "En materia contractual habrá que distinguir los negocios que requieren de una etapa posterior a su vigencia para liquidarlos, de aquellos otros que no necesitan de la misma. En éstos, vale decir, para los cuales no hay etapa posterior a su extinción, cualquier reclamación judicial deberá llevarse a cabo dentro de los dos años siguientes a su fenecimiento. Para los contratos, respecto a los cuales se impone el trámite adicional de liquidación, dicho bienio para accionar judicialmente comenzará a contarse desde cuando se concluya el trabajo de liquidación, o desde cuando se agotó el término para liquidarlo sin que se hubiere efectuado, bien sea de manera conjunta por las partes o unilateralmente por la administración.
>
> "La Sala reitera su punto de vista sentado en oportunidades anteriores en el sentido de que los pagos periódicos que deba efectuar la administración como consecuencia de un contrato, no pueden ser mirados como hechos aislados para aplicarles exegéticamente el concepto de caducidad de la acción, sino que deberá aplicarse la solución consignada en el párrafo inmediatamente anterior de esta providencia. Dicho de otra manera no puede imponérsele al contratista la dura e ilógica tarea de estar presentando demandas sucesivas por los incumplimientos periódicos imputables a la administración pues ello no se compadece con la lógica, con la cordialidad y armonía que debe reinar entre las partes ni con la seriedad y consideración debida a la administración de justicia. Semejante tesis solo fomenta la proliferación de controversias judiciales colocando en serios peligros los derechos sustanciales de los justiciables, amén de lo ya consignado.".

Consecuente con la tesis anterior y habida cuenta de que la demanda fue presentada el 13 de diciembre de 1986, es decir, exactamente 2 años después de haberse realizado

la liquidación final del contrato, no se consolidó el fenómeno de la caducidad de la acción, razón por la cual habrá de estudiarse el litigio en relación con todas las pretensiones.

En cuanto a las reclamaciones formuladas por el demandante, el acta de liquidación final realizada de mutuo acuerdo entre las partes, sin que se dejara reclamación alguna por el contratista, obstaculiza la prosperidad de la mayoría de ellas. En efecto, en esa acta las partes dejaron muy en claro que el valor inicial del contrato había sido de $38'185.014.49, que el valor de las obras adicionales ascendió a $11'000.000 y que el precio final del contrato fue de $49'171.021.91, el cual fue cobrado previa presentación de las cuentas de cobro Nos. 1 a 6. Así aparece expresamente relacionado en el cuadro que atrás se transcribió.

Esa falta de reclamo por parte del contratista, al momento de suscribir el acta de liquidación final, pone de manifiesto su conformidad con los pagos que le hizo la entidad, en relación con la ejecución del contrato y en especial con las cuentas de cobro 1 a 6, de tal manera que ahora no procede ninguna reclamación por el rompimiento del equilibrio financiero que se haya podido presentar en la ejecución del contrato, ni por la demora en que se haya incurrido la administración demandada en el pago de las cuentas, al menos las número 1 a 6, que según la liquidación ya habían sido pagadas para esa época.

En innumerables oportunidades, esta corporación ha sostenido esa tesis en relación con el valor de la liquidación no objetada por los contratantes. En sentencia de 17 de mayo de 1984, proferida en el proceso radicado al No. 2796, con ponencia del Dr. JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO, la Sala dijo:

> "Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstas en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad.". (Sentencia, Sección III, Expediente 1960).
>
> "El acta que se suscribe, sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él.
>
> "La fuerza, para que logre viciar el consentimiento debe ser de tal magnitud que impida una expresión libre. No puede ser cualquier clase de factor de violencia,

física o mental, suficiente para destruir la voluntad. No. En tratándose de entes morales, esas conductas de fuerza deben ser superiores en grado a encontrar la verdadera voluntad del otorgante de un negocio jurídico, porque frente a condiciones económicas similares, cualquier amenaza no puede incidir en el consentimiento, que es expresado, como es sabido, a través de los representantes.

"Lo anterior quiere denotar, pues, que si quería quebrar o aniquilar el acta era deber, dentro del proceso, acreditar todas las circunstancias que motivaron su firma en las condiciones de presión argüidas, y no de manera simple, limitarse a alegar esos hechos sin la correspondiente probanza, porque le era imprescindible, al encontrarse con un documento firmado sin observación o reparo alguno. Con mayor razón cuando se pretende el restablecimiento del derecho, previa la declaración de nulidad del acta. Es que el vicio debe ser demostrado, para restarle la validez del acto jurídico. Como lo hizo, no puede ser atendida su demanda en este aspecto.

"Si el acta no está viciada mal puede restársele los efectos que, como negocio jurídico liberatorio, ofrece, que como ya se dijo, anteriormente, van encaminados a la extinsión (sic.) del nexo obligatorio, surgido del contrato de mutuo.

"No se puede hablar de enriquecimiento sin causa en un contrato, puesto que la causa del negocio está sujeta a los términos de una convención que concluye, en su desarrollo, precisamente, con la liquidación final, amparada por legales presupuestos de validez.

"Si el acta no puede ser invalidada, por cuanto está colmada de todos los supuestos de eficacia, y ante la falta de prueba que permita colegir el derecho o vicio que el demandante ha invocado y el enriquecimiento sin causa no es dable denunciarlo frente a un negocio - jurídico extintor, precisamente, de cualquier reclamo, es de rigor, concluir que la demanda no está llamada a prosperar."

No queda incluida en la falta de reclamación el pago tardío de la cuenta No. 7. Según la liquidación final, esa cuenta era por valor de $1'475.130.66, y correspondía al reembolso de la garantía adicional, descontada al contratista, de cada pago. La conformidad del contratista con el monto de ese reembolso, allí liquidado, no se extendía a permitir el pago tardío de esa cuenta, el cual se efectuó apenas el 3 de junio de 1985, conforme a la certificación que en virtud de prueba de oficio decretada por el *a-quo,* expidió el Jefe de la División de Tesorería del IDU (fl. 383 cuaderno principal). Existió una demora de 170 días (5.6 meses) en el pago de esa cuenta, contados desde el 13 de diciembre de 1984, fecha de la liquidación final. Para indemnizar los perjuicios sufridos por el contratista con esa demora, se aplicará a la suma debida $1'475.130.66 y por el tiempo que se tardó el pago, el doble del interés legal civil, es decir, el 12% anual, conforme a lo dispuesto por la Ley 80/93, art. 4o., numeral 8, aplicable a este contrato estatal, por tratarse de una situación aún no definida, al momento de entrar en vigencia esa ley.

$$I = \frac{C \times R \times T}{100}$$

$$I = \frac{1.475.130.66 \times 1\% \text{ mensual} \times 5.6}{100}$$

I = $82.607.31

La suma resultante por concepto de intereses se actualizará desde junio de 1985, hasta esta sentencia, así:

$$Vp = Vh \frac{\text{I. Final}}{\text{I. Inicial}} \quad \begin{matrix}\text{(mayo/95)} \\ \text{(junio/85)}\end{matrix}$$

$$Vp = 82.607.31 \frac{447.87}{49.83}$$

Vp = $742.471.12

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

FALLA:

MODIFÍCASE la sentencia apelada, esto es aquella proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 5 de mayo de 1994, la cual quedará, así:

1o.) DECLÁRASE al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU, responsable de los perjuicios sufridos por el contratista, como consecuencia de la mora en el pago de la cuenta No. 7.

2o.) Como consecuencia de la anterior declaración, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU, pagará al señor ANÍBAL FRANCO GÓMEZ la suma de SETECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y UN PESOS CON DOCE CENTAVOS ($742.471.12) MONEDA LEGAL.

3o.) NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

4o.) Para el cumplimiento de esta sentencia EXPÍDANSE copias con destino a las partes con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Dto. 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas a su apoderado judicial que ha venido actuando.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE. PUBLÍQUESE EN LOS ANALES.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Presidente de la Sala

JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

LOLA ELISA BENAVIDES LÓPEZ
Secretaria

NOTA DE RELATORÍA: Reitera, además, la providencia de 8 de junio de 1995, Rad. 10684.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA-Inexistencia/**VÍNCULO MATRIMONIAL/PRUEBA/REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO/PARENTESCO/PERJUICIOS MATERIALES**-Reducción/**TERCEROS DAMNIFICADOS**

No se probó la existencia de un vínculo matrimonial y que los documentos eclesiásticos aportados para acreditar el parentesco no son probatoriamente adecuados para hacerlo, por cuanto se refieren a nacimientos posteriores a 1938 cuya prueba se surte a través de las partidas de origen civil. Por lo demás ha sido exigencia de la Sala, reiterada en numerosas providencias, que para acreditar el parentesco extramatrimonial, debe aportarse la fotocopia del registro civil de nacimiento, con miras a establecer, entre otras cosas, la fecha de inscripción, el reconocimiento paterno si lo hubo y si también la madre suscribió el acta respectiva. No obstante lo anterior, considera la Sala que existen otros medios probatorios de los cuales se deduce que la pretendida compañera y sus hijos fueron afectados moral y económicamente con el fallecimiento de Abel Rodallega Rodallega, motivo por el cual se les indemnizará a título de terceros damnificados, reduciendo el monto de los perjuicios materiales, precisamente por esa condición, en un 20% del valor que normalmente a cada uno correspondería.

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE FLUVIAL/AUTORIDAD FLUVIAL-Titularidad/ **FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN**-Tráfico Fluvial

Ante la falta de una autoridad fluvial en el municipio de Suárez, porque para la fecha del siniestro "no existía funcionario de la Dirección de Navegación y Puertos ejerciendo control de la navegación en la represa de Salvajina", según información suministrada por el Intendente Fluvial del Ministerio de

Obras Públicas y Transporte, la competencia como tal autoridad fluvial, le estaba asignada por expreso mandato legal a la primera autoridad política del lugar, la cual, en el subjudice, correspondía al alcalde municipal para la época recientemente creado municipio de Suárez. Era, pues, de cargo del alcalde de la aludida población velar porque se prestara un adecuado, seguro y eficaz servicio de transporte fluvial en el embalse referido, para cuyos fines le correspondía vigilar todo lo relacionado con el mencionado transporte, autorizarlo oficialmente, recaudar los ingresos si a ellos hubiera lugar, examinar el estado mecánico y funcionamiento de las embarcaciones, las condiciones personales, físicas y profesionales de quien conducía la embarcación y, desde luego, tomar las medidas de prevención necesarias para evitar excesos de pasajeros y de carga. Si bien la naturaleza del servicio prestado, así como las circunstancias mismas de orden socioeconómico de la región, impusieron la necesidad a los usuarios de utilizar dicho medio de transporte, así fuera este en ocasiones irregular e inadecuado, por lo que respecta a las exigencias mínimas del funcionamiento de las embarcaciones y capacidad de quienes las manejaban, lo cierto es que en el subjudice se presentó una situación frente a la cual la administración municipal como tal, y así mismo como autoridad fluvial, no podía permanecer impasible e inactiva, por cuanto la alcaldía municipal de Suárez se hallaba suficiente y oportunamente enterada de los riesgos que se presentaban en el uso de las embarcaciones por causa del desorden de los usuarios de las mismas, por razón del exceso de carga y pasajeros y, por supuesto, por falta de autoridad que reglamentara y controlara tal situación, de manera especial los fines de semana y días festivos, cuando por obvias razones se incrementaba el número de pasajeros. Sobre este punto radica precisamente el cuestionamiento de la Sala a la conducta omisiva de las autoridades municipales de Suárez. Sin desconocer que el servicio de transporte lo prestaba un particular que carecía de licencia para tal fin, en una motonave igualmente particular, circunstancias que impiden hablar de un incumplimiento en el normal funcionamiento del servicio, lo cierto es que el subjudice se presenta una situación que indefectiblemente muestra a la primera autoridad política de Suárez y también autoridad fluvial de la región, en una actitud omisiva, discipiente y descuidada para atender a la solución de una situación que si bien podía llevar años de cotidiana ocurrencia, por razón de una seria advertencia, una clara llamada de atención, una comunicación oportuna, se convirtió en una obligación administrativa inherente a los deberes constitucionales del Estado de protección a la vida o integridad de los ciudadanos, obligación que al no cumplirla el municipio demandado facilitó la ocurrencia del siniestro. Por parte del alcalde municipal de Suárez, en su doble condición de primera autoridad política y de autoridad fluvial, hubo un ostensible descuido, desgreño administrativo, falta de actividad y voluntad para por lo menos prevenir y consecuencialmente impedir lo sucedido. Estima la Sala que con

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

el solo hecho de haber atendido la información y la solicitud de la C.V.C., para que se controlara el número de usuarios de las embarcaciones en los fines de semana, con seguridad se hubiera evitado la tragedia. No tomaron las autoridades municipales, en este caso también fluviales por delegación de la ley, encontrándose en capacidad de hacerlo, las medidas de prevención necesarias para asegurar una adecuada y segura prestación del servicio de transporte fluvial para sus administrados, ni dispusieron el servicio de control policivo por lo menos en los fines de semana, omisiones éstas que conducen indefectiblemente a señalar al municipio de Suárez, en el Departamento del Cauca, como patrimonialmente responsable por la falla del servicio que por omisión se advierte y se le imputa en este proceso.

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercer*a. Santa Fe de Bogotá, D.C., junio veintidós (22) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

Referencia: Expediente No. 10.333. Actor: MARÍA DE JESÚS TALAGA Y OTROS. Demandado: NACIÓN - MINOBRAS - MINDEFENSA - POLINAL - MUNICIPIOS DE SUÁREZ, MORALES Y BUENOS AIRES (Cauca).

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia del 29 de septiembre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se dispuso:

"1. Decláranse administrativamente y solidariamente responsables a los Municipios de SUÁREZ y MORALES (CAUCA), por la omisión en cumplir con el deber legal de control sobre el tráfico fluvial, por los hechos acaecidos el día 8 de julio de 1990 en la REPRESA DE LA SALVAJINA y en los cuales perecieron las siguientes personas: JESUS ANTONIO SARRIA, ABEL RODALLEGA RODALLEGA, MIGUEL HERNÁNDEZ, GRACILIANO DE JESÚS TALAGA, ASMED LUCUMÍ GUEMBUEL, EMMA MERA DE SARRIA, Y SANDRA VIVIANA SARRIA MERA.

"2.- En consecuencia, CONDÉNASE a los Municipios de SUÁREZ y MORALES, CAUCA, a pagar a título de indemnización por perjuicios morales a los demandantes que a continuación se mencionan, los siguientes valores:

"a. A LOURDES TOBAR, DÍDIMO FERNANDO, MARTHA JULIETH SARRIA TOBAR, FANNY MERA SABOGAL, RAÚL CARABALÍ, la cantidad de 500 gramos oro, para cada uno de ellos; A DELFA CARABALÍ MERA, FANNY CARABALÍ MERA, HERLY CARABALÍ MERA, CLARI BEL CARABALÍ MERA, y ADEHIDA SARRIA MERA, la cantidad de 250 gramos oro, para cada uno de ellos.

"b. A CRISTOBALINA PECHENE, DIEGO FERNANDO, LEIDY NURY, EDUARDO RODALLEGA PECHENE, MÓNICA PECHENE, VÍCTOR HUGO RODALLEGA PECHENE, EDUARDO RODALLEGA PECHENE, la cantidad de 500 gramos oro, para cada uno de ellos; A GABRIELA, CONCEPCIÓN, y CARMEN ROSA RODALLEGA, la cantidad de 250 gramos oro, para cada uno de ellas.

"c. A HILDA MARÍA GONZÁLEZ, y LUCELI HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, la cantidad de 500 gramos oro, para cada una de ellas.

"d. A BERNARDINA TALAGA DE JESÚS, LUZ ELVIA MUÑOZ, ANA MARÍA DE JESÚS MUÑOZ, FREDY HERNANDO, DAVID, FRANK RODRÍGUEZ DE JESÚS, la cantidad de 500 gramos oro, para cada uno de ellos y a MARÍA DE JESÚS TALAGA, la cantidad de 250 gramos oro.

"e. A TEÓFILO LUCUMÍ, MARÍA ANGÉLICA GUEMBUEL DE LUCUMÍ, la cantidad de 500 gramos oro, para cada uno de ellos. A ARALID GUEMBUEL, DORIS DELIA, NUBIA CECILIA GUEMBUEL, la cantidad de 250 gramos oro, para cada uno de ellos.

"f. A ELVIO SARRIA SOLANO, ELVIO MARINO, JUAN CARLOS, ADRIANA MARINA, YAMILETH, JESSICA PAOLA, MILGEN, NORA, MARÍA HERMINIA, SILVIO, AMPARO, LUIS HERNÁN SARRIA MERA, la cantidad de 600 gramos oro, para cada uno de ellos.

"Los valores anteriores se entenderán como condena en concreto y se liquidarán conforme a certificado que sobre el precio del oro expida el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

"3. Condénase a los Municipios SUÁREZ y MORALES, CAUCA, a pagar indemnización por concepto de perjuicios materiales, modalidad lucro cesante, a las siguientes personas y por las cantidades que se enuncian:

"a.) Para LOURDES DE TOBAR (Esposa de la víctima), la suma de TRES MILLONES CIENTO SESENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS QUINCE PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS. ($3'162.315.24).

"b.) Para DÍDIMO FERNANDO SARRIA TOBAR (hijo menor de la víctima), la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS VEINTIDÓS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS ($1'822.948.54).

"c.) Para JULIETH SARRIA TOBAR (hija menor de la víctima), la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS NOVENTA PESOS ($2'239.390).

"d.) Para CRISTOBALINA PECHENE (compañera permanente de la víctima), la suma de UN MILLÓN NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS OCHO PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS ($1'949.308.44).

"e.) Para LEIDY NURY RODALLEGA PECHENE (hija menor de la víctima), la suma de NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS SIETE PESOS CON SETENTA Y SIETE CENTAVOS ($958.707.77).

"f.) Para EDWIN RODALLEGA PECHENE (hijo menor de la víctima), la suma de UN MILLÓN TRESCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON VEINTISÉIS CENTAVOS ($1'308.292.26).

"g.) Para DIEGO RODALLEGA PECHENE (hijo de la víctima), la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS ($559.866.99).

"h.) Para HILDA GONZÁLEZ, y LUCELI HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, la suma de UN MILLÓN CIENTO DIECINUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS, para cada una de ellas ($1.119.734.28).

"i.) Para TEÓFILO LUCUMÍ, y ANGÉLICA GUEMBUEL, la suma de UN MILLÓN CUATROCIENTOS TREINTA MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y NUEVE CENTAVOS, para cada uno de ellos ($1'430.692.39).

"j.) Para ELVIO MARINO SARRIA MERA, la suma de CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON SETENTA Y UN CENTAVOS ($447.893.71).

"k.) Para JUAN CARLOS SARRIA MERA, la suma de QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON OCHENTA Y OCHO CENTAVOS ($586.486.88).

"l.) Para ADRIANA SARRIA MERA, la suma de SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON VEINTISEIS CENTAVOS ($775.788.26).

"m.) Para YAMILETH SARRIA MERA, la suma de NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CIENTO CINCO PESOS CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 976.105.74).

"n.) Para JESSICA PAOLA SARRIA MERA, la suma de UN MILLÓN TRESCIENTOS ONCE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON VEINTIUN CENTAVOS ($1.311.284.21).

"4. Las sumas reconocidas, devengarán intereses conforme a lo dispuesto en los artículo 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"5. Condénase a los Municipios SUÁREZ y MORALES, CAUCA, a pagar indemnización en abstracto, por concepto de perjuicios materiales, modalidad lucro cesante, y en el valor que se establecerá por vía incidental, a las siguientes personas:

"A LUZ ELVIA MUÑOZ, BERNARDINA TALAGA, e HILDA GONZÁLEZ.

"6. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

"7. Envíese copia de la presente providencia a los señores Alcaldes Municipales de SUÁREZ y MORALES, a los señores PERSONEROS MUNICIPALES, y al señor Procurador General de la Nación, y al señor Fiscal de la Corporación. Hágase entrega de una copia de la Sentencia a los interesados.

"8. Absuélvanse a la Nación –Ministerio de Obras Públicas y Transporte; La Nación–Ministerio de Defensa, Policía Nacional– y al Municipio de Buenos Aires (Cauca) por las razones ya indicadas en la parte considerativa de la presente providencia.

"9. Consúltese si no fuere apelada".

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Las Pretensiones.

En escritos diferentes presentados el 23 de junio de 1992, ante el Tribunal Administrativo del Cauca, los señores Bernardina Talaga de Jesús, Luz Elvia Muñoz, María de Jesús Talaga, Ana María de Jesús Muñoz, en su propio nombre y en representación de los menores Fredy Hernando, David y Frank Rodríguez de Jesús; Marleni Hurtado de Jesús, en su propio nombre y en representación de Lina Vanessa Hurtado de Jesús; María Angélica Guembuel de Lucumí, Teófilo Lucumí, en su nombre y en representación de Lida Lucumí; Doris Delia y Nubia Cecilia Guembuel; Aralid Lucumí, Elvio Sarria Solano, en su nombre y en representación de Elvio Marino, Juan Carlos, Adriana, Yamileth, Jessica Paola y Milgen Libia Sarria Mera; Amparo, María Herminia, Silvio y Luis Hernán Sarria Mera; Gladys Mera, Irma Mera Sabogal, Fanny Mera y María Licenia Sabogal, de una parte y, de otra, Lourdes Tobar, en su nombre y en representación de Dídimo Fernando, Martha Julieth y Aleyda o Adehida Sarria Mera; Adelfa Carabalí Mera, Fanny Carabalí Mera, Raúl Carabalí y Fanny Mera, ambos en sus propios nombres y en representación de Herly Carabalí Mera y Clari Bel Carabalí Mera; Cristóbal Pechene, Diego Fernando Rodallega, Leidy Nury Rodallega, Eduardo Rodallega, Mónica Pechene, en su nombre y es representación de Edwin Rodallega, Víctor Hugo Rodallega, Gabriela Rodallega, Concepción Rodallega, Carmen Rosa Rodallega; Hilda María González y Lucelí Hernández González, por conducto de apoderada y en ejercicio

de la acción de reparación directa, formularon demanda contra la Nación —Ministerio de Obras Públicas y Transporte - Ministerio de Defensa - Policía Nacional - Municipios de Suárez, Morales y Buenos Aires (Cauca), para que se les declarara "solidariamente responsables de los trágicos hechos que ocurrieron en la REPRESA DE SALVAJINA, el 8 de julio/90 en los cuales perdieron la vida un grupo de campesinos...". Consecuencialmente solicitan el pago de la totalidad de los perjuicios morales y materiales, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante ocasionados por tal accidente. Por daños morales piden el equivalente en pesos a 2.000 gramos de oro para algunos demandantes y de 4.000 gramos del mismo metal para quienes perdieron dos miembros de su familia.

2. Los Hechos.

Se refiere en la demanda que a raíz de la construcción de la represa llamada Salvajina, algunas veredas de los municipios de Suárez, morales y Buenos Aires en el departamento del Cauca, quedaron aislados por vía terrestre, y sólo por vía navegable en dicha represa pueden trasladarse en la región. La C.V.C., presta servicios de transporte en un planchón pero en horarios que no se adecuan a las necesidades de los habitantes veredales, quienes deben cruzar la represa para adelantar o realizar las más elementales y necesarias diligencias: visitar un médico, comprar mercado y drogas, vender productos, comprar alimento y ropa, registrar a sus hijos, etc.

El 8 de julio de 1990, a eso de las 4:00 de la tarde, llegaron varios campesinos a la represa para atravesarla y regresar en esa forma a sus hogares. Como a las 5:30 de la tarde, llegó el bote llamado "Ana Rosalba", manejado por Fabio Vásquez, quien hacía esa travesía de forma particular y se comprometió a trasladarlos por un precio individual de $250,oo. Ese transporte particular se prestaba con anterioridad sin control alguno de la autoridad, para vigilar el estado general de las embarcaciones, seguridad, capacidad, ruta, requisitos de navegabilidad valor de los fletes, etc. En la tarde referida, se acomodaron en la embarcación 20 pasajeros, 3 tripulantes y 2 niños, además de 8 arrobas de arroz, media caja de manteca, dos bultos de cemento, dos canastas de gaseosas.

No se exigió el uso de salvavidas por cuanto la embarcación carecía de los mismos y era tal la sobrecarga de aquella que a 50 metros del muelle se fue a pique, a causa de lo cual 7 de los pasajeros de la motonave fallecieron ahogados.

3. Actuación Procesal.

El auto admisorio de la demanda se notificó a cada una de las entidades públicas correspondientes, las cuales dieron contestación al libelo demandatorio en los siguientes términos:

El Municipio de Suárez. Se opuso a las pretensiones de los actores. Sobre los hechos se remite a las demostraciones que se hagan. Desecha el cargo que atribuye a ese municipio la falla del servicio que originó la tragedia. Estima que la empresa transportadora fluvial

ANORODALBA (sic) debió someterse a las normas de navegación fluvial acudiendo a la Alcaldía o a la Inspección de Policía de Suárez, o a la Sección de Transporte de la represa de la Salvajina que funciona en Suárez, que es la entidad encargada de la navegación sobre este embalse". Si la empresa transportadora no cumplía sus obligaciones, le corresponde asumir la responsabilidad. No le corresponde al Estado "estar detrás de cada particular para que cumpla con las normas establecidas...". El conductor de la embarcación violaba las mínimas normas sobre navegación fluvial, sabía que un sobrecupo podía ocasionar el hundimiento de aquella y de ahí que obrara a escondidas de la Sección de Transporte de la C.V.C. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa, respecto de la parte demandada, por cuanto no le corresponde al municipio de Suárez asumir la responsabilidad de hechos ocasionados por el conductor de la motonave; así mismo adujo la culpa grave o dolo de las víctimas al presionar al conductor para que los transportara, sin atender el riesgo que corrían.

La apoderada de la Nación –Ministerio de Defensa - Policía Nacional–, se limitó a solicitar la práctica de algunas pruebas y a posponer la expresión de sus argumentos defensivos.

El Ministerio de Obras Públicas y Transporte expresó su oposición a las súplicas de la demanda. Propuso como excepciones: el hecho de un tercero (propietario de la embarcación); culpa de las víctimas por su conducta atrevida, insensata y riesgosa al abordar la nave con exceso de cupo. Sostuvo que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte carece de jurisdicción y competencia en el embalse referido, en donde el transporte está controlado por la C.V.C. Afirma que si el propietario del bote accidentado corrió el riesgo de transportar a los pasajeros, a él le corresponde responder, dado que su conducta a espaldas de las autoridades impidió que éstas hubieran actuado.

En la oportunidad para alegar de conclusión la apoderada de la parte actora reiteró los planteamientos de la demanda encaminados a demostrar la existencia de una falla del servicio a cargo de las entidades públicas demandadas. Resaltó la necesidad de los pasajeros de ocupar el bote a motor para poder regresar a sus hogares, ante la carencia de otro medio de transporte. La falta de control y vigilancia oficial sobre la prestación del servicio de carácter particular. Considera que por encontrarse la represa en jurisdicción de los municipios de Suárez, Morales y Buenos Aires, les correspondía a los respectivos alcaldes velar porque el servicio particular de transporte fuera bien prestado, de acuerdo con las normas del Estatuto de Navegación Fluvial. Considera que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte es solidariamente responsable, en razón a que conforme al artículo 56 del aludido estatuto, la autoridad fluvial nacional debe ejercerla dicho ministerio. Con respecto al Ministerio de Defensa –Policía Nacional–, deduce la falla del servicio por el comportamiento omisivo de estas autoridades al no intervenir y controlar lo sucedido a pesar de que en meses anteriores se había presentado una situación similar.

Por su parte, la apoderada de la Nación –Ministerio de Defensa - Policía Nacional– aduce que la Policía Nacional se encuentra a órdenes del Alcalde, siendo este último

funcionario quien debe tomar las decisiones correspondientes a impartir las órdenes a la Policía para que ejecute las determinaciones de la primera autoridad del municipio, la que conforme al artículo 57 del Estatuto de Navegación Fluvial, asume las funciones de autoridad fluvial cuando ésta no existiere en el lugar. Sostiene que era la C.V.C., la encargada de la vigilancia y control de las embarcaciones y que a las autoridades de policía no se les pidió protección, control o vigilancia sobre el transporte en la represa de La Salvajina. Así mismo afirma que hubo culpa de las víctimas, por haber excedido el número de pasajeros y la capacidad de carga de la embarcación y por el comportamiento imprudente de algunos pasajeros en estado de embriaguez. De igual manera plantea el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad y así lo infiere de la conducta asumida por el conductor del bote a motor accidentado. Cuestiona, de otro lado, algunas de las documentales aportadas por la parte actora para acreditar su legitimación.

El apoderado del Ministerio de Obras Públicas y Transporte igualmente crítica los registros civiles arrimados al proceso, por encontrarlos con enmendaduras y deformados por el paso del tiempo. Sostiene que si bien el ministerio es encargado de la política de navegación fluvial, en ningún caso ejerce como autoridad de policía y sus funcionarios no pueden reprimir o desplegar cualquier actividad "cohersitiva (sic) o represiva contra las personas que infringan (sic) las normas del Estatuto de Navegación Fluvial", función que atribuye a los alcaldes de cada uno de los municipios aledaños a la represa.

4. La Sentencia Recurrida.

Para el Tribunal en el caso examinado se presentó una falla del servicio generadora de la consecuente responsabilidad a cargo de los municipios de Suárez y Morales, ambos del departamento del Cauca. Para arribar a dicha conclusión, el juzgador de primera instancia consideró:

Que las autoridades municipales estaban enteradas de un accidente anterior al del subjudice, en el cual se presentaron también varias muertes y sabían de la obligación que tenían de ejercer control sobre el tráfico de las embarcaciones en el embalse mencionado, dado que no existía autoridad fluvial en el lugar. Ninguna de las alcaldías dispuso que la policía ejerciera algún control sobre el particular, de donde excluye la responsabilidad del municipio de Buenos Aires por carecer de jurisdicción sobre el embalse de la Salvajina. Descartó así mismo la responsabilidad del Ministerio de Obras Públicas y Transporte por cuanto correspondía a la primera autoridad política del lugar asumir el control de la navegación, dado que no había en los municipios demandados ninguna autoridad fluvial. Resaltó el *a-quo* cómo la C.V.C. había informado con tres meses de anterioridad al municipio de Suárez sobre hechos que estuvieron a punto de anticipar la tragedia por sobrecupo e irresponsable comportamiento de los usuarios. Recomendó entonces la C.V.C. "el desplazamiento y apoyo de agentes del orden para garantizar el control y la seguridad de este servicio".

Con respecto a la participación de las víctimas en el evento dañoso, encontró el Tribunal que por parte de los usuarios se había presentado un comportamiento precipitado

e irresponsable que concurrió en forma importante para producir la tragedia, de donde concluyó que había lugar a reducir la responsabilidad de los municipios de Suárez y Morales en un cincuenta por ciento.

En cuanto concierne a los perjuicios el juzgador de primera instancia impuso las condenas relacionadas al inicio de esta providencia, previa deducción del 50% del valor por razón de la concurrencia de culpa de las víctimas.

5. Razones de la Apelación.

La apoderada de los demandantes apeló de la anterior decisión, por considerar que la sentencia ha debido declarar solidaria y administrativamente responsables a todas las entidades contra las cuales dirigió su demanda. Así mismo se muestra inconforme con el reconocimiento de perjuicios morales en sumas inferiores a las impetradas en la demanda y aduce que no había lugar a reducción alguna por cuanto no se dio la concurrencia de culpas por parte de las víctimas, quienes se vieron compelidas a utilizar el único medio de transporte disponible para retornar a sus hogares o lugares de trabajo. Sostiene que también los perjuicios materiales deben reconocerse sin reducción. Otro punto de descontento es la denegatoria de las pretensiones por perjuicios morales para las pretendidas hermanas de Emma Mera de Sarria, cuya legitimación no encontró acreditada el a quo. Por último pretende la impugnante que se precise en la resolutiva del fallo que el valor del oro es el que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de la sentencia y que sobre el valor de las condenas deberán reconocerse intereses corrientes durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y de mora hasta su pago efectivo. En el mismo sentido presentó el alegato de conclusión en la segunda instancia.

La apoderada del Ministerio de Defensa al alegar de conclusión insiste en plantear la culpa de las víctimas como causal concurrente del hecho dañoso, así como el hecho de un tercero (el conductor de la embarcación), como causal exonerativa de responsabilidad. Cuestiona así mismo la legitimación de algunos de los demandantes en cuyo beneficio se impuso el pago de perjuicios y echa de menos algunas orientaciones jurisprudenciales acerca de la liquidación de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Examinará la Sala en primer lugar lo concerniente a la declaración de responsabilidad que sobre la existencia de una falla del servicio por parte de los municipios Suárez y Morales contiene el fallo impugnado.

Fueron demandados la Nación –Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional–, y los municipios de Suárez, Morales y Buenos Aires.

No existen en el proceso pruebas referentes a que alguno de los entes relacionados hubiese autorizado el transporte de personas y carga por el embalse de la Salvajina en la embarcación que al naufragar originó la muerte de varios de los usuarios. Así pues, sobre este supuesto de la ausencia de licencia o autorización, se manejará el caso examinado.

Por el contrario, encuentra la Sala debidamente acreditado que en las últimas horas de la tarde del día 8 de julio de 1990, cuando apenas acaba de zarpar, zozobró la embarcación llamada "Ana Rosalba", conducida por Fabio Vásquez, quien realizaba el transporte por su propia cuenta y sin autorización o licencia de las autoridades competentes.

En el accidente referido resultaron muertos Abel Rodallega, Emma Mera Sarria, Sandra Viviana Sarria de Mera, Jesús Antonio Sarria, Asmed Lucumí, Miguel Hernández y Graciliano de Jesús Talaga. La causa de tan lamentable suceso se atribuye al exceso de pasajeros y de carga a que se sometió el bote a motor, por cuanto casi se duplicó el número de usuarios que junto con los tripulantes podían utilizar la motonave. Las anteriores circunstancias obviamente se cumplieron con el consentimiento irresponsable y culposo del motorista o conductor de la embarcación a quien sólo le interesaban los ingresos económicos que el viaje le producía, y, desde luego, a espaldas de cualquier autoridad administrativa o de policía que controlara ese sobrecupo e impidiera la prestación de un servicio tan comprometedor y peligroso para la integridad de los usuarios. Por supuesto que éstos últimos eran conscientes y conocedores del peligro que implicaba la utilización de la embarcación con tan excesivo número de pasajeros y de carga, a pesar de lo cual asumieron voluntariamente el riesgo y abordaron el bote transportador.

Materia de especial controversia en esta actuación ha sido la referente a la responsabilidad que los entes demandados deben asumir frente a los hechos y sus consecuencias dañosas. Sobre el particular debe anotarse cómo en el artículo 56 del Decreto 2689 de 1988 o Estatuto Nacional de Navegación Fluvial se establece: "La autoridad Fluvial Nacional será ejercida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, a través de la Dirección de Navegación y Puertos y sus dependencias, la cual desarrollará sus funciones y atribuciones en los puertos y vías de su jurisdicción para vigilar el cumplimiento de las normas correspondientes...". Por su parte, el artículo 57 *ibídem,* determina: "Cuando no hubiere autoridad fluvial en un puerto o lugar, la primera autoridad política ejercerá las funciones propias de la fluvial en lo relacionado con la navegación que requiera investigación inmediata. En este caso, dicha autoridad política tomará las medidas legales de acuerdo con las normas jurídicas y las comunicará a la autoridad fluvial de la jurisdicción, remitiendo copia de lo actuado". De otra parte, de acuerdo con el artículo 58 del mismo estatuto: "Todas las autoridades civiles y militares existentes en el territorio de la jurisdicción de la autoridad fluvial, o de quien haga sus veces, a requerimiento de éstas les prestarán el apoyo y mano fuerte que fueren necesarios para el cumplimiento de sus funciones...".

Al tenor, entonces, de la normatividad anterior, y ante la falta de una autoridad fluvial en el municipio de Suárez, porque para la fecha del siniestro "no existía funcionario de la Dirección de Navegación y Puertos ejerciendo control de la navegación en la represa de Salvajina", según información suministrada por el Intendente Fluvial del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, la competencia como tal autoridad fluvial, le estaba asignado por expreso mandato legal a la primera autoridad política del lugar, la cual, en el *sub-júdice,* correspondía al alcalde municipal del para la época recientemente creado municipio de Suárez. Era, pues, de cargo del alcalde de la aludida población velar porque se prestara un adecuado, seguro y eficaz servicio de transporte fluvial en el embalse referido, para cuyos fines le correspondía vigilar todo lo relacionado con el mencionado transporte, autorizarlo oficialmente, recaudar los ingresos si a ellos hubiere lugar, examinar el estado mecánico y de funcionamiento de las embarcaciones, las condiciones personales, físicas y profesionales de quien conducía la embarcación y, desde luego, tomar las medidas de prevención necesarias para evitar exceso de pasajeros y de carga.

Estima la Sala que si bien la naturaleza del servicio prestado, así como las circunstancias mismas de orden socioeconómico de la región, impusieron la necesidad a los usuarios de utilizar dicho medio de transporte, así fuera éste en ocasiones irregular e inadecuado, por lo que respecta a las exigencias mínimas de funcionamiento de las embarcaciones y capacidad de quienes las manejaban, lo cierto es que en el subjudice se presentó una situación frente a la cual la administración municipal como tal, y así mismo como autoridad fluvial, no podía permanecer impasible e inactiva, por cuanto la alcaldía municipal de Suárez se hallaba suficiente y oportunamente enterada de los riesgos que se presentaban en el uso de las embarcaciones por causa del desorden de los usuarios de las mismas, por razón del exceso de carga y pasajeros y, por supuesto, por falta de autoridad que reglamentara y controlara tal situación, de manera especial los fines de semana y los días festivos, cuando por obvias razones se incrementaba el número de pasajeros.

Sobre este punto radica precisamente el cuestionamiento dela Sala a la conducta omisiva de las autoridades municipales de Suárez. Sin desconocer que el servicio de transporte lo prestaba un particular que carecía de licencia para tal fin, en una motonave igualmente particular, circunstancias que impiden hablar de un incumplimiento en el normal funcionamiento del servicio, lo cierto es que en el *sub-júdice* se presenta una situación que indefectiblemente muestra a la primera autoridad política de Suárez y también autoridad fluvial de la región, en una actitud omisiva, displicente y descuidada para atender a la solución de una situación que si bien podía llevar años de cotidiana ocurrencia, por razón de una seria advertencia, una clara llamada de atención, una comunicación oportuna, se convirtió en una obligación administrativa inherente a los deberes constitucionales del Estado de protección a la vida e integridad de los ciudadanos, obligación que al no cumplirla el municipio demandado facilitó la ocurrencia del siniestro.

La advertencia referida se encuentra en el oficio de fecha 19 de abril de 1990, dirigido por el Jefe de Operación de Centrales de la C.V.C., al entonces Alcalde de Suárez, cuyo contenido es el siguiente:

"Cali, 19 de abril de 1990.

"Referencia: Transporte en el embalse Central Hidroeléctrica de Salvajina.

"En la prestación del servicio de transporte durante la pasada Semana Santa, se presentaron situaciones delicadas originadas en la actitud de los usuarios del servicio quienes sin atender nuestras solicitudes para lograr disminuir la sobrecarga de personas sobre la embarcación "La Sirena" estuvieron a punto de ocasionar una gran tragedia.

"Como el Estatuto de Navegación Fluvial (Decreto 2689 de 1988) en su artículo 57 delega en la primera autoridad pública, las funciones de autoridad fluvial cuando ésta no existiera en el lugar al requerirse acción inmediata, atentamente solicitamos su intervención para que al menos durante fines de semana y festivos, se obtenga el desplazamiento y apoyo de agentes del orden para garantizar el control y la seguridad de este servicio.

"Para su información remitimos una copia del referido Decreto.

"Agradecemos de antemano su acción que se reflejará en el beneficio de todos". (Lo resaltado no es del texto).

Así las cosas, si se toma en consideración que años atrás en el mismo embalse "hubo otro accidente similar hace seis o siete años donde perecieron cinco (5) personas", según lo refiere la C.V.C., (fl. 92 c. de pruebas), y que en el mes de abril de 1990, a menos de tres meses del siniestro, la misma Corporación Autónoma Regional del Cauca, había enviado la anterior solicitud en procura de prevenir la desgracia que ya se anunciaba y que desafortunadamente aconteció, se impone concluir que por parte del alcalde municipal de Suárez, en su doble condición de primera autoridad política y de autoridad fluvial, hubo un ostensible descuido, desgreño administrativo, falta de actividad y voluntad para por lo menos prevenir y consecuencialmente impedir lo sucedido. Estima la Sala que con el solo hecho de haber atendido a la información y la solicitud de la C.V.C., para que se controlara el número de usuarios de las embarcaciones en los fines de semana, con seguridad se hubiera evitado la tragedia. No tomaron las autoridades municipales, en este caso también fluviales por delegación de la ley, encontrándose en capacidad de hacerlo, las medidas de prevención necesarias para asegurar una adecuada y segura prestación del servicio de transporte fluvial para sus administrados, ni dispusieron el servicio de control policivo por lo menos en los fines de semana, omisiones éstas que conducen indefectiblemente a señalar al municipio de Suárez, en el departamento del Cauca, como patrimonialmente responsable por la falla del servicio que por omisión se advierte y se le imputa en este proceso.

Para arribar a la anterior conclusión, se pregunta la Sala si le era exigible a las autoridades municipales de Suárez, oficialmente enteradas de la situación y con solicitud expresa de la C.V.C., para que "actuara", que dispusiera un control policivo en el embalse los fines de semana y los festivos para evitar los sobrecupos en las embarcaciones. Frente a tal interrogante la respuesta necesariamente resulta afirmativa por cuanto, de una parte, no solamente se trataba de cumplir la obligación consagrada en el artículo 16 de la anterior Constitución Nacional, sino que, de otra, la exigencia de que se habla no tenía caracteres extraordinarios, no requería recursos especiales, no se constituía en un imposible para que la administración municipal lo ejecutara. Legal y físicamente estaba el alcalde de Suárez en capacidad de ejercer la vigilancia a que estaba obligado y que expresamente se le había solicitado, bastaba con entregarles las instrucciones necesarias a los conductores de las motonaves y a los usuarios, y solicitar o impartir las órdenes correspondientes a la Policía Nacional para que este cuerpo ejecutara dicho control. No lo hizo así el alcalde del referido municipio, pues como lo manifiesta el Comandante de la Subestación Suárez: "fue revisado minuciosamente el archivo de los últimos cuatro años y no existe oficios donde solicitan protección, vigilancia o control en el transporte fluvial en el embalse de la Salvajina". (fl. 82 c. de pruebas).

Ahora bien, se cuestiona igualmente el fallo de primera instancia en razón a que en el mismo se absolvió al Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Tal decisión la comparte la Sala y para complementar los argumentos expresados por el a quo, se precisa que la situación jurídica del aludido ministerio frente a la obligación constitucional consagrada en el artículo 16 de la Carta Fundamental de 1886, difiere ostensiblemente del deber también constitucional que sobre el mismo punto corría a cargo del municipio de Suárez.

Sin duda que las circunstancias de tiempo, modo y lugar, son diferentes para una y otra entidad. Si, como se advirtió, para el municipio no significaba un comportamiento extraordinario o fuera de lo común y corriente, ejercer un control sobre los cupos de los pasajeros de las embarcaciones que navegaban en el embalse, no podría decirse lo mismo con respecto al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, acerca del punto comentado.

Observa la Sala cómo el ministerio no recibió información alguna, ni petición de ninguna naturaleza por parte de la C.V.C., en el sentido de controlar el acceso de los usuarios a las embarcaciones particulares que navegaban en el embalse de la Salvajina. De otra parte, no existía en el lugar ni para la época de los hechos, oficina o autoridad fluvial alguna dependiente del ministerio, por lo que todo quedaba bajo la atención que prestara la primera autoridad del municipio. En tales condiciones, y no obstante que legalmente se consagraba la obligación del ministerio para regular la navegación fluvial en el país conforme a lo previsto en el correspondiente Estatuto de Navegación Fluvial, estima la Sala que la realidad concreta de lo sucedido, frente a las circunstancias mismas en que se prestaba el transporte particular en el embalse mencionado, en cuanto se relaciona con el aludido ministerio, permite concluir que no le es atribuible a aquél la falla de servicio que originó el accidente, con mayor razón si se tiene en cuenta, que aquella

es un concepto relativo y que conforme jurisprudencialmente se ha sostenido, la falla del servicio "debe enfocarse siempre dentro de las posibilidades que pueda brindar el servicio". Vienen a propósito del tema comentado las siguientes manifestaciones de la Sala:

> "La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el carácter relativo que presenta la falla del servicio y ha señalado que para hablar de ella hay que tener en cuenta la realidad de la misma, el desarrollo, la amplitud y la cobertura de los servicios públicos y que ella no puede tener la misma extensión en un país desarrollado, que en uno como el nuestro que apenas está en vía de desarrollo". (Sentencia del 5 de agosto de 1994, expediente 8487, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo).

> "La anterior perspectiva jurídica sería de recibo en un ESTADO IDEAL, que pudiera atender las necesidades ciudadanas, en todos los confines del territorio nacional. Dentro de ese mundo PLATÓNICO no habría niños sin escuelas, ni enfermos sin atención médica, ni hospitalaria, ni ríos contaminados, ni atentados contra la dignidad de la persona humana, porque EL ESTADO PROVIDENCIA estaría presente en forma adecuada y oportuna, para hacer la felicidad de todas las personas. Infortunadamente la falla del servicio no se puede manejar dentro de ese universo" (Sentencia del 26 de agosto de 1994, expediente 8962; Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta).

En razón de las anteriores apreciaciones la Sala mantendrá la decisión absolutoria con la cual el fallador de primera instancia cobijó al Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Por el contrario, resulta distinto el criterio de la Sala en relación con la condena que en solidaridad con el municipio de Suárez, impuso el Tribunal al municipio de Morales. Lo anterior por cuanto se estima que éste último ninguna participación activa o pasiva tuvo a su cargo en el accidente a que este proceso se refiere. Si bien es cierto que al parecer ninguna medida de prevención y control tomó con respecto a la navegación fluvial en el embalse de la Salvajina, resulta igualmente cierto que para el caso concreto examinado y para los efectos del siniestro analizado, a dicho municipio no le corresponde asumir responsabilidad alguna por cuanto la falla del servicio que permitió la sobrecarga y el exceso de pasajeros, así como la utilización de la embarcación, se presentó en jurisdicción municipal de Suárez y era a las autoridades de este municipio a las que correspondía evitar las irregularidades anotadas. El municipio de Morales, por jurisdicción y por distancia, estaba legal y físicamente imposibilitado para intervenir precisamente en el lugar, en la hora y sobre la motonave que naufragó. Por lo anterior se modificará la sentencia en tal sentido, es decir, para absolver al municipio de Morales.

La determinación absolutoria del *a-quo* en cuanto respecta con el municipio de Buenos Aires le parece acertada a la Sala y, la mantendrá. Es claro que en su contra no

resulta oponible la declaración de responsabilidad dado que dicho municipio carece de jurisdicción sobre el embalse aludido, según se infiere de la certificación expedida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Además, cabrían en favor los planteamientos consignados respecto del municipio de Morales.

Ahora bien, en cuanto se refiere al Ministerio de Defensa –Policía Nacional–, cabe señalar cómo no existe en el proceso demostración alguna que permita inferir que a esta última institución se le hubiera solicitado u ordenado la prestación de un servicio ordinario o especial de vigilancia en torno del transporte particular que se cumplía en el embalse de la Salvajina, o que el personal policial acantonado en la población de Suárez hubiera desatendido algún llamado o determinación de las autoridades municipales en tal sentido. Por esta razón estima la Sala que el aludido ministerio y la Policía Nacional–no incurrieron en la falla del servicio que la parte actora les achaca y sobre la cual fundamenta sus pretensiones. En tales condiciones se mantendrá la absolución que en su favor tomó el juzgador de primera instancia.

Establecida, pues, la falla del servicio y deducida además la relación de causalidad entre aquella y el daño ocasionado, así como la concurrencia de culpa de las víctimas, corresponde tasar y liquidar los perjuicios ocasionados a los demandantes.

Grupo Familiar del occiso JESÚS ANTONIO SARRIA MERA

Comparecen la cónyuge Lourdes Tobar y los hijos Dídimo Fernando y Martha Julieth Sarria Tobar; la madre, el padrastro y sus hermanos medios Adelfa Carabalí Mera, Fanny Carabalí Mera, Herly Carabalí Mera y Clari Bel Carabalí Mera, y su hermana de sangre Adehida Sarria Mera. Aparece acreditado el matrimonio y el parentesco entre la víctima y los demandantes. Se reconocerán perjuicios morales en el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro, sin perjuicio de la reducción al 50% por presentarse la culpa de la víctima, para la madre, esposa e hijos del occiso; para sus hermanos y el padrastro el equivalente en pesos a 500 gramos del mismo metal, con idéntica aclaración.

Para liquidar los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, se utilizan las mismas fórmulas y procedimientos del fallo apelado. Los valores se actualizarán a la fecha de esta providencia, teniendo en cuenta el I.P.C. vigente en julio de 1990 (150.55) y en mayo de 1995 (447.87).

$$Vp: 41.025 \ \frac{447,87}{150.55} = \$122.044.94$$

El 25% corresponde a los gastos personales del occiso: $30.511.23. La diferencia, ($91.533,71) se divide en dos partes iguales; la primera, ($45.766.85) para la cónyuge supérstite; la segunda, se reparte por mitad entre los dos hijos, a quienes corresponden $22.883.42, para cada uno.

Indemnización Debida para la Cónyuge.

Comprende desde la ocurrencia de los hechos, hasta la fecha de la sentencia; es decir, 59.4 meses. Se aplica la fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+1)^n - 1}{1};$$

$$S = 45.766.85 \frac{(1 + 0.004867)^{59.4} - 1}{0.004867} = \$3.143.487.47$$

Para Dídimo Fernando y Martha Julieth Sarria Tobar, se sigue el mismo procedimiento:

$$S = 22.883.42 \frac{(1 + 0.004867)^{59.4} - 1}{0.004867} = \$1.571.743.39$$

Indemnización Futura para la Cónyuge.

Comprende desde el día siguiente de la fecha de esta sentencia, hasta el cumplimiento del término de vida probable del occiso, o sea, 45.45 años que corresponden a 545.4 meses, de los cuales se descuentan los 59.4 ya indemnizados, para obtener un período futuro de 486 meses. Se utiliza la fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+1)^n - 1}{1 + (1+i)^n};$$

$$S = 45.766.85 \frac{(1 + 0.004867)^{486} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{486}} = \$8.515.288.98$$

Para Dídimo Fernando Sarria Tobar.

Se sigue el mismo procedimiento, el plazo de indemnización se cuenta hasta cuando el menor arribe a su mayor edad, es decir, 97.8 meses. Se aplica la fórmula anterior.

$$S = 22.883.42 \frac{(1 + 0.004867)^{97,8} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{97,8}} = \$1.777.328.59$$

Para Martha Julieth Sarria Tobar.

Se sigue el procedimiento anterior, teniendo en cuenta que hasta su mayoría de edad transcurrirán 161.2 meses.

$$S = 22.883.42 \frac{(1 + 0.004867)^{161.2} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{161.2}} = \$2.552.159.80$$

RESUMEN

– Lourdes de Tobar

Indemnización debida	**$ 3.143.487.47**
Indemnización futura	**$ 8.515.288.98**
Suma	**$11.658.776.45**
Reducción del 50%, quedan:	**$ 5.829.388.22**

– Dídimo Fernando Sarria Tobar

Indemnización debida	**$ 1.571.743.39**
Indemnización futura	**$ 1.777.328.59**
Suma	**$ 3.349.071,98**
Reducción del 50%, quedan:	**$ 1.674.535.99**

– Martha Julieth Sarria Tobar

Indemnización debida	**$ 1.571.743.39**
Indemnización futura	**$ 2.552.159.80**
Suma	**$ 4.123.903.19**
Reducción del 50%, quedan:	**$ 2.061.951.59**

Grupo Familiar del occiso ABEL RODALLEGA RODALLEGA

Con relación a este grupo observa la Sala que quienes reclaman son: la pretendida compañera de la víctima de nombre Cristobalina Pechene y sus sedicentes hijos Diego Fernando, Leidy Nury y Eduardo Rodallega Pechene, así como la pretendida hijastra, Mónica Pechene y sus supuestos hijos Víctor Hugo y Edwin Rodallega a más de quienes se pretenden hermanas del occiso, a saber: Gabriela, Concepción y Carmen Rosa Rodallega Rodallega.

Con respecto a los anteriores demandantes cabe precisar que la legitimación de los mismos no se encuentra debidamente acreditada en este proceso. Se afirma lo anterior por cuanto no aparece reconocimiento legalmente efectuado, con anterioridad a los hechos y ante la autoridad competente, ni por el supuesto progenitor Abel Rodallega Rodallega, ni por la señora Cristobalina Pechene, quien comparece como madre de sus supuestos hijos y compañera permanente del occiso.

Agréguese a lo anterior que no se probó la existencia de un vínculo matrimonial y que los documentos eclesiásticos aportados para acreditar el parentesco no son probatoriamente adecuados para hacerlo, por cuanto se refieren a nacimientos posteriores

a 1938 cuya prueba se surte a través de las partidas de origen civil. Por lo demás ha sido exigencia de la Sala, reiterada en numerosas providencias, que para acreditar el parentesco extramatrimonial, debe aportarse la fotocopia del registro civil de nacimiento, con miras a establecer, entre otras cosas, la fecha de inscripción, el reconocimiento paterno si lo hubo y si también la madre suscribió el acta respectiva.

Similares consideraciones surgen con respecto a quienes demandan como sedicentes hijastra, nieto y hermanas del occiso. La demostración de su parentesco frente a este último adolece de los mismos errores antes referidos y por lo mismo conducen a idéntica conclusión: los actores no acreditaron adecuadamente su legitimación para actuar en este proceso.

No obstante lo anterior, considera la Sala que existen otros medios probatorios de los cuales se deduce que la pretendida compañera y sus hijos fueron afectados moral y económicamente con el fallecimiento de Abel Rodallega Rodallega, motivo por el cual se les indemnizará a título de terceros damnificados, reduciendo el monto de los perjuicios materiales, precisamente por esa condición, en un 20% del valor que normalmente a cada uno le correspondería. Lo anterior lo infiere la Sala de los testimonios de Elvio Sarria Solano (fls. 237 - 238) y Fanny Rodallega (fls. 239 y 240).

Reclaman indemnización por lucro cesante Cristobalina Pechene, presunta compañera del occiso y los menores Leidy Nury, Eduardo y Diego Rodallega Pechene. Para liquidar los perjuicios, se deducirá un 25% del valor de los ingresos de la víctima, que en este caso equivalen al salario mínimo legal de la época ($41.025), que corresponde a $10.256.25. La diferencia, ($30.769.75) se divide entre los cuatro demandantes y queda para cada uno la cantidad de $7.692.18, valor éste que se actualiza con los índices de precios al consumidor vigentes en julio de 1990 (150.55) y mayo de 1995 (447.87), para tener una renta actualizada de $22.883.40.

Indemnización Debida.

Para Cristobalina Pechene.

Corresponde desde la ocupación de los hechos, hasta la fecha de esta sentencia, o sea, 59.4 meses.

Se aplica el mismo procedimiento y las mismas fórmulas anteriormente utilizadas.

$$S = 22.883.40 \cdot \frac{(1 + 0.004867)^{59.4} - 1}{0.004867} = \$1.571.742.02$$

Menos reducción del 20%, quedan: $1.257.393.61

Este mismo valor se reconocerá a Leidy Nury y Eduardo Rodallega Pechene.

A Diego Rodallega Pechene, teniendo en cuenta que llegó a su mayor edad el 4 de octubre de 1993, sólo hasta esta fecha recibirá indemnización, por un lapso equivalente a 38.8 meses.

$$S= 22.883.40 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{38.8} - 1}{0.004867} = \$974.644.12$$

Menos reducción del 20%, quedan: $779.715.29

Menos reducción del 50%, quedan: $389.857.64

Indemnización futura.

Para Leidy Nury Rodallega Pechene.

Comprende desde la fecha de la sentencia hasta su mayoría de edad, o sea, 37.3 meses. Se utiliza la misma fórmula.

$$S= 22.883.40 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{37.3} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{37.3}} = \$778.830.47$$

Menos reducción del 20%, quedan: $623.064.37

Para Cristobalina Pechene y Eduardo Rodallega Pechene.

Les corresponde igual período indemnizatorio, es decir, aquel que se cumple al llegar a su mayoría de edad el menor de los hijos. Dicho período corresponde a 119.2 meses. Se aplica la fórmula utilizada.

$$S= 22.883.40 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{119.2} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{119.2}} = \$2.065.925.10$$

Menos reducción del 20%, quedan: $1.652.740.08

RESUMEN

– Cristobalina Pechene

Indemnización debida	**$1.257.393.61**
Indemnización futura	**$1.652.740.08**
Suma	**$2.910.133.69**
Menos reducción del 50%, quedan:	**$1.455.066.84**

– Leidy Nury Rodallega Pechene

Indemnización debida	**$1.257.393.61**

Indemnización futura	**$623.064.37**
Suma	**$1.880.457.98**
Menos reducción del 50%, quedan:	**$940.228.99**

– Eduardo Rodallega Pechene

Indemnización debida	**$1.257.393.61**
Indemnización futura	**$1.652.740.08**
Suma	**$2.910.133.69**
Menos reducción del 50%, quedan:	**$1.455.066.84**

– Diego Rodallega Pechene

Indemnización debida	**$974.644.12**
Reducción del 20%, quedan:	**$779.715.29**
Reducción del 50%, quedan:	**$389.857.64**

Grupo Familiar del occiso MIGUEL HERNÁNDEZ

Demandan Hilda María González como pretendida compañera permanente del occiso y LUCELI Hernández González como supuesta hija. Para probar el parentesco aportó la partida eclesiástica de nacimiento, documento que resulta inadecuado para tal efecto, dado que la demandante nació con posterioridad a 1938. Sin embargo observa la Sala que los testimonios de Elvio Sarria Lozano (fl. 238 ss.), Ary Rodallega (fl. 239 ss.) y José Tomás Mina Lucumí (fl. 233 ss.) permiten establecer entre el occiso y los demandantes una cercana relación afectiva y una dependencia económica que llevan a deducir que estas últimas resultaron damnificadas por la muerte de Miguel Hernández y en tal condición deben ser indemnizadas, pero en proporción inferior en un 20% de la que normalmente correspondería a la esposa e hija del causante.

Para liquidar los perjuicios materiales se tomará como monto económico el salario mínimo legal que para 1990 era de $41.025.oo, del cual se deduce un 50% ($20.512.50), para los gastos personales del occiso, y el otro 50% ($20.512.50) para dividir entre las actoras por partes iguales ($10.256.25), valor éste que actualizado con base en los índices de precios al consumidor vigentes en julio de 1990 (150.55) y mayo de 1995 (447.87), de una renta actualizada de $30.511.23.

Indemnización Debida.

Es la misma para cada una de las demandantes. Corresponde desde la fecha de los hechos, hasta la mayoría de edad de la menor, la que fue anterior a la sentencia, es decir, 25.5 meses. Se sigue el mismo procedimiento ya aplicado, con idéntica fórmula.

$$S = 30.511{,}23 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{25.5} - 1}{0.004867} = \$826.241.42$$

Menos el 20% de reducción, quedan: $660.993.13

Menos el 50% de reducción, quedan: $330.496.56

Grupo Familiar del occiso GRACILIANO DE JESÚS TALAGA

Reclaman Bernardina Talaga de Jesús como supuesta madre del occiso; Luz Elvia Muñoz como pretendida compañera permanente; María de Jesús Talaga como hermana; Ana María de Jesús como hija del occiso, y Fredy Hernando, David y Frank Rodríguez de Jesús como sus nietos; Marleny Hurtado Talaga como sobrina y Lina Vanessa Hurtado de Jesús, hija de esta última.

Al igual que en los grupos anteriores, es ostensible la deficiente demostración de la legitimación de los demandantes. Las partidas eclesiásticas de nacimiento aportadas por María de Jesús para probar que es hermana del occiso, así como los certificados notariales, en todas se encuentran ausentes la prueba de matrimonio o de los nacimientos paternos o maternos respectivos, llevan indefectiblemente a descartar el parentesco alegado por los demandantes y, por consiguiente, a denegar la indemnización que por tal motivo reclaman.

Sin embargo, pese a la falencia probatoria referida testimonialmente, así como el comportamiento procesal de los actores y de las documentales aportadas, deduce la Sala que entre la víctima y los demandantes sí se dieron relaciones afectivas que permiten tener a los actores como terceros damnificados, para reconocer en su beneficio y según el caso, perjuicios morales, reducidos, eso sí, en proporción de un 20% del valor que seguramente les hubiera correspondido de haber acreditado adecuadamente su legitimación.

Por tal concepto se reconocerá el equivalente en pesos a 400 gramos de oro, para las pretendidas progenitora, compañera e hija de la víctima y de 200 gramos para cada uno de sus nietos. Este grupo familiar era muy unido y vivían bajo el mismo techo y bajo la dirección y dependencia del occiso, según lo relatan José Tomás Mina Lucumí (fls. 233-235), Nohemí Carvajal Muñoz (fl. 241) y Flor María Carvajal Muñoz (fl. 246-247).

En cuanto concierne con los perjuicios materiales, se reclaman en este caso para los sedicentes madre y compañera permanente del occiso, a quienes se atribuyen sendas limitaciones físicas. Empero, no es posible liquidar en concreto esta indemnización por cuanto se ignoran las fechas de su nacimiento para así mismo calcular el término de vida probable que les corresponda y sobre este dato liquidar en concreto el valor de los perjuicios materiales. Por lo anterior se tramitará incidente de liquidación, conforme lo decidió el a quo, teniendo en cuenta, además, la reducción del 20% aplicada en este fallo.

Grupo Familiar del occiso ASMED LUCUMÍ GUEMBUEL.

Comparecen Teófilo Lucumí y María Argelina Guembuel de Lucumí como padres del occiso, y Aralid, Doris Delia y Nubia Cecilia Guembuel como hermanos, quienes aportaron la partida eclesiástica del matrimonio de los sedicentes padres de la víctima y certificados notariales de nacimiento del occiso y de sus pretendidos hermanos.

En las anteriores condiciones observa la Sala que también con respecto a este grupo familiar caben los mismos cuestionamientos, críticas y observaciones formulados sobre las pruebas del estado civil frente a los grupos ya examinados. Aquí como en aquellos, y con fundamento en las declaraciones de José Tomás Mina Lucumí y Elvio Sarria Solano hay lugar al reconocimiento de perjuicios pero no a título derivado del parentesco aducido, sino como terceros damnificados. Los reconocimientos resarcitorios se harán con reducción de un 20% de los valores que regularmente se reconocen a quienes acreditan debidamente su legitimación. Se reconocerán perjuicios morales en el equivalente a 800 gramos de oro para los progenitores del occiso y de 400 gramos por cada uno de los hermanos.

Testimonialmente se probó que la víctima velaba por el mantenimiento de sus padres, dada la edad de estos y sus limitaciones físicas en uno de sus miembros superiores. Por tal razón habrá de indemnizarse el lucro cesante, con base en el salario mínimo legal vigente en julio de 1990 ($41.025), de los cuales el 50% ($20.512.50) se considera que era lo que utilizaba el occiso para sus gastos personales y el otro 50% ($20.512.50), se divide por partes iguales entre los progenitores a quienes les corresponde $10.256.25, valor éste que actualizado con los índices de precios al consumidor vigentes en julio de 1990 (150.55) y mayo de 1995(447.87), dan una renta actualizada de $30.511.23. El período indemnizatorio culminará el 23 de noviembre de 1999, cuando el occiso hubiera cumplido 25 años de edad y por tal razón hubiese organizado su propio hogar.

Indemnización debida para cada uno de los padres.

Se utiliza la misma fórmula de las liquidaciones anteriores y se sigue el mismo procedimiento. Período de 59.4 meses.

$$S = 30.511.23 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{59.4} - 1}{0.004867} = \$2.095.658.09$$

Menos el 20% de reducción, quedan: $1.676.526.42

Menos el 50% de reducción, quedan: $838.263.21

Indemnización futura para cada uno de los padres.

Comprende desde el día siguiente de la sentencia, hasta el 23 de noviembre de 1999, es decir, 53 meses. Se utilizan la misma fórmula y procedimientos anteriormente aplicados.

$$S= 30.511.23 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{53} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{53}} = \$1.422.331.93$$

Menos el 20% de reducción, quedan: $1.137.865.54

Menos el 50% de reducción, quedan: $568.932.77

Grupo Familiar de las occisas EMMA MERA SABOGAL y SANDRA VIVIANA SARRIA MERA.

Comparecen el esposo y padre de las occisas, Elvio Sarria Solano y sus hijos: Elvio Marino, Juan Carlos, Adriana Marina, Yamileth, Jessica Paola, Milgen, Nora, María Herminia, Silvio, Amparo y Luis Hernán Sarria Mera; también las hermanas Gladys, Irma, Fanny y María Licenia Sabogal. Los demandantes acreditaron el matrimonio de Elvio Sarria Solano con Emma Mera Sabogal, y aportaron los registros civiles de nacimiento de cada uno de los hijos. El registro civil de Sandra Viviana Sarria Mera, que echó de menos el Tribunal, posteriormente fue traído al proceso y aparece al folio 435 del cuaderno principal. En cuanto a la partida de bautismo de Emma Mera Sabogal, no resulta admisible como prueba del estado civil para demostrar el parentesco de la señora fallecida con sus hermanas. Así las cosas, se reconocerán perjuicios morales para quienes demandan en su doble condición de esposo y padre, hijas y hermanas de la víctimas, a quienes por razón de la afectación moral que el doble deceso debió de ocasionarles, por causa de esa mayor angustia y dolor, les corresponde a título de compensación una suma equivalente a 650 gramos de oro para cada uno, hecha la reducción del 50% por la concurrencia de culpas.

Por perjuicios materiales la Sala no hace ningún reconocimiento toda vez que no encuentra probada ni la actividad laboral, ni los ingresos laborales de la occisa, ni que de ésta dependieran económicamente los demandantes. La prueba aportada para tal efecto la encuentra la Sala insuficiente.

Ahora bien, la Sala no puede desconocer que en el subjudice hubo culpa de las víctimas al abordar la embarcación, cuando en la misma era ostensible el exceso de pasajeros, de carga y de algunos casos de alicoramiento. De ahí la pregunta prudente de quien interrogara al barquero sobre la posibilidad de hacer dos viajes ante el numeroso grupo de pasajeros.

Embarcarse así, en tales circunstancias de tiempo, modo y lugar, todas adversas a un viaje tranquilo y seguro, significaba, a pesar de la urgencia de trasladarse, ni más ni menos, que exponerse a sufrir un daño, como en efecto sucedió. Por esa irresponsabilidad de los usuarios en su aventurado comportamiento, por esa imprudente exposición al daño, resulta viable hablar en el subjudice de una concurrencia de culpas entre la administración municipal de Suárez y las víctimas, en proporción de un 50%, porcentaje éste en que se ha reducido el valor indemnizatorio a cargo del municipio referido. Para aquellos casos de terceros damnificados, el monto indemnizatorio se ha reducido en un 20% adicional, precisamente por causa de esa calidad de terceros damnificados.

RESUMEN

Las siguientes son las condenas impuestas en esta sentencia, luego de las reducciones correspondientes, a la condición de terceros damnificados (20%) y a la concurrencia de culpas (50%), tanto en los perjuicios morales como en los materiales.

a) Grupo Familiar del occiso JESÚS ANTONIO SARRIA MERA.

–Perjuicios morales.

El equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino para Lourdes Tobar, Dídimo Fernando y Martha Julieth Sarria Tobar, y Fanny Mera Sabogal; el equivalente en pesos a 250 gramos del mismo metal para Clari Bel, Adelfa, Fanny y Herly Carabalí Mera, Adehida Sarria Mera y Raúl Carabalí.

–Perjuicios materiales.

Lourdes Tobar	$5.829.388.22
Dídimo Fernando Sarria Tobar	$1.674.535.99
Martha Julieth Sarria Tobar	$2.061.951.59

b) Grupo Familiar del occiso ABEL RODALLEGA RODALLEGA

–Perjuicios morales.

– Cristobalina Pechene, Leidy Nury y Eduardo Rodallega Pechene, y Mónica Pechene, el equivalente a pesos de 400 gramos de oro, para cada uno.

– Para Víctor Hugo Rodallega Pechene, Edwin Rodallega Pechene; Gabriela, Concepción y Carmen Rosa Rodallega, el equivalente en pesos a 200 gramos de oro, para cada uno.

–Perjuicios materiales.

Cristobalina Pechene	$1.455.066.84
Leidy Nury Rodallega Pechene	$940.228.99
Eduardo Rodallega Pechene	$1.455.066.84
Diego Rodallega Pechene	$389.857.64

c) Grupo Familiar del occiso MIGUEL HERNÁNDEZ

–Perjuicios morales.

A Hilda María González y Lucelí Hernández González, les correspondió el equivalente en pesos a 400 gramos de oro fino.

–Perjuicios materiales.

Hilda María González	$330.993.13
Lucelí Hernández González	$330.993.13

d) Grupo Familiar del occiso GRACILIANO DE JESÚS TALAGA

–Perjuicios morales.

Para Bernardina Talaga de Jesús, Luz Elvia Muñoz y Ana de Jesús el equivalente en pesos de 400 gramos de oro para cada una; a María de Jesús Talaga, Fredy Hernando, David y Frank Rodríguez de Jesús el equivalente en pesos a 200 gramos del mismo metal.

–Perjuicios materiales.

Condena en abstracto.

e) Grupo Familiar de ASMED LUCUMÍ GUEMBUEL.

–Perjuicios morales.

Para Teófilo Lucumí y María Argelina Guembuel el equivalente en pesos a 400 gramos de oro fino para cada uno; para Aralid, Lida, Doris Delia y Nubia Cecilia Guembuel el equivalente en pesos a 200 gramos del mismo metal.

–Perjuicios materiales.

Teófilo Lucumí	$1.407.196.oo
María Argelina Guembuel	$1.407.196.oo

f) Grupo Familiar de las occisas EMMA MERA SABOGAL y SANDRA VIVIANA SARRIA MERA.

–Perjuicios morales.

El equivalente en pesos a mil trescientos (1.300) gramos de oro fino para Elvio Sarria Solano; Elvio Marino, Juan Carlos, Adriana Marina, Yamileth, Jessica Paola, Milgen, Nora, María Herminia, Silvio, Amparo y Luis Hernán Sarria Mera, para cada uno.

–Perjuicios materiales.

No se reconocieron.

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

FALLA:

MODIFÍCASE la sentencia apelada, esto es, la del 29 de septiembre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, la cual queda así:

PRIMERO. DECLÁRASE ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLE al municipio de SUÁREZ (Cauca), en concurrencia de un 50% con las víctimas, por los hechos acaecidos el día 8 de julio de 1990 en la REPRESA DE LA SALVAJINA y en los cuales perecieron las siguientes personas: JESÚS ANTONIO SARRIA, ABEL RODALLEGA RODALLEGA, MIGUEL HERNÁNDEZ, GRACILIANO DE JESÚS TALAGA, ASMED LUCUMÍ GUEMBUEL, EMMA MERA DE SARRIA Y SANDRA VIVIANA SARRIA MERA.

SEGUNDO. En consecuencia, **CONDÉNASE** al Municipio de SUÁREZ, (Cauca), a pagar a título de indemnización por perjuicios morales a los demandantes que a continuación se mencionan, los siguientes valores:

a. A LOURDES TOBAR, DÍDIMO FERNANDO, MARTHA JULIETH SARRIA TOBAR, FANNY MERA SABOGAL, la suma equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro, para cada uno de ellos; A ADELFA CARABALÍ MERA, FANNY CARABALÍ MERA, HERLY CARABALÍ MERA, CLARI BEL CARABALÍ MERA, ADEHIDA SARRIA MERA y RAÚL CARABALÍ, la cantidad de doscientos cincuenta 250 gramos de oro, para cada uno de ellos.

b. A CRISTOBALINA PECHENE, DIEGO, LEIDY NURY, EDUARDO RODALLEGA PECHENE y MONICA PECHENE, el equivalente en pesos a cuatrocientos (400) gramos de oro fino, para cada uno; PARA VÍCTOR HUGO RODALLEGA PECHENE, EDWIN RODALLEGA PECHENE, GABRIELA, CONCEPCIÓN y CARMEN ROSA RODALLEGA, la cantidad equivalente en pesos a doscientos (200) gramos del mismo metal, para cada uno de ellos.

c. A HILDA MARÍA GONZÁLEZ y LUCELI HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, la cantidad equivalente en pesos a cuatrocientos (400) gramos de oro fino, para cada una de ellas.

d. A BERNARDINA TALAGA DE JESÚS, LUZ ELVIA MUÑOZ, ANA DE JESÚS MUÑOZ, el equivalente en pesos a cuatrocientos (400) gramos de oro fino, para cada una de ellas; A FREDY HERNANDO, DAVID, FRANK RODRÍGUEZ DE JESÚS y MARÍA DE JESÚS TALAGA, la suma equivalente en pesos a doscientos (200) gramos del mismo metal.

e. A TEÓFILO LUCUMÍ y MARÍA ARGELINA GUEMBUEL DE LUCUMÍ, la cantidad equivalente en pesos a cuatrocientos (400) gramos de oro fino, para cada uno de ellos. A ARALID GUEMBUEL, DORIS DELIA y NUBIA CECILIA GUEMBUEL, la cantidad equivalente a doscientos (200) gramos de oro, para cada uno de ellos.

f. A ELVIO SARRIA SOLANO, ELVIO MARINO, JUAN CARLOS, ADRIANA MARINA, YAMILETH, JESSICA PAOLA, MILGEN, NORA, MARÍA HERMINIA, SILVIO, AMPARO y LUIS HERNÁN SARRIA MERA, la suma equivalente en pesos a seiscientos cincuenta (650) gramos de oro, para cada uno de ellos.

Los valores anteriores se entenderán como condena en concreto y se liquidarán conforme a certificado que sobre el precio del oro expida el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

TERCERO. **CONDÉNASE** al municipio de SUÁREZ (Cauca), a pagar indemnización por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, a las siguientes personas y por las cantidades que se enuncian:

a.) Para LOURDES TOBAR, la suma de CINCO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON 22/100 ($5.829.388.22) MONEDA LEGAL.

b.) Para DÍDIMO FERNANDO SARRIA TOBAR, la suma de UN MILLÓN SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON 99/100 ($1.674.535.99) MONEDA LEGAL.

c.) ,Para MARTHA JULIETH SARRIA TOBAR, la suma de DOS MILLONES SESENTA Y UN MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS CON 59/100 ($2.061.951.59) MONEDA LEGAL.

d.) Para CRISTOBALINA PECHENE, la suma de UN MILLÓN CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SESENTA Y SEIS PESOS CON 84/100 ($1.455.066.84) MONEDA LEGAL.

e.) Para LEIDY NURY RODALLEGA PECHENE, la suma de NOVECIENTOS CUARENTA MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON 99/100 ($940.228.99) MONEDA LEGAL.

f.) Para EDUARDO RODALLEGA PECHENE, la suma de UN MILLÓN CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SESENTA Y SEIS PESOS CON 84/100 ($1.455.066.84) MONEDA LEGAL

g.) Para DIEGO RODALLEGA PECHENE, la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON 64/100 ($389.857.64) MONEDA LEGAL.

h.) Para HILDA GONZÁLEZ y LUCELÍ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, la suma de TRESCIENTOS TREINTA MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON 56/100 ($330.496.56) MONEDA LEGAL, para cada una de ellas.

i.) Para TEÓFILO LUCUMÍ y ARGELINA GUEMBUEL, la suma de UN MILLÓN CUATROCIENTOS SIETE MIL CIENTO NOVENTA Y SEIS PESOS ($1.407.196.oo) MONEDA LEGAL, para cada uno de ellos.

j.) Las sumas reconocidas, devengarán intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO. **CONDÉNASE** al municipio de SUÁREZ (Cauca), a pagar indemnización en abstracto, por concepto de perjuicios materiales, modalidad lucro cesante, y en el valor que se establecerá por vía incidental, a LUZ ELVIA MUÑOZ y BERNARDINA TALAGA.

QUINTO. **DENIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO. Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídanse copias auténticas de las sentencias, con destino a las partes, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del C. de P.C., con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 del 22 de febrero de 1995. Las copias se entregarán al respectivo apoderado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Presidente de la Sala

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

JESÚS MARÍA CARRILLO B.

LOLA ELISA BENAVIDES LÓPEZ
Secretaria

COMPAÑIA ASEGURADORA/LEGIMITACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

La Sociedad "Compañía Mundial de Seguros S.A." demostró su vocación hacia la reivindicación de los derechos adquiridos en el pasado por las firmas comerciales "Transcolombiana de Aviación S.A. Tavina y Embraer Bandeirante" con ocasión del accidentado suceso del 29 de mayo de 1982, pues pagó el precio de la eronave, en cumplimiento de sus obligaciones adquiridas con las anteriores firmas comerciales debido a la suscripción del contrato de seguro de aviación AV-00427, vigente el día en que se produjo el siniestro. Quienes recibieron el pago TAVINA, y EMBRAER, eran los llamados por el Decreto Administrtivo para adelantar el juicio de responsabilidad, pero al serles colmadas sus aspiraciones por la Cía. Mundial de Seguros, esta última se subrogó *ipso jure* en los derechos de los anteriores y con ello quedó justificado el interés para la acción.

FALLA AL SERVICIO DE CONTROL AÉREO/FALLA DEL SERVICIO DE LA FUERZA ÁEREA/ACTIVIDAD PELIGROSA/RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

El presente conflicto de intereses no se puede manejar con la filosofía que informa la falla presunta, pues aunque el daño, cuya indemnización se reclama en el *sub-lite,* fue el resultado que arrojó el ejercicio de la actividad, considerada como peligrosa por la jurisprudencia del Consejo de Estado, y de alto riesgo, no solo para los usuarios, sino para la sociedad en general, la Sala, al tratar de hacer precisión en tal sentido, ha venido sosteniendo que si el daño sufrido por el demandate es el resultado de ejercer una actividad

peligrosa, la dimensión del riesgo queda neutralizada cuando quien resulta afectado, era igualmente encargado de conducir la misma actividad, es decir, que la víctima también estaba generando peligrosidad o se encontraba expuesto a ella por situarse en el mismo sistema de contingencia. Dado que la problemática que aquí se plantea, reclama una visión conjunta de responsabilidad que debe ser compartida como producto de un error de conducta asignada a dos entidades del Estado. La Sala definirá el presente conflicto de intereses dentro del marco de la falla del servicio ordinaria. Del acervo probatorio que fluye copiosamente en el proceso resulta incuestionable la falla del servicio. No fue difícil para la Sala arribar a esta conclusión, luego de observar que la colisión aérea se produjo a una altura de 1.500 pies aproximadamente, pues al momento de producirse el impacto, el avión comercial llevaba tan solo un minuto cuarenta y cinco segundos de vuelo, y aún está en maniobras de elevación. El fallador encuentra que el subteniente Rafael Velosa Arbeláez, al mando del FAC-2020, incurrió en un error de conducta, pues una persona prudente y diligente, colocada en las mismas circunstancias externas del piloto del aeronave militar, no hubiera realizado una operación de descenso, desatendiendo las pautas acordadas con el controlador de la torre cuando comunicó, por la frecuencia 119.1, que mantendría la altura de 3.000 pies para cruzar la extensión (aeropuerto) antes de emprender un aterrizaje militar, autorizado absurdamente por el controlador de la torre. Por haberse acreditado que en la producción del hecho dañino concurrieron dos causas. Una conducta imprudente del personal aéreo y otra, no menos grave, del piloto encargado de maniobrar el FAC-2020, es preciso recordar que frente a la existencia de concausas en la producción del perjuicio, es pertinente la aplicación de la regla que contiene el art. 2344 del Código Civil Colombiano.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

Referencia: Expediente No. 4312. Actor: COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. Demandado: LA NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONÁUTICA CIVIL Y MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

– I –

Procede la Sala a desatar el conflicto de intereses surgido entre la Sociedad COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A y la Nación Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y el Ministerio de Defensa Nacional (Fuerza Aérea Colombiana), cuyo universo jurídico y fáctico se recoge en la demanda del 5 de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), con las siguientes pretensiones:

"PRIMERA: Que la Nación (Ministerio de Defensa y Departamento Administrativa de Aeronáutica Civil) es responsable de los perjuicios sufridos por la sociedad "Transcolombiana de Aviación S.A., Tavina", como consecuencia de la destrucción de la aeronave de su propiedad matrícula HK-2732-X, causada como efecto del abordaje con la aeronave de combate perteneciente a la Fuerza Aérea Colombiana matrícula FAC-2020, ocurrido el 29 de mayo de 1982 en las inmediaciones del Aeropuerto Ernesto Cortissos de la ciudad de Barranquilla.

"SEGUNDA: Que la "Compañía Mundial de Seguros S.A" es titular de las acciones y derechos en contra de la NACIÓN, derivados de la responsabilidad impetrada en la Primera de las pretensiones precedentes, por haberse subrogado por Ministerio de la ley y por el equivalente en moneda legal colombiana de un millón de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (U.S. $1.800.000,oo), importe de la indemnización pagada en cumplimiento de las obligaciones a su cargo originadas de la Póliza No. AV-00427, en los derechos de "Transcolombiana de Aviación S.A., Tavina" contra LA NACIÓN como responsable del siniestro.

"TERCERA: Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a LA NACIÓN a pagar a la "Compañía Mundial de Seguros S.A" el equivalente en moneda legal colombiana en la fecha en que el pago se efectúe, de la suma de un millón ochocientos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (U.S. $1.800.000,oo), importe pagado por el siniestro de la aeronave mencionada en la primera de las pretensiones de esta demanda, y la cual se hallaba asegurada por la Póliza No. AV-0027 expedida por dicha compañia, mas los intereses comerciales sobre tal suma desde el 13 de octubre de 1982, fecha en que mi mandante pagó el importe de la indemnización a que la obligaba la citada póliza, hasta el día en que LA NACIÓN efectúe el pago.

"CUARTO.- En subsidio de las pretensiones segunda y tercera, que la Compañia Mundial de Seguros S.A, es titular de las acciones y derechos en contra de LA NACIÓN, derivados de la responsabilidad impetrada en las primeras de las pretensiones precedentes, en razón de la cesión que a su favor hizo "Transcolombiana de Aviación S.A. "TAVINA" "Y la cual consta en el correspondiente documento.

"QUINTA.- En subsidio de las pretensiones Segunda, Tercera y Cuarta, que la Compañía Mundial de Seguros S.A es titular de las acciones y derechos en contra de LA NACIÓN, derivados de la responsabilidad impetrada en la primera de las pretensiones precedentes, en razón de la cesión que a su favor hicieron "Tavina S.A" y "Embraer S.A" y la cual consta en el correspondiente documento.

"SEXTA: Que, como consecuencia, bien de la pretensión subsidiaria Cuarta, bien de la Quinta, se condene a LA NACIÓN a pagar a la "Compañía Mundial de Seguros" S.A, en su condición de cesionaria de "Transcolombiana de Aviación S.A. Tavina" o de esta Sociedad y "Embraer S.A." y como indemnización de los

perjuicios que a "Transcolombiana de Aviación S.A. Tavina" le causó por la destrucción de la aeronave mencionada en la primera de las declaraciones de esta demanda, las siguientes sumas:

"A) El equivalente, en moneda legal colombiana a la fecha en que el pago se efectúe, de un millón ochocientos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (U.S $1.800.000,oo), valor de la aeronave destruída o, en subsidio, la cantidad qué, por tal concepto, resulte probada en el proceso o en un incidente de regulación de perjuicios; B) Los restantes perjuicios sufridos como consecuencia de la pérdida de la misma aeronave, incluyendo el lucro cesante por dicha pérdida en la cuantía que resulte probada en el proceso o en un incidente de regulación de perjuicios." (fl. 7-9, C.1).

LOS HECHOS:

Narra el libelista la situación fáctica que dio origen a este proceso, en los siguientes términos:

"PRIMERO: Siendo las siete de la mañana del 29 de mayo de 1982, el capitán JAIRO FERNÁNDEZ MERCADO, de 37 años de edad, veterano piloteo, con cerca de 9.500 horas de vuelo y sin ningún accidente en su hoja de vida, debidamente licenciado por la Aeronáutica Civil, y con los documentos exigidos por la ley para ejercer la profesión de piloto, solicitó y obtuvo de la Torre de Control del Aeropuerto "Ernesto Cortissos de la ciudad de Barranquilla, permiso para despegar por la pista 04, e inmediatamente hacer un viraje a la derecha.

"SEGUNDO: El Capitán Fernández se encontraba al mando de un avión Embraer, EMB-110-P, serie 110-366, que operaba con matrícula colombiana HK-2743, aparato de propiedad de Tavina "Transcolombiana de Aviación S.A", de características propias de los aviones dedicados al transporte de pasajeros, como es la de tener la cabina de piloto inserta en fuselaje, dotado de las ayudas de navegación exigidas por la Aeronática Civil, y de otras propias de la navegación aérea, que la tecnología pone a disposición de los nuevos morteros de aviones. Dicha aeronave tenía su certificado de aeronavegabilidad el día en que fue destruido, y se le habían practicado las diferentes revisiones y mantenimientos conforme lo prevé su Manual de operación y los reglamentos de la Aeronáutica.

"TERCERO: La mañana del siniestro, gozando de óptimas condiciones metereológicas, y consiguientemente, sin ninguna limitación visual, habiendo sido autorizado por la Torre del Aeropuerto, el Capitán Fernández inició la carrera y decoló en condiciones absolutamente normales. Transcurridos unos pocos segundos de vuelo la Torre de Control ordenó al Capitán Fernández que moviera el dial de su radio de la frecuencia 118.1 que es la frecuencia utilizada por la Torre de Control, a la frecuencia 119.1 que es la utilizada por la Estación de Control de

Aproximación, instrucciones que fueron inmediatamente cumplidas por el citado Capitán.

"CUARTO: Veinte segundos después de que el Capitán Fernández cumpliera la mencionada instrucción se reportó a la Torre de Control, en la frecuencia 118.1 el subteniente Rafael Velosa Arbeláez, quien comandaba un avión de combate del tipo T-.33 con matrícula FAC 2020, a fin de solicitar las instrucciones de aproximación.

"QUINTO: La Torre de Control, después de dar las instrucciones técnicas de rigor, informó al avión militar que en la pista 04 acababa de despejar, con inmediato viraje a la derecha, un avión civil, pero guardó absoluto silencio sobre la distancia, medida en segundos, a que se encontraban el uno del otro.

"SEXTO: A pesar de conocer la presencia o tráfico, en términos aeronáuticos, de una avión civil y no obstante haber informado que pasaría sobre la Torre de Control a 3.000 pies de altura, el piloto militar se comunicó nuevamente con la Torre solicitándole una "entrada militar", la que le fue concedida haciendo caso omiso de la presencia en la zona del avión de pasajeros que iniciaba su ascenso. El piloto militar enfiló su avión de combate hacia la pista del aeropuerto, descendiendo vertiginosamente de los 3.000 pies de altura que acababa de reportar hasta una altura aproximada de 1.500 pies, a la que se produjo la colisión con el avión civil de propiedad de mi poderdante.

"SÉPTIMO: Debe recordarse que, según se dijo en los hechos precedentes, el Capitán Fernández era ajeno a todas estas maniobras, puesto que, siguiendo instrucciones de la Torre de Control, había cambiado su frecuencia de comunicación a 119.1, frecuencia de la Estación de Controlador de aproximación.

"OCTAVO: El avión T-33 es un avión extremadamente versátil, dada su naturaleza de avión de combate, razón por la cual su cabina sobresale del fuselaje, en forma de burbuja de cristal, dando al piloto óptima visibilidad, que le permite un control absoluto de las posiciones de los eventuales aviones enemigos, aún en los eventos en que estos perfilan sus ataques desde puntos laterales o posteriores al avión.

Pese a esta condición privilegiada, el subteniente que comandaba la aeronave militar descuidó su espacio frontal, en momentos en que se enfilaba a gran velocidad contra el avión civil, el cual transitaba conforme a su plan de vuelo autorizado, dentro de su velocidad normal de ascenso.

"NOVENO. Fue el segundo de a abordo en el avión militar, quien ocupaba la silla detrás de la del piloto, el que evitó una tragedia de mayores proporciones, al poner sobre aviso al piloto, sobre la existencia de la nave civil, en el camino del casa bombardeo. Según la propia versión del piloto militar él solo vió un "borrón", que se venía encima y que lo llevó a mover la barra de control para hacer ascender el

avión. A pesar de la tardía reacción del Teniente Veloza, el FAC 2020 golpeó con la punta del ala izquierda, la vertical de la cola del avión civil, causándole la ruptura del estabilizador vertical y del timón de cola.

"DÉCIMO.- Las características del avión, civil de pasajeros, tan diametralmente distintas a las del militar, entre otras, en cuanto a visibilidad se refiere, hicieron que su Comandante, capitán Fernández, estuviera en imposibilidad de ver, el avión militar que embestía la cola de su aeronave y que ignoraba hasta después de ser derribado, lo que realmente había ocurrido, pues según su propio testimonio, él solo sintió un fuerte golpe en la parte posterior del avión que comandaba.

"UNDÉCIMO.- Ante la pérdida progresiva de altura del avión de pasajeros, el Capitán Fernández intentó por todos los medios, y así lo comunicó a la Torre de control, regresar a la pista que pocos minutos antes había abandonado. A pesar de no tener control direccional, sobre el avión, debido a la ruptura del timón de cola, el piloto, con la destreza que solo se adquiere después de catorce años de experiencia de vuelo, logró reducir la potencia de los motores hasta el mínimo indispensable para conservar alguna sustentación y así disminuir la fuerza del impacto con la superficie, cayendo en una ciénaga cercana al aeropuerto, salvando así la vida de sus pasajeros y de la tripulación.

"DUODÉCIMO.- Los desperfectos sufridos en la colisión y la caída consiguiente, produjeron la destrucción de la aeronave, en el sentido de no ameritarse económicamente su reconstrucción, por cuanto solo lograron salvarse ciertas partes aisladas de la misma, avaluadas en una suma aproximada de US$10.000.oo, las cuales no han podido aún ser enajenadas.

"DÉCIMO TERCERO: El aeropuerto "Ernesto Cortizzos, uno de los mas modernos del pais, cuenta con servicio de radar; sin embargo y a pesar de que éste estaba en funcionamiento, el controlador del mismo no dió la voz de alerta al observar, si es que estaba observando, como era su deber, que dos aviones tomaban rumbo de colisión.

"DÉCIMO CUARTO: El avión, propiedad exclusiva de Tavina, identificado con matricula colombiana HK-2743 X, se encontraba amparado contra el riesgo de que hemos venido hablando, por la Compañía Mundial de Seguros S.A., mediante la Póliza de Seguros de Aviación AV-No. 00427, incluidos sus anexos y demás documentos que se acompañarán en su momento. En dicha póliza se pactó una cláusula por "Violación de Garantía" a favor de "Embraer S.A. y/o Cassex", por US$1.620.000.oo. En cumplimiento de tal contrato, la Compañía Mundial de Seguros S.A pagó a Embraer S.A y/o Cassex, como beneficiaria de cláusula de violación de garantía, la suma antes mencionada y, a la Transcolombiana de Aviación S.A, Tavina, la suma de US$324.170.oo, como aseguradora en la mencionada póliza. Con este pago la Aseguradora entró en el supuesto de hecho del artículo 1096 del Código de Comercio, haciéndose acreedora del efecto jurídico

de él, como es la subrogación de los derechos y acciones del perjudicado por el hecho dañino frente a sus causantes.

"DÉCIMO QUINTO: Tanto la Transcolombiana de Aviación S.A., como la Embraer S.A cedieron, mediante documento, los derechos y acciones que les pudieran corresponder, en su calidad de propietaria y acreedora hipotecaria, respectivamente, por los perjuicios que recibieron como consecuencia de los hechos que se narraron en párrafos anteriores.

"DÉCIMO SEXTO: Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto se concluye que LA NACIÓN (Ministerio de Defensa y Departamento Administrativo de Aenonáutica Civil), es responsable de los perjuicios que causó a "Transcolombiana de Aviación S.A Tavina", y deben pagar a la Compañía Mundial de Seguros S.A el valor de tales perjuicios, o la suma que la mencionada Compañía pagó, en cumplimiento del contrato de seguro que tenía suscrito con la Compañía aérea." (fl. 9-14, C.,l).

El Concepto de la Violación

Considera el demandante que la falla del servicio en este caso se presentó en las actuaciones u omisiones de los funcionarios de la Aeronáutica Civil y del personal de las fuerzas armadas, al violar normas superiores de derecho, por lo cual hace abstracción de los art. 16, 20, 30 y 51 de la constitución anterior; invocando además las normas de los códigos civil y de comercio fuera de los que contiene el manual de reglamento aeronáutico que desarrollan los principios constitucionales relacionados con la protección de los bienes, la extralimitación de los funcionarios públicos y la omisión en que ellos incurrieron por la indebida aplicación de los reglamentos del aire, atentando contra los derechos fundamentales de la empresa "TAVINA S.A".

LA ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue notificada en forma personal al Mayor General Diego A. González Ossa en su calidad de Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional (Fl. 21, C.l) y al Dr. Juan Guillermo Penagos Estrada, en su calidad de Representante Legal de la Aeronáutica Civil (Fl. 24, C.l), quienes en su debido momento constituyeron sendos apoderados judiciales para la defensa de los intereses de la Nación.

En escrito que obra a fl. 46 del C.1, el apoderado del Ministerio de Defensa solicita la práctica de algunas pruebas, documento que presenta ante la secretaria de esta Corporación el 17 de septiembre de 1984.

En igual sentido se pronuncia la mandataria judicial de la Aeronáutica Civil, en escrito presentado el 14 de septiembre de 1984.

La Sala, en su oportunidad legal, decretó la práctica de las pruebas que fueron solicitadas oportunamente, rechazando por extemporánea la solicitud de pruebas allegas por los abogados de las entidades demandadas.

Agotada la práctica de pruebas por auto del 6 de marzo de 1982, se ordenó correr traslado común a las partes y al Ministerio Público para que hicieran uso del derecho a formular alegatos de conclusión. Actuaron en tal sentido la apoderada de la Aerocivil y el mandatario judicial de la parte actora quienes mediante escrito que obra de fl. 414 y 462 del C.1, resumieron sus actuaciones.

La apoderada de la Aerocivil solicitó la exoneración de responsabilidad para su poderdante, fundamentándose en el informe rendido por esa entidad, relacionado con el accidente aéreo, pues considera que la colisión debe recaer en forma exclusiva en las maniobras de vuelo que pusieron en práctica los tripulantes de las aeronave accidentada, en ostensible violación de los reglamentos aeronáuticos relacionados en la convergencia y el derecho de paso.

El apoderado de la sociedad demandante resume sus actuaciones para concluir que debe producirse declaración de responsabilidad por falla del servicio, con el siguiente tenor:

> "...Ya para concluir, H. Consejeros, debo manifestar que independientemente de que se considere que la responsabilidad en este caso recae única y exclusivamente en el Departamento Administrativo de Aeronática Civil por la omisión de las funciones a él encomendadas ("Controlar el tráfico aéreo.") art. 1o. lit b. Decreto 3140 de 1960), o única y exclusivamente en el Ministerio de Defensa, (por la acción impetrada de un piloto de la Fuerza Aérea Colombiana), ya que la defensa y seguridad del Estado no pueden estar edificadas sobre el riesgo desmedido de las personas o, que se considere que recae en ambas entidades en determinada proporción para cada una de ellas, es cierto e indiscutible que la responsabilidad recae en la Nación Colombiana". (fl. 462, C.1).

Tanto el apoderado del Ministerio de Defensa Nacional, como el Ministerio Público guardaron silencio.

Como quiera que ninguno de los apoderados judiciales que actuaron en representación de las entidades demandadas hicieron uso de derecho a formular excepciones, la Sala se limitará, en este caso, al exámen y definición de la problemática que se plantea en el proceso, con el objeto de resolver acerca de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el marco probatorio que registra el informativo se resume en los siguientes puntos:

> PRIMERO: Que el 29 de mayo de 1982, la aeronave Embraer, modelo 110-P con matrícula HK-2743-X, de la empresa "TAVINA", al mando del capitán JAIRO FERNÁNDEZ, se disponía a realizar un vuelo regular desde la ciudad de Barranquilla hasta Corozal, con plan de vuelo visual y combustible para tres (3) horas de vuelo, llevando a bordo cinco (5) pasajeros, dos (2) tripulantes y 600 libras de equipaje.

SEGUNDO: Que por la frecuencia 118.1 y según informe suministrado por el Departamento de Aeronáutica Civil "De acuerdo al plan de vuelo visual, la aeronave decoló a las 7:03 H.L. iniciando desde la intersección Delta, de acuerdo a la autorización del operador de la torre de control.

Igualmente, La aeronave fue autorizada para efectuar viraje a la derecha" (subrayas de Sala).

TERCERO: Que a las 7:00 H.L., por la frecuencia 119.1, aeronave FAC2020 tipo T-33 hizo contacto con la torre de control del aeropuerto "Ernesto Cortissoz"de Barranquilla anunciando que se encontraba próximo a entrar al patrón de tránsito del aeropuerto por el lado Este e informando que se encontraba 28 millas naúticas fuera del aeropuerto.

CUARTO: Que según el informe de Aerocivil (fl. 135 c. No. 1). "A las 7:03 H.L. la misma aeronave informa que se encuentra sobre el río, a una altura de 3.000 pies y solicita autorización por la frecuencia 118.1 de la torre de control, lo que es autorizado por el controlador". El reporte de la conversación, sostenida entre el piloto del FAC-2020, subteniente RAFAEL VELOZA ARBELÁEZ, con el controlador aéreo arrojó el siguiente resultado:

FAC: Cortissoz Fuerza Aérea 2020

TRRE: Fuerza Aérea 2020 prosiga

FAC: Fuerza Aérea 2020 estoy sobre el río, visual, instrucciones.

TRRE: Pista 04 viento en calma QNH 2896, notifique con el viento. Información tráfico un Bandeirante despegó 04 viró derecha.

FAC: Enterado cruzaré su estación con 3.000 pies y me incorporaré con el viento 04.

FAC: Cortissoz 2020 me puedes autorizar una entrada militar?

TRRE: Autorizado.

Que cuando el piloto del TAVINA efectuaba maniobras de giro a la derecha y, encontrándose a 1.500 pies de altura, se produjo contacto entre el estabilizador vertical de su aeronave con el plano izquierdo del avión militar, dando como resultado una emergencia que los pilotos lograron superar haciendo que las aeronaves tocaran tierra, sin que se produjera un saldo trágico de víctimas. Así se lee en el informe que reportó el capitán Jairo Fernández Mercado, piloto del Embraer de TAVINA, al mayor Julio Otálora, director de Operaciones del Dpto Administrativo de la Aeronática Civil:

"Con el fin de cumplir normas establecidas por ese departamento, sean investigadas las correcciones del caso, les pongo a su conocimiento lo que pudo ser un accidente grave de lamentar y con saldo de víctimas.

"Siendo las 06:45 a.m. aproximadamente, nos dispusimos a abordar como copiloto, el señor Juan Benítez y al mando el suscrito, el avión HK-2743 de la empresa TAVINA en cumplimiento del vuelo de itinerario con destino la ciudad de Corozal, con cinco pasajeros a bordo.

"Luego de las respectivas pruebas, fuimos autorizados por parte de la torre de control del aeropuerto de Barranquilla a decolar con buena visibilidad y viento en calma por la pista 04; y a solicitud nuestra, desde el taxeo Delta y con viraje a la derecha, lo cual fue aprobado. A los 500 pies inicié viraje y al llegar a rumbo 200 y aproximadamente a 1.500 pies y con velocidad de 140 IAS, se sintió al parecer un fuerte estallido en la parte posterior del avión y simultáneamente fuerte vibración, viraje del avión hacia el lado izquierdo, casi incontrolable y una rata de ascenso, muy pronunciada.

"Pensé inmediatamente que la puerta lateral de carga trasera, lado izquierdo se había abierto, e inmediatamente intenté regresar al aeropuerto, solicitando prioridad por la emergencia que llevábamos; lo anterior fue imposible, ya que el avión no me obedecía y únicamente fue posible acuatizarlo en una laguna aledaña al aeropuerto y posteriormente auxiliado por unos pescadores y llevados a tierra firme donde fui informado por parte de uno de los pasajeros de apellido Zapata que fuimos golpeados por un avión de la FAC y que él identificó como un T-33.

"Lo anterior fue constatado posteriormente y se le identificó con matrícula 2020. Aclaro "no" fui informado de dicho tráfico, mas no así el FAC como lo puede constatar posteriormente en la cinta grabada.

"Fuimos auxiliados poco más tarde por un helicóptero FAC y llevados al propio aeropuerto. Me pongo a su disponibilidad para aclarar mayores detalles cuando lo estime conveniente.

El informe presentado por el sub-teniente Rafael Veloza Arbeláez, se lee:

"Por medio de la presente me permito informar al mayor Jefe de seguridad aérea, los hechos ocurridos durante el vuelo realizado el día 29 de mayo de 1982, según orden No. 307 en el avión T-33, FAC-2020. En cumplimiento de dicha orden procedí a salir a las 05:00 con misión de patrullaje a las áreas 2 y 4 del Comando Aéreo de Combate No. 111, luego de 02:00 horas de vuelo y de haber patrullado la zona procedí a regresar a Barranquilla, llamé a control en 119.1 e informé mi posición e intenciones: estaba a 36 millas con 12.000 pies y descendía en condiciones VMC, solicité a proceder VFR y me informaron mi posición ... Al llegar al río e informar mi posición, el control me indicó que cambiara a frecuencia de torre, a lo cual contesté "recibido". Cambié a 118.1 frecuencia de torre y llamé informando que me encontraba sobre el río con 3.000 pies y solicitaba cruzar la estación con esa altura para hacer una entrada militar a lo cual el contralor me contestó que AUTORIZADO y me informó que acababa de decolar un Bandeirarte

de TAVINA y que viraba a la derecha. Le contesté que RECIBIDO. Pocos segundos después, el técnico de la aeronave pudo ver que el avión de TAVINA se nos venía encima por la derecha y me gritó que si veía el avión, a lo cual alcancé a girar la cabeza y ver apenas un borrón por lo que inmediatamente giré la palanca de control para subir pero a pesar de ello, sentí un fuerte golpe en el plano izquierdo y al mirar hacia allí vi que el avión civil me había arrancado Tip izquierdo. En ese momento, el avión comenzó a virar fuertemente a la derecha, por lo cual tuve que eyectar por medio del salvo, evitando asi una pérdida total del control del avión, observé mi situación y vi que podía continuar sin mayores contratiempos a la pista, y así lo hice aterrizando sin novedad. Quiero hacer observar que ese momento antes de que el técnico del avión (T. Tolosa) me informara de la posición del otro avión, yo no lo había visto. Posterior al aterrizaje pregunté a la torre la situación del otro avión y me respondieron no tener información, más tarde fui al centro de control y allí me dieron la posición en que había caído, ante lo cual regresé a la unidad y le pedí al piloto del helicóptero, señor Te Cohen, que por favor me ayudara.

Salimos en el FAC 287 hacia Malambo y dos minutos después pudimos ver el avión acuatizado en una ciénada a unas 3 millas del aeropuerto. El avión había perdido el timón de dirección, al parecer en choque. Sacamos de allí los pasajeros y los tripulantes y lo dejamos en el aeropuerto.."

SEXTO: Que según el informe de Aerocivil, visible a folio 130 del cuaderno principal "La aeronave HK-2743-X luego de haber decolado y ser autorizada para efectuar el viraje hacia la derecha, inició un rumbo de 200 sin conocimiento del tráfico de otra aeronave en esa zona, le extrañó la situación que se le presentara luego de ser golpeada y que de acuerdo a los informes, este le entrará en pérdidas, ya que recuperó a baja altura, siendo necesario efectuar la emergencia, quedando la aeronave posada ligeramente sumergida en una ciénaga a 3 millas, 135 de la torre de control del aeropuerto "Ernesto Cortissoz".

"El único impacto que sufrió la aeronave en vuelo tuvo como resultado, cercenado en parte superior estabilizados vertical, timón de dirección y compensador del mismo.

Repercutiendo por el golpe la pérdida total del control de la aeronave, viéndose avocado el piloto a poner potencia por cual restableció la aeronave, pero que debido a la baja altura tuvo que posar la aeronave en el lugar antes descrito.

"De acuerdo a la información verbal de uno de los pescadores cercano al lugar de los hechos, además de caer objetos después del choque, ésta dio una vuelta hacia la izquierda antes de caer a la ciénaga.

"Luego del primer impacto, la aeronave recorrió 200 metros aproximados, hasta quedar en reposo ligeramente sumergida en la ciénaga, con rumbo de 214.

"Debido al difícil acceso al lugar donde quedara en reposo la aeronave, por estar sumergida en parte, se hizo imposible detectar los daños ocurridos a la aeronave en un principio.

Posteriormente, luego de ser rescatada de las aguas, la totalidad del avión, se pudo sacar en conclusión, los daños ocasionados en dicho accidente.

"En lo que se relaciona a los daños del material de la aeronave por haber quedado un 50% sumergido en el agua, se le hizo imposible al investigador el porcentaje de daños que sufriera la aeronave por el impacto. Pero mas tarde que fuera rescatada ésta, se pudo comprobar que la mayoría de los daños fueron ocasionados por el saqueo, rescate y traslado a la base de mantenimiento de la empresa TAVINA en el aeropuerto "Ernesto Cortissoz".

SÉPTIMO: Que el Embraer de TAVINA contaba con la protección de un seguro de aviación que lo protegía contra todo riesgo en vuelo, carretero y tierra, hasta por la suma. de US$1.800.000, según se desprende del contrato de seguro de aviación suscrito entre el asegurador "Compañía Mundial de Seguros S.A", y el beneficiario "Transcolombiana de Aviación S.A. TAVINA", por el cual se expidió la póliza de seguros distinguida con el No. AV-00427 vigente desde el 15 de diciembre de 1981, más el anexo A-288-81 por el cual fue incluido como primer beneficiario del seguro a la Cía.

Embraer S.A, fabricante del avión, dada su calidad de acreedor Hipotecario de la Empresa TAVINA, merced al contrato de compra-venta de la citada aeronave.

OCTAVO: Que el contrato de seguro fue debidamente autorizado por la Superintendencia Bancaria, mediante el oficio DS y C-5736, fechado el 23 de diciembre de 1981, cuyo original constituye el folio 48 del cuaderno anexo, pues fue suscrito por la Doctora STELLA VILLEGAS DE OSORIO, Superintendente Bancario Segundo Delegado, con el siguiente tenor:

"En atención a su solicitud de la referencia, este despacho los autoriza para expedir en dólares una póliza de aviación, en modelos aprobados por esta Superintendencia, según el siguiente detalle:

Asegurado o Beneficiario:	TAVINA S.A
Aeronave: Enbraer	Bandeirante SIN 110-P 1-366 IIK 2743-X
Valores asegurados:	A) Casco US$1.800.000.oo
Vigencia:	De diciembre 15 de 1981 a mayo 31 de 1982 . .."

NOVENO: Que con ocasión del siniestro, la Superintendencia Bancaria autorizó a la Cía. Mundial de Seguros S.A "...para girar contra su cuenta corriente en el

Banco de Bogotá Trust Company de Nueva York, la suma de un millón ochocientos mil dólares (US$1.800.000.oo) con el objeto de cancelar indemnización por siniestro de aviación ocurrido a la aeronave HK-2743-X, el 29 de mayo de 1982, amparado por la póliza AV-00427, en la siguiente forma:

Embraer S.A y/o Cassex	US$1.475.830.oo
Transcolombiana de aviación TAVINA	324,170,oo
Total a girar	US$1.800.000.oo".

DÉCIMA: Que la Cía. Mundial de Seguros S.A, el 13 de octubre de 1982, giró a favor de Transcolombiana S.A -TAVINA-, la cantidad de US$324.170.oo y en favor de Embraer S.A y/o Cassex, la cantidad de US$1.475.830.oo, cuyo pago se refleja con la copia de los comprobantes aportados al proceso (fl. 38 y 39 cuad. anexo), mas la manifestación suscrita por Gabriel Echeverría Obregón, en calidad de Representante Legal de la Cía. Transcolombiana de Aviación S.A -TAVINA- y Jaime González Bendiksen y Manuel Pachón en calidad de apoderados de la empresa Embraer S.A, haciendo constar:

"...Que aceptamos la presente liquidación del reclamo del casco del avión HK-2743-X que afectó la póliza No. AV-00427, presentado por el siniestro ocurrido el día 29 de mayo de 1982 en las cercanías del aeropuerto.Emesto Cortissoz de la ciudad de Barranquilla y que por lo tanto renunciábamos a cualquier reclamo sobre el particular.

"Así mismo declaramos que hemos recibido como indemnización la suma de US$1.475.830 a favor de Embraer S.A como primer beneficiario del anexo de violación de garantía y US$324.170 a favor de TAVINA S.A., por lo cual ambas partes nos declaramos total y definitivamente a paz y salvo por todo concepto relacionado con el siniestro en referencia con la Compañía Mundial de Seguros S.A y sus reaseguradores."

I. LA LEGITIMACIÓN

La Sociedad "Compañía Mundial de Seguros S.A". demostró su vocación hacia la reivindicación de los derechos adquiridos en el pasado por las firmas comerciales "Transcolombiana de Aviación S.A Tavina" y Embraer Bandeirante" con ocasión del accidentado suceso del 29 de mayo de 1982, pues pagó el precio de la aeronave, en cumplimiento de sus obligaciones adquiridas con las anteriores firmas comerciales debido a la suscripción del contrato de seguro de aviación AV-00427, vigente el día en que se produjo el siniestro.

Quienes recibieron el pago, TAVINA y EMBRAER, eran los llamados por el Derecho Administrativo para adelantar el juicio de responsabilidad, pero al serles colmadas sus aspiraciones por la Cía. Mundial de Seguros, ésta última se subrogó *ipso*

jure en los derechos de los anteriores y con ello quedó justificado el interés para la acción.

Encuentra la Sala que la fuente de subrogación en este caso se deriva de la legislación comercial, pues el Código de Comercio constituye el marco jurídico para determinar los alcances del contrato de seguro y así arribar al contenido del artículo 1.096:

> "El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al segurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado."

Significa lo anterior que es practicable el Pago con Subrogación para considerar acertada la LEGITIMACIÓN ACTIVA de la empresa aseguradora en este caso, pues "conforme dice De Juglart citado por el profesor Alberto Tamayo Lombana, al haber subrogración se evoca forzosamente el pago con subrogación, que es una de las formas de hacer el pago." (Manual de Obligaciones, pag. 362).

En consecuencia, también en los artículos 1.666 y 1.668 del C.C. ve la sala el fundamento legal del interés para obrar, cuyo reconocimiento reclama el demandante por tratarse de uno de los presupuestos indispensables para la sentencia de fondo.

El aspecto de la LEGITIMACIÓN PASIVA fluye por sí solo en el proceso si se tiene en cuenta que los hechos u omisiones del piloto militar y de los controladores aéreos se enmarcan dentro de la filosofía de los actos propios del servicio.

La solidaridad pretendida por el demandante será analizada en capítulo posterior de esta sentencia.

II- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

Sea lo primero señalar que el presente conflicto de intereses no se puede manejar con la filosofía que informa la falla presunta, pues aunque el daño, cuya indemnización se reclama en el *sub-lite,* fue el resultado que arrojó el ejercicio de la actividad, considerada como peligrosa por la jurisprudencia del Consejo de Estado, y de alto riesgo, no solo para los usuarios, sino para la sociedad en general, la Sala, al tratar de hacer precisión en tal sentido, ha venido sosteniendo que si el daño sufrido por el demandante es el resultado de ejercer una actividad peligrosa, la dimensión del riesgo queda neutralizada cuando quien resulta afectado, era igualmente encargado de conducir la misma actividad, es decir, que la victima también estaba generando peligrosidad o se encontraba expuesto a ella por situarse en el mismo sistema de contingencia.

Al colidir dos aeronaves, como en el presente caso, el demandante reclama un régimen de responsabilidad tendiente a resarcir los daños materiales, bien por su carácter de propietario, cesionario o poseedor de tales derechos, pero desde luego, no con la dimensión que tiene el debate, si quien soporta el daño ocupaba un puesto en el avión,

porque en este caso se reclamaría una indemnización por las lesiones que le produjo el proceder indebido de un tripulante, quien por circunstancias culposas, generó la tragedia. Sobre el régimen de responsabilidad aplicable en casos de lesión o muerte de personas, ocurridas, como consecuencia de accidentes aéreos, la Sala señaló, en sentencia del 11 de octubre de 1991, expediente 6429, actor. Fabio Eloy Aragún González, ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo:

> "Efectivamente como lo dice el *a-quo,* el Teniente José Teclistédes Aragón Díaz pereció cuando estaba en ejecución de una actividad peligrosa (el manejo de un helicóptero de la Fuerza Aérea), actividad que hizo presumir la falla del servicio y que le permitió a sus damnificados limitarse a probar su muerte y la relación de causalidad que existió entre ésta y la actividad que cumplía.
>
> "Ha dicho la jurisprudencia, que la falla del servicio puede ser presunta o no; dándose aquella cuando, en razón de la actividad peligrosa que desempeña la administración en su provecho o beneficio, esa falla se presume, porque exigir lo contrario impondría a la persona que ha sufrido el perjuicio la demostración de una conducta irregular o pòr fuera de los cánones del buen servicio, la mayoría de las veces practicamente imposible o muy difícil. Basta pensar en esa prueba cuando el vehículo, un avión, por ejemplo, queda totalmente destrozado luego del accidente."

Dado que la problemática que aquí se plantea, reclama una visión conjunta de responsabilidad que debe ser compartida como producto de un error de conducta asignada a dos entidades del Estado. La Sala definirá el presente conflicto de intereses dentro del marco de la falla del servicio ordinaria, pues se observa que el material probatorio es suficiente para deducir esa responsbilidad como se precisará más adelante.

En apoyo, la Sala cita:

> "Si ejercer una actividad peligrosa es una imprudencia, lo seguirá siendo, sea quien sea la víctima del daño o las actividades concurrentes; por ello, seguimos considerando que lo lógico es pensar que la culpabilidad se rige por la peligrosidad de la actividad. Quien o quienes la ejerzan deben correr con sus consecuencias.
>
> "De acuerdo con lo anterior, si tanto el demandante como el demandado estaban desarrollando una actividad peligrosa, y solo una de las partes sufrió daño, el perjuicio deberá ser reparado entre el demandante y el demandado, ya que la peligrosidad de las dos actividades fue la que contribuyó a causar el daño. Recuérdese, eso si, que no debe existir una culpa adicional de ninguna de las partes, pues entonce el responsable de esta falta debe correr con la totalidad del daño; tampoco debe olvidarse que las dos actividades deben haber jugado un papel activo en la producción del daño". (Javier Tamayo Jaramillo, De La Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial Temis. Pag. 306) (subraya la Sala).

III. LA FALLA DEL SERVICIO

Del acervo probatorio que fluye copiosamente en el proceso resulta incuestionable la falla del servicio. No fue difícil para la Sala arribar a esta conclusión, luego de observar que la colisión aérea se produjo a una altura de 1.500 pies aproximadamente, pues al momento de producirse el impacto, el avión comercial llevaba tan solo un minuto cuarenta y cinco segundos de vuelo, y aún estaba en maniobras de elevación. Así se hace ver en el informe que suscribió el Mayor Luis Eduardo Lozada, Jefe de la División de Seguridad aérea de la Aerocivil, en cuyo texto se lee:

> **"Ensayos e Investigaciones**
>
> "Con el fin de obtener datos mas próximos a la realidad de los hechos, en lo que respecta al vuelo y tiempo después de decolaje (T/0) de la aeronave HK-2743-X se efectuaron los siguientes ensayos, utilizando un equipo de las mismas características al accidentado.
>
> "Se cumplió un decolaje con máximo rendimiento con un tiempo de dos minutos, hasta el lugar de los hechos, alcanzando una altura de 1.700 pies máximo, con una rata de ascenso de 1.000 pies por minuto.
>
> "Se cumplió un segundo decolage con un rendimiento normal, alcanzando una altura de 1.500 pies, con una rata de ascenso de 500 pies y una velocidad de 140 Knt..." (fl. 130, C. 1.).

Además, en las conclusiones del investigador Rafael Charry, se lee:

> "Con el fin de determinar a qué altura se presentó la colisión, solicité que se hiciera un vuelo con un avión semejante, lo cual se efectuó determinándose qué ocurrió a una altura de 1.420 pies. El tiempo transcurrido en esta simulación fue de 1.45 (un minuto cuarenta y cinco segundos)". (Ver. folio 28 Cuaderno anexo).

Consecuentemente con el resultado que arrojó la prueba en este aspecto, el fallador encuentra que el sub-teniente Rafael Velosa Arbeláez, al mando del FAC-2020, incurrió en un error de conducta, pues una persona prudente y diligente, colocada en las mismas circunstancias externas del piloto de la aeronave militar, no hubiera realizado una operación de descenso, desatendiendo las pautas acordadas con el controlador de la torre cuando comunicó, por la frecuencia 119.1, que mantendría la altura de 3.000 pies para cruzar la estación (aeropuerto) antes de emprender el aterrizaje militar, autorizado absurdamente por el controlador de la torre.

Así las cosas, no pudieron ser otras las conclusiones del investigador Charry Solano, manifestadas a instancias del consejero conductor del proceso, en audiencia llevada a cabo el 10 de junio de 1986 y por lo tanto ellas ofrecen plenos motivos de credibilidad y convicción para la Sala cuando expresó:

"Esto demuestra que el FAC descendió de 3.000 pies que él había manifestado que conservaría, hasta 1.500 pies, altura de la colisión. Internacionalmente y Nacionalmente se admite un máxino hasta de 100 pies hacia arriba o hacia abajo de una altura precisada. Como lo manifesté, esa altura la determinó la Aeronáutica Civil efectuando un segundo y tercero, segundo y primer vuelo en un avión idéntico al accidentado, poniendo las mismas ratas de potencia y ascenso con el cual decoló el TAVINA que colisionó con el FAC...De lo expuesto en mi informe se llega en forma concluyente a determinar que la responsabilidad de esta colisión recae sobre dos factores, que son el operador de la torre de control Barranquilla, que autorizó al FAC2020 para que se atravezara en la trayectoria del TAVINA al permitirle una entrada tipo militar y el segundo responsable es el piloto de la FAC que habiéndole manifestado a la torre que mantendría 3.000 pies descendió peligrosamemte hasta 1.500 pies alcanzando al TAVINA y destruyéndole la cola..... A través del mismo informe que publicó la Aerocivil, quedó plenamente preestablecido que el operador de la Torre de Control no le comunicó al TAVINA que se aproximaba un avión de chorro FAC. Considero esa omisión muy grave por parte del operador ya que en todos los manuales de tránsito aéreo la torre está obligada a comunicarle al avión que se aproxima al aeropuerto, la cantidad de aviones que están dentro de su control y la torre, corrijo, el operador no le comunicó al TAVINA que se aproximaba un FAC...El piloto FAC quedaba obligado a volar a esta altura de 3.000 pies, ysolamente variarla previa autorización de la torre de control. La no observancia de esta altura fue la causante de la colisión....Indudablemente que si el piloto de la FAC cumple con lo solicitado por él y autorizado por la torre de control, la colisión no se hubiera sucedido ya que había un margen de 1.500 pies de altura.

"PREGUNTADO: Dadas las respuestas anteriores sírvase explicar por qué en una de sus primeras respuestas responsabilizó del accidente conjuntamente al operador de la torre de control y el piloto de la FAC? CONTESTÓ: Sí, ambos son responsables, porque si yo hubiera actuado como operador de la torre de control, nunca le hubiera autorizado al FAC que se atravesara en la trayactoria del TAVINA, a pesar de esa diferencia de 1.500 pies, por elemental medida de precaución, no la habría autorizado, porque al fin de cuentas 1.500 pies son 500 metros y si alguno de los dos no lleva la altura precisa, hay una enorme posibilidad de una colisión".

"PREGUNTADO: En una respuesta suya anterior, usted habló de un margen de maniobras sobre las alturas autorizadas de 100 pies hacia arriba o hacia abajo, a pesar de esa afirmación, sigue e insiste en que una distancia de 1.500 pies no era suficiente como medida de prevención? CONTESTÓ: No, definitivamente no. Es un margen muy estrecho y yo como operador no le hubiera autorizado al FAC la entrada tipo militar".

"PREGUNTADO: Si usted hubiera sido el operador qué le había contestado al piloto de la FAC, ante la solicitudde entrada militar? CONTESTÓ: Le hubiera

dicho; negada su solicitud. Por que hay un avión TAVINA dentro de su trayectoria de vuelo. Entre al patrón en foma normal. Patrón o circuito de tránsito es que todo avión inmediatamente después de decolaje o cuando entra a este circuito o patrón que está compuesto por cuatro rectas, la primera la recta del decolaje viraje generalmente a la izquierda porque el piloto se encuentra a este lado de la cabina. La segunda recta a 90 de la primera y que generalmente tiene una duración de un minuto, al terminar este tiempo inicia un virage de 90 y entra a hacer lo que se denomina tramo con el viento. La extensión de esta recta varia de acuerdo al tipo o velocidad de la aeronave y puede tener una duración de 3 a 5 minutos. Terminada esta recta inicia otra de 90 con relación a la anterior. Esta recta es llamada tramo de aproximación la cual termina cuando el piloto llega a una posición aproximada de 90 para iniciar finalmente la cuarta recta o sea la aproximación final a la pista".

El grado de idoneidad sobre la problemática de los accidentes aéreos que reporta el investigador Charry Solano permite a la Sala tenerlo como persona apta para producir un testimonio técnico, pues de la lectura del acta correspondiente a la audiencia del 10 de junio de 1986, se desprende que hizo un curso sobre técnica en la investigación de accidentes aéreos en la Fuerza Aérea Colombiana, que obtuvo una beca siendo empleado de Aerocivil, ofrecida por el Gobierno de los Estados Unidos para recibir un entrenamiento práctico y teórico en la investigacón de accidentes aéreos, que posee licencia de piloto de transporte en línea No. 353, que posee un certificado de Inspector expedido por Aerocivil, entidad en la cual llegó a ocupar el cargo de subdirector técnico y jefe de la división de control técnico. Fue enviado por Decreto del Gobierno Nacional como representante técnico de Colombia ante la OACI, máxima autoridad Mundial en materia de regulación aérea.

La Sala no comparte la perspectiva que se recoge en algunos apartes del informe elaborado por AEROCIVIL, cuando apoya las conclusiones de la información en lo que los reglamentos aeronáuticos denominan Derecho de Paso" "....aplicable para el caso en que los pilotos se vean mutuamente o al menos uno de ellos observe al otro avión."

Así dice el informe:

"Es evidente que la colisión del FAC 2020 con TAVINA HK2743-X se produjo porque los pilotos al mando de las aeronaves en mención, no mantuvieron una vigilancia visual constante. Una de las leyes del Derecho de Paso es la regla que se aplica para la CONVERGENCIA; ..... La Regla que se publica en el Manual de Reglamento Aeronáutico, parte V, numeral 5.54 dice: Convergencia: Cuando dos aeronaves convergen a un nivel aproximadamente igual, la que tenga la otra a su derecha cederá el paso. Esto establecería responsabilidades en el caso de que alguno de los pilotos al mando hubiera visto otro, pero lo cierto es que ninguno procedió en forma eficaz para evitar la colisión, sencillamente porque no observó al otro avión que se aproximaba. Aquí los dos pilotos al mando de las aeronaves, por la misma razón de no mantener vigilancia

> visual constante dejaron sin posibilidad de aplicación lo referente a DERECHO DE PASO, que se publica en el Manual de Reglamentos Aerenáuticos, Parte V, numeral 5.5.2 y que textualmente dice: Derecho de Paso: La aeronave que tenga el Derecho de Paso mantendrá su rumbo y velocidad pero ninguna de estas reglas eximirá al piloto al mando de ella de la obligación de proceder en la forma más eficaz para evitar una colisión. Toda aeronave obligada por reglas siguientes a apartarse de la trayectoria de otra, evitará pasar por encima o por debajo de ella, o cruzar por delante a menos que lo haga a suficiente distancia..... En resumen, los pilotos al mando de las aeronaves en cuestión, al no mantener vigilancia visual constante, no detectaron la presencia del avión que se aproximaba y al no tenerlo a la vista, no procedieron a la aplicación de las reglas sobre proximidad, derecho de paso y convergencia con el fin de evitar la colisión". (Fl. 132, C.1).

Y no se comparte la anterior perspectiva porque en este campo no es posible, ante fallas evidentes del control aéreo, definir tan pronto la tragedia diciendo que ella fue causada por los pilotos, justamente cuando las aeronaves están dentro de una zona restringida que demanda gran actividad de prudencia y de pericia por parte de los controladores aéreos. En otras palabras, la interpretación de los Reglamentos Aeronáuticos es competencia que debe ejercerse dentro de la lógica de lo razonable, pues la filosofía de lo absurdo no produce efectos vinculantes. Como asignarle obligaciones al Capitán Jairo Fernández Mercado, piloto del Bandeirante, para que observe, con el solo poder de la vista, lo que los radares de control y las voces de la torre no le hacen ver? Cómo explicar que el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en lugar de ordenar una investigación disciplinaria, para establecer responsabilidades hacia el interior de esa entidad, prefiera atenuar sus falencias arribando a conclusiones con el subterfugio de la responsabilidad excluyente de quienes eran guardianes de las aeronaves, por violación del derecho de paso, como si fuera lo mismo el tráfico automotor que el tráfico aeromotor?

Está fuera de toda duda, por las reflexiones de la Sala, divisar la responsabilidad de los Centros de Imputación demandados, en la colisión de las dos aeronaves, pues al observar el epílogo de la investigación disciplinaria adelantada hacia el interior de la Fuerza Aérea, de desnuda aún mas el incumplimiento de los deberes asignados al personal del Dpto. Administrativo de Aeronáutica Civil, fortaleciendo el poder de la prueba que conduce a determinar la responsabilidad solidaria.

Así se lee en los considerandos del proveído de 20 de junio de 1983, emanado del Comando de la Fuerza Aérea, por el cual se exonera al subteniente Rafael Veloza Arbeláez de sanción disciplinaria, lo mimso que a su tripulante, el técnico Rigoberto Toloza Cáceres:

> "La Torre de Control evidentemente omitió informar al avión TAVINA la presencia del T-33 cuando se disponía a aterrizar coincidiendo exactamente los dos corredores aéreos, produciéndose el accidente que es motivo de investigación, y así lo asevera al piloto del TAVINA al aclarar que no fue informado del tráfico del T-33 mas no así el T-33 como lo puedo verificar en la cinta grabada (fl. 55).

> En este orden de ideas se ve con toda claridad que la Torre de Control se abstuvo de informar al TAVINA que un avión militar se encontraba próximo a tomar pista, y fueron tan rapidos los cambios de frecuencia que no dieron tiempo a ninguna de las aeronaves a virar en otro sentido por el retardo que tuvo la torre de efectuar el informe, pues ésta ha debido tener en cuenta que cualquier descuido en la información, ya por la velocidad de una aeronave, ya por el cambio de frecuencias, trae como consecuencia un peligro inminente que necesariamente, en el accidente que es motivo de investigación, produjo la colisión. El piloto de la aeronave HK-2743 desconocía el tráfico de otra aeronave por el Este, por lo tanto no extremó la precaución...." (fl. 113, C. ant. 1).

Del infome rendido por la AEROCIVIL se aprecia:

> "La aeronave HK-2743-X, de acuerdo a la grabación, no tenía información de la aproximación de otra aeronave; pero la aeronave FAC 2020 sí acusó recibo de decolaje y la autorización para viraje a la derecha de la aeronave HK-2743-X...."

La falla del servicio se hace mas ostensible en este caso si se tiene en cuenta que además de las conductas que deben asumir los funcionarios encargados del control aeronáutico, relacionados con la misión de vigilar y controlar el tráfico aéreo nacional e internacional, están obligados a observar rigurosamente las anotaciones que se recogen en el documento 4.4.4.4 RAC-501, parte V, numeral 7.6 que dice:

> "Debido al espacio restringido en el área de maniobras y alrededor de ellas, es frecuentemente indispensable, expedir información sobre el tránsito por ayudar al piloto al mando a evitar colisiones."

Por haberse acreditado que en la producción del hecho dañino concurrieron dos causas: una conducta imprudente del personal de aéreo y otra, no menos grave, del piloto encargado de maniobrar el FAC-2020, es preciso recordar que frente a la existencia de concausas en la producción del perjuicio, es pertinente la aplicación de la regla que contiene el art. 2344 del Código Civil Colombiano.

> "Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o mas personas cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente el mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los arts. 2350 y 2355.
>
> "Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso."

Finalmente, la Sala desea destacar las conclusiones a las cuales arribaron los peritos DIEGO PARDO TOVAR Y LUIS CARLOS VELÁSQUEZ en la peritación visible a fl. 395, del C. Principal:

> "Dentro del material probatorio que figura en el expediente, no aparece evidencia alguna acerca de violaciones a las reglas existentes en cuanto al despegue por parte

del Capitán Fernández, de suerte que lo ampara una presunción de cumplimiento de todas las normas aplicables. Lineas atrás, y con fundamento en los diagramas elaborados por la empresa ATAL se afirmó que era posible, aunque no probable, que por algunos segundos la tripulación del TAVINA pudo tener dentro de su campo visual al FAC. Sin embargo si se tiene en cuenta el diagrama elaborado por la Fuerza Aérea Colombiana tal pareciera, como si el TAVINA en ningún momento tuvo dentro de su campo visual al FAC.

"En suma, puede afirmarse sin mayor margen de equivocación que por las circunstancias a las que se ha hecho referencia y con la sola y en extremo limitada reserva de la vigilancia del campo visual, en las condiciones atrás anotadas, el Capitán Fernández obró en su despegue conforme a las mas estrictas normas que existen al respecto."

Los predicamentos jurisprudenciales definidos en esta sentencia tienen suficiente fundamento en la doctrina del servicio, expuesta por el destacado profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA, en su obra "CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO", cuando anota:

"Funcionamiento anormal. La hipótesis del funcionamiento anormal del servicio ha sido una de las victorias conseguidas en el campo de la construcción de la responsabilidad objetiva de la administración, puesto que, como sabemos, el ordenamiento no permite que los servicios funcionen ANORMALMENTE y siempre se podría buscar un culpable dentro de la organización administrativa sobre el que hacer recaer una responsabilidad personal. Plenamente admitida hoy día, es una de las más fecundas causas de corrección de injusticias que conoce el Derecho, y a través de ellas se imputan a la administración daños como los siguientes..... La segunda es que en caso de funcionamiento anormal –especialmente por actuaciones ilícitas– la administración no puede presentar título justificativo alguno para que el particular cargue con los daños, salvo el caso de fuerza mayor..... La tercera, de cariz ya sociológico, es que ante las diferencias ya señaladas, los jueces tienden a admitir con mayor facilidad las demandas en caso de funcionamiento anormal, demandas que en caso de prosperar tienden a repercutir de alguna manera sobre la mejora del servicio. De otra forma, los jueces intervienen indirectamente en la señalización de la delicada barrera entre lo normal y lo anormal de los servicios públicos, sirviendo de acicate, para que éstos se mantengan en un umbral aceptable para la sociedad en que se desarrollan."

La filosofía, anterior, en parte importante, se recoge en el fallo de esta Sala, de siete (7) de diciembre de 1977, expediente 1564, actor: Flota la Macarena, reiterada en los procesos 9747, actor Adolfo Manuel Ríos y 8949, actor: Luis Eduardo Orozco Naranjo, en donde se lee:

"Pero si no se puede exigir que el Estado únicamente construya vías seguras y elimine los peligros potenciales de los traseúntes si es obligación actual del Estado

Colombiano ACTUAR ante los peligros reales a que se encuentran sometidos los residente en el País y debe actuar en primer término evitando que las personas se sometan al peligro, proporcionando soluciones que logren no tener que sortear situaciones peligrosas, vigilando que las personas, no pasen por aquellos sitios y en fin, asumiendo una actitud positiva ante hechos reales que pueden hacer perder la vida o los bienes de los asociados".

IV- EL DAÑO Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Observa la Sala que de la actividad probatoria que impulsó la parte actora, se puede deducir con categórica certidumbre que los daños causados al avión Bandeirante con matricula HK-2743-X, fueron consecuencia de la falla del servicio y además, por el universo que contiene el análisis técnico, los daños que sufrió la aeronave resultaron de especial consideración, pues al decir del informe técnico, los capot interior de los motores fueron destruidos por el impacto, ya que sobre ellos descansó el avión (ver folio 19, cuaderno anexo). Al hacer mención sobre el resultado patrimonial que produce este tipo de avería, el técnico señaló:

"Hice un inventario de los daños que recibió el TAVINA los cuales llegué a la conclusión que se había destruido en un 90%.... De acuerdo con mi concepto y de un técnico de la Embraer o sea la firma constructura del avión y de la Aeronáutica Civil no es reparable porque los daños que recibió el avión fueron tanto estructurales como de los motores, que al caer en el agua a una altísima temperatura el material se destempla y en consecuencia si se intentara reconstruir saldría mas caro que comprarlo nuevo, mas costoso, la destrucción se estimó entre un 95% y un 98%.... Toda aeronave es reparable desde que queden la placa de identificación del fabricante pero su reparación valdría sin exagerar cerca del doble del costo. El salvamento, llamado también restos, que consistió en dos turbinas aboyadas en los álaves y que como anteriormente dije, su valor comercial es de chatarra y el tren de aterrizaje que no sufrió mayores daños, pero que permaneció dentro del agua por cerca de 15 días, se trajo a Bogotá y se depositó en los talleres de Aeroliver...."

Las anteriores manifestaciones del investigador fueron hechas a instancias de los apoderados de las partes y ninguno de ellos cumplió tareas orientadas al desmonte de tales conclusiones. Así las cosas, el sentenciador encuentra en este punto, que existe una verdadera relación de proporcionalidad entre el siniestro reportado y la suma que pagó el asegurador con ocasión del interés protegido en el contrato de seguro, pues la póliza monta la cobertura de un riesgo al casco del avión hasta por la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS MIL DÓLARES (US$1.800.000.oo), que fueron pagados íntegramente por la Compañía Mundial de Seguros S.A directamente a sus beneficiarios, como se desprende de la copia al carbón de los comprobantes US-005-82 por la suma de US$324.170.oo girados en favor de "Transcolombiana de Aviación Tavina S.A" y US-006-82 por la suma de US$1.475.830.oo girados en favor de "Embraer S.A" cantidades

que fueron pagadas en dólares por intermedio del Banco de Bogotá, el 13 de octubre de 1982, con autorización expresa de la Superintendencia Bancaria. (Ver fl. 50, C. anexo).

Por lo demás, en documento cuya copia es visible a folio 41, los representantes de las firmas que resultaron beneficiadas con el pago del siniestro declararon que "...hemos recibido como indemnización la suma US$1.475.830.oo a favor de EMBRAER S.A como primer beneficiario del anexo de violación de Garantía y US$324.170.oo a favor de TAVINA S.A, por lo cual ambas partes nos declaramos total y definitivamente a Paz y Salvo por todo concepto relacionado con el siniestro en referencia con la Compañía Mundial de Seguros S.A y con su reaseguradores. Bogotá. D.E, octubre 13 de 1982...."

La Carta de Pago fue ratificada en audiencia precidida por el Consejero conductor del proceso, en audiencia del 9 de julio de 1986. (Ver fl. 207, C.1).

Liquidación del Daño.

Con sujeción a las pautas trazadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Sala condenará a las entidades demandadas al pago de una indemnización, en proporción del CINCUENTA POR CIENTO (50%) para cada una en favor del demandante, COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A, por la cantidad equivalente al precio que ésta última pagó por los daños de la aeronave HK-2743-X, Tipo Bandeirante 110-P, esto es, la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS MIL DÓLARES (US$1.800.000.oo), procediendo a efectuar la conversión a pesos COLOMBIANOS y tomando como factor de conversión la tasa de cambio que existía el 13 de octubre de 1982, pues corresponde al día en que operó por ministerio de la ley, el fenómeno de la subrogación.

Manejando este aspecto con la filosofía del HECHO NOTORIO, se tiene entonces que, por las informaciones suministradas a traves del Banco de la República, la tasa de cambio oficial del dólar para ese día (Oct-13-82) ascendió a la suma de $66.77 Colombianos. La operación arroja el siguiente resultado:

US $1.800.000 x 66.77 = $120.186.000.oo

El resultado anterior, es decir, la cantidad de CIENTO VEINTE MILLONES CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL PESOS, será tenida en cuenta como MONTO HISTÓRICO sobre el cual se harán los ajustescorrespondientes, a saber:

a) La actualización de la condena, con fundamento en el artículo 178 del Códico Contencioso Administrativo, será el resultado determine la aplicación de la siguiente fórmula:

$$Vp = Vh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

De donde:

vp = Valor presente

vh = Valor histórico

Indice final = Índice de precios correspondiente al mes de abril de 1995 (440.54).

índice final: Índice de precios correspondientes al mes de octubre de 1982 (30.40).

Al descomponer los factores el resultado será:

$$120.186.000 \ \frac{440.54}{30.40} = \$1.741.669.093$$

b) El lucro cesante se liquidará a partir del 13 de octubre de 1982, época de la subrogación, hasta el 13 de mayo de 1995, época de la sentencia, para un total de 115 meses, a la tasa del 6% anual o 0.5 mensual (artículo 1617 C.C.), con el siguiente resultado:

$$\frac{120.186.000 \times 0.5 \times 151}{100} = \$90.740.430$$

Dentro del marco anterior, la condena quedará así:

MONTO HISTÓRICO ACTUALIZADO	$1.741.669.093.oo
LUCRO CESANTE	$90.740.430.oo
	$1.832.409.523.oo

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

FALLA:

PRIMERO. DECLÁRASE administrativamente responsable a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional- Fuerza Aérea Colombiana y al Departamento Administrativo Aeronáutica Civil- AEROCIVIL) de los daños causados al avión Bandeirante 110-P1-366, con matrícula HK-2743-X, en hechos ocurridos en las horas de la mañana del día 29 de mayo de 1982, en inmediaciones del aeropuerto "Ernesto Cortizzos" de la Ciudad de Barranquilla, por las razones dadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Como consecuencia, CONDÉNASE a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea Colombiana y al Departamen.to Administrativo de Aeronáutica Civil –AEROCIVIL–, a pagar, con cargo al 50% para cada uno, en favor de la sociedad Comercial denominada "COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A" la suma de MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES CUATROCIEN-

TOS NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTITRÉS PESOS ($1.832.409.523.oo) como resultado del siniestro pagado a los beneficiarios del contrato del seguro de aviación AV-00427, "Transcolombiana de Aviación S.A Tavina" y "Embraer", con cargo, en igual proporción, en los rubros presupuestales del Ministerio de Defensa y del Departamento Administrativo de Aerocivil, en cumplimiento del Decreto 359 del 22 de febrero de 1995.

TERCERO. Dése cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CUARTO. Expídanse copias de esta sentencia, por conducto del señor apoderado de la sociedad demandante, con las precisiones del art. 115 del C.P.C. y con la observancia del contenido del art. 37 del Dcto. 359 de 1995.

De la misma manera, envíese una copia al señor Ministro de Hacienda y Crédito público, para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Presidente de la Sala

CARLOS RAMÍREZ ARCILA
Conjuez

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS

LOLA ELISA BENAVIDES LÓPEZ
Secretaria

CONSEJO DE ESTADO

ÍNDICE DE ACTORES

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1995

(Primera Parte)

	Página
ADALBERTO MERCHÁN AGUILAR	877
ALBERTO KADOCH B.	264
ALBERTO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ	690
ALCALDÍA MUNICIPAL DE SABANETA	173
ALIRIO BETANCOURT GARCÍA	732
ÁLVARO RAFAEL AGUILAR BOLAÑO	559
ANDRÉS MARTÍNEZ MARTÍNEZ	223
ANDRÉS MUTIS VANEGAS	319
ANÍBAL FRANCO GÓMEZ	885
ANTONIO BUSTOS ESGUERRA	792
ARMANDO ROJAS HERNÁNDEZ Y AUGUSTO CÉSAR RODRÍGUEZ VILLANUEVA	771
ARQUIDIÓCESIS DE CALI	462
AUGUSTO W. MUÑOZ OSPINA	632
BEATRIZ CARRIZOSA UMAÑA	703
BETTY DIANA HERNÁNDEZ DE PARDO Y OTROS	765
BLANCA ELVIRA CAJIGÁS DE ACOSTA	697

	Página
CARLOS FERNÁNDEZ ZAFRA Y OTROS	228
CARLOS JULIO VÁSQUEZ Y OTROS	325
CARLOS LUIS DÁVILA ROSAS	186
CARMELO J. GALVÁN LAGARES	685
CEMENTOS BOYACÁ S.A.	410
CÉSAR AUGUSTO SÁNCHEZ MARTÍNEZ	478
CÉSAR OCTAVIO CASTAÑEDA GARCÍA	709
COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.	930
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	100
COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE CIRCASIA LTDA.	425
CORPORACIÓN COLOMBIANA DE AHORRO Y VIVIENDA - DAVIVIENDA	92
DAGOBERTO RAMÍREZ VILLAMIL Y OTROS	809
DEFENSOR DEL PUEBLO	217
DELFINA MARÍA GUERRERO DE AARÓN	774
DIEGO ZAPATA GALLEGO	618
DORA BAUTISTA DE ZORRILLA Y OTRA	290
ÉDGAR JOSÉ SANTOYO MATEUS	753
EDUARDO HENAO HOYOS	781
ELSA L. CUARTAS DE RESTREPO	639
ESTRUCO S.A.	836
EURÍPIDES DE JESÚS CUEVAS CUEVAS	62, 85, 88
FABIÁN VARGAS CONCHA	152
FABIO ELEÁZAR LOZANO SUÁREZ	367
FEDERACIÓN NACIONAL DE CENTROS DOCENTES - CONACED	144
FERNANDO LONDOÑO HOYOS	209
FERNANDO RIVERA GUTIÉRREZ Y OTRO	503

	Página
GAMBRO LUNDIA AB.	196
GERMÁN TOVAR ALFARO	624
GONZALO ÁLVAREZ HENAO	333
HÉCTOR JUSTINO JARAMILLO ULLOA	484
HÉCTOR SOTELO BEJARANO	678
HILDA MARLENE BETANCOURTH DE FRANCO	863
HUGO ESCOBAR SIERRA	496
HUGO SALAZAR PELÁEZ	388
HUMBERTO JAIRO JARAMILLO VALLEJO Y DARÍO VALLEJO JARAMILLO	785
JAIME QUINTERO SEPÚLVEDA	759
JESSICA MEEK BENIGNI	397
JESÚS HERNÁN LOZANO VILLEGAS	600
JESÚS MARÍA RAMÍREZ Y OTROS	311
JORGE ARMANDO PÁEZ UBATÉ	802
JORGE E. VERA VARGAS Y OTROS	257
JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ÁVILA	585
JORGE ENRIQUE HURTADO CALDERÓN Y OTROS	183
JORGE ENRIQUE LONDOÑO TORRES	355
JORGE LÓPEZ ÁVILA	738
JOSÉ CIPRIANO LEÓN CASTAÑEDA	652
JOSÉ DOMINGO DÍAZ DAZA Y OTRO	115, 129
JOSÉ FÉLIX MORENO MESÍAS	665
JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA	447
JUAN MANUEL RODRÍGUEZ OCHOA	658
JUVENAL CANTILLO NAVARRO	279
LUIS CARLOS SÁCHICA APONTE	527
LUIS S. VELÁSQUEZ URIBE, ERICH GUERRA CAICEDO Y LUIS MIGUEL QUIÑÓNES FRANCO	606

	Página
LUZ AMPARO SERRANO QUINTERO	437
LUZ MARIBEL RODRÍGUEZ OSPINA	10, 42, 45, 47, 54, 55, 57, 60
MARÍA DE JESÚS TALAGA Y OTROS	902
MARÍA IDALY CULMA DE PINILLA	715
NÉSTOR GUTIÉRREZ ROJAS	727
NICOLÁS CALDERÓN HERRÁN	544
OCTAVIO PIÑEROS	720
ORLANDO CÓRDOBA GUERRERO	673
ÓSCAR GUTEMBERG BENÍTEZ	89
ÓSCAR MAURICIO BUITRAGO RICO	346
PEDRITO TOMÁS PEREIRA CABALLERO	521
PERSONERO DE MEDELLÍN	552
PERSONERO MUNICIPAL DE SAN LUIS	339
RAIMUNDO EMILIANI ROMÁN	134
REINALDO CHAVARRO BURITICÁ	380
RICARDO AGUDELO SEDANO	106, 110, 112
SAMUEL DUARTE	166
SANTIAGO SALAH ARGÜELLO	404
SINDICATO DE EMPLEADOS DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL	204
SOCIEDAD CONSTRUCTORA CÁRDENAS Y AMAYA LTDA.	818
SOCIEDAD ENOS LIMITADA	567
SOCIEDAD DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES S.A.	303
SOCIEDAD FLORES RUBY S.A.	487
TOMÁS IGNACIO MONROY RONCANCIO	743
VÍCTOR RAÚL SÁNCHEZ ESPITIA	161
WILLIAM IGNACIO GUERRERO	646

CONSEJO DE ESTADO

ÍNDICE TEMÁTICO

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1995

(Primera Parte)

Página

- A -

ABANDONO DE MERCANCÍA 354
ABANDONO VOLUNTARIO 302
ABOGADO TITULADO 657
ABUSO DE PODER 367
ACCIÓN CONSTITUCIONAL-Improcedencia 55
ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO 289, 743
ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 758
ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLICIMIENTO DEL DERECHO-Improcedencia 544
ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA 544, 758
ACTA DE LIQUIDACIÓN-Efectos 884
ACTA-Junta Directiva 774
ACTIO IN REM VERSO 817
ACTIVIDAD DE TELECOMUNICACIONES-Apoyo Financiero 584

	Página
ACTIVIDAD PELIGROSA	929
ACTO ADMINISTRATIVO	151
ACTO ADMINISTRATIVO	484, 774, 808
ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO-Inexistencia	409
ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL	277
ACTO ADMINISTRATIVO SIMPLE	409
ACTO DE REGISTRO MERCANTIL	566
ACTO DE TRÁMITE	461
ACTO INSANEABLE	151
ACTO JURISDICCIONAL-Excepción	289
ACTO PRESUNTO NEGATIVO	758
ACTOS ACUSADOS EXPEDIDOS BAJO LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DEL 86	182
ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA	289
ACUERDO DE CARTAGENA	263
ACUERDO DE CARTAGENA-Actos	263
ACUERDO MUNICIPAL-Objeto	172
ACUERDOS MUNICIPALES-Publicación	409
ADMINISTRADOR DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-Funciones	354
ALBAMIENTO	552
ALCALDE	185
ALCALDE MAYOR-Funciones	559
ALCALDE MUNICIPAL	618
ALCALDE-Elección	677
ALCALDE-Iniciativa	324
ALCALDES MUNICIPALES-Función	663
ALCALDES-Período	379
APORTE DINERARIO A CAMPAÑAS POLÍTICAS	61

Página

APORTES RECAUDADOS POR LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR 133
APORTES RECAUDADOS POR LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR-Distribución 133
APREHENSIÓN DE MERCANCÍA 354
APREHENSIÓN DE MERCANCÍAS-Causales 345
APROBACIÓN DEL CONCEJO 338
ARCHIVO DEL EXPEDIENTE 195
ÁREA METROPOLITANA 333
ÁREA SUBURBANA 409
ASCENSO EN EL ESCALAFÓN 780
ASCENSO-Requisitos 696
ASIGNACIÓN DE BANDAS 502
ASIGNACIÓN DE FRECUENCIAS RADIOELÉCTRICAS 227
ASOCIACIONES DE PADRES DE FAMILIA 182
ASPIRANTES-Requisitos 657
AUDITOR INTERNO-Período 677
AUTORIDAD FLUVIAL-Titularidad 900
AUXILIO DE CESANTÍA 764
AUXILIO-Diferencias 584

- B -

BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA 715
BENETTON 263
BIEN DE ENTIDAD PÚBLICA 496
BIEN DE USO PÚBLICO-Desafectación 324
BIEN FISCAL-Restitución 288
BIEN INMUEBLE-Demolición 288
BIEN PÚBLICO 502

	Página
BIENES DE USO PÚBLICO	396
BIENES FISCALES-Naturaleza	396

- C -

CABILDANTE-Requisitos	165
CABILDO INDÍGENA-Definición	165
CADUCIDAD	689, 743, 758
CAFÉ-BAR ENOS	566
CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN-Obligación	764
CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL	203
CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR	133
CÁMARA DE COMERCIO	566
CÁMARAS DE COMERCIO-Funciones	436
CANCELACIÓN DE MATRÍCULA	566
CANJE-Concepto	324
CARGA DE LA PRUEBA	808
CARGO DE DIRECTIVO DOCENTE-Inexistencia	689
CARRERA ADMINISTRATIVA	638, 651, 672, 696, 731
CARRERA ADMINISTRATIVA-Estabilidad	599
CARRERA ADMINISTRATIVA-Extensión	623, 630
CARRERA ADMINISTRATIVA-Ingreso	599, 684, 737
CARRERA ADMINISTRATIVA-Naturaleza	623, 630
CARRERA JUDICIAL	780
CARRERA JUDICIAL-Régimen aplicable	645, 657
CENSO	165
CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL	195
CERTIFICADO DEL USO DEL SUELO	461
CESACIÓN DE FUNCIONES	403
CIUDADANO EN EJERCICIO	657

	Página
COBRO DE LA TASA-Oportunidad	256
CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Aplicación	290
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL-Inaplicación	290
CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO	651
COLEGIOS MILITARES	310
COMISIÓN	672
COMISIÓN-Inexistencia	696
COMPAÑIA ASEGURADORA	929
COMPETENCIA	61, 100, 114, 222, 288, 324 345, 354, 558, 599, 709 791, 876
COMPETENCIA (Salvamento de voto)	128
COMPETENCIA-Inexistencia	227
COMUNIDAD EDUCATIVA	445
COMUNIDADES	203
CONCEJO DISTRITAL-Funciones	559
CONCEJO MUNICIPAL	324, 677
CONCEJO MUNICIPAL-Atribuciones	172
CONCEJO MUNICIPAL-Facultad	409
CONCEJO MUNICIPAL-Funciones	396
CONCEJOS MUNICIPALES-Función	185
CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN	92
CONCEPTO FAVORABLE DE LOCALIZACIÓN	461
CONCURSO	696
CONDENA EN ABSTRACTO	303
CONFIANZA	884
CONFISCACIÓN DE BIENES-Diferencias	354
CONFLICTO DE COMPETENCIAS	100

	Página
CONFRONTACIÓN DE NORMAS SUPERIORES-Inexistencia	222
CONGRESISTA	61, 62
CONGRESISTA (Aclaración de voto)	85
CONGRESISTA-Beneficiario	61
CONGRESO DE LA REPÚBLICA-Facultades	715, 203
CONPES-Atribuciones	386
CONSEJO ASESOR	501
CONSEJO ASESOR-Funciones	501
CONSEJO ASESOR-Integración	501
CONSEJO DE ESTADO	61
CONSEJO MUNICIPAL-Facultades	333
CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN-Funciones	318
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-Funciones	657
CONSEJO SUPERIOR-Facultades	367
CONSEJO SUPERIOR-Integración	367
CONSEJOS DIRECTIVOS	143
CONSEJOS DIRECTIVOS DE LAS CORPORACIONES	379
CONTADOR DE ENERGÍA	487
CONTRALOR DEPARTAMENTAL-Período	677
CONTRALOR MUNICIPAL-Elección	677
CONTRALOR MUNICIPAL-Período	677
CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL	100
CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL-Presupuesto	386
CONTRATISTA DEL ESTADO-Inexistencia	61
CONTRATO-Modificación	835
CONTRIBUCIÓN A MOVIMIENTO POLÍTICO	59

	Página
CONTRIBUCIÓN A MOVIMIENTO POLÍTICO-Inexistencia	41, 55
CONTRIBUCIÓN A MOVIMIENTOS POLÍTICOS	44, 57
CONTRIBUCIÓN A MOVIMIENTOS POLÍTICOS-Inexistencia	9
CONTRIBUCIÓN A PARTIDO POLÍTICO-Inexistencia	87
CONTRIBUCIÓN A PARTIDOS POLÍTICOS-Inexistencia (Aclaración de voto)	85
CONTROL A URBANIZADORES-Inexistencia	861
CONTROL FISCAL	100
CONTROL JURISDICCIONAL	208
CONVALIDACIÓN DEL ACTO-Inexistencia	151
CÓNYUGE SOBREVIVIENTE	727, 784
COPIA-Autenticación	663
COPIAS-Expedición	663
CORPORACIÓN BARRIO LA CANDELARIA-Beneficiaria	288
CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES	379
CRAMSA-Creación	861
CUOTA DE COMPENSACIÓN MILITAR	310

- D -

DAÑO	876
DAÑO ANTIJURÍDICO	817
DAÑO EMERGENTE	289
DAÑO-Certeza	303
DAÑO-Imputación	817
DECISIÓN DE LA COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA-Impugnación	263

	Página
DECISIÓN DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA-Inexistencia	876
DECOMISO	584
DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN MILITAR	657
DEMANDA	663
DEMANDA-Ineptitud	544, 770
DEMANDA-Requisitos	544
DEMOCRACIA REPRESENTATIVA	46
DENUNCIA PENAL	55
DERECHO A LA IGUALDAD	638, 791
DERECHO A LA IGUALDAD-Improcedencia	737
DERECHO A LA IGUALDAD-Inexistencia	732
DERECHO A LA PROPIEDAD	446
DERECHO AL TRABAJO	478
DERECHO DE ASOCIACIÓN	165
DERECHO DE DEFENSA	487, 551
DERECHO DE IGUALDAD	424
DERECHO DE INFORMACIÓN	477
DERECHO DE PETICIÓN EN INTERÉS PARTICULAR	195
DERECHOS ADQUIRIDOS	624, 631, 651, 732
DERECHOS DE LOS NIÑOS	551
DESCANSO COMPENSATORIO	719
DESCUENTOS VOLUNTARIOS	61
DESISTIMIENTO	195
DESVIACIÓN DE PODER-Inexistencia	672, 684, 696
DETENCIÓN PREVENTIVA	742
DICTAMEN PERICIAL-Error grave	835

	Página
DIRECCIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACIÓN	445
DIRECTOR GENERAL-Período	379
DIRECTOR REGIONAL	774
DISCRIMINACIÓN- Inexistencia	651
DISTRITO CAPITAL	403
DISTRITO CAPITAL-Régimen Político	791
DIVISIÓN OPERATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- Funciones	354
DOMINICALES Y FESTIVOS	719

- E -

ECOPETROL-Naturaleza jurídica (Salvamento de voto)	128
ECOPETROL-Régimen aplicable	114
EDUCACIÓN NO FORMAL	133
EJECUTIVO-Facultades	631
EMERGENCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA	551, 552
EMISORA DE RADIODIFUSIÓN SONORA- Reglamentación	477
EMPLEADO DE CARRERA	732
EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN	624, 631, 737
EMPLEADO DE NIVEL TERRITORIAL	731
EMPLEADO DE PERÍODO	752
EMPLEADO DE TELECOM-Régimen Aplicable	709
EMPLEADO DEL NIVEL TERRITORIAL	638
EMPLEADO DEPARTAMENTAL	715

	Página
EMPLEADO PÚBLICO	715
EMPLEADO PÚBLICO TERRITORIAL	623, 630
EMPLEADOS PÚBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA	618
EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN	672, 696
EMPLEO PÚBLICO-Prohibiciones	61
EMPOPASTO S.A.	663
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO	605
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO DEL ORDEN NACIONAL-Utilidades	386
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEPARTAMENTAL-Exclusión	386
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL NACIONAL	387
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	817
ENTIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL	606
ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES-Patrimonio	160
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS	663
EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO	835
EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO	884
EQUIPO PARA OBRA PÚBLICA	302
ESCALAFÓN	672
ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO-Acceso de Particulares	228
ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO-Uso	227
ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO-Utilización	502
ESTABILIDAD	752

	Página
ESTABILIDAD-Inexistencia	731
ESTABLECIMIENTO PÚBLICO-Recursos	387
ESTACIÓN DE SERVICIOS-Modalidades	502
ESTADO	446
ESTRUCTURA INTERNA-Adecuación	203
EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	61, 715
EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE MINAS- Restricciones	808
EXPROPIACIÓN	409

- F -

FACULTAD DE INSPECCIÓN Y VIGILANCIA	446
FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Término	172
FALSA MOTIVACIÓN-Improcedencia	424
FALTA DE COMPETENCIA	151
FALTA GRAVE	552
FALTA GRAVE-Calificación	709
FALLA AL SERVICIO DE CONTROL AÉREO	929
FALLA DEL SERVICIO DE LA FUERZA ÁEREA	929
FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL	801
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE FLUVIAL	900
FALLA DEL SERVICIO MÉDICO (Salvamento de voto)	128
FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN	876
FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN-Tráfico Fluvial	900
FALLA DEL SERVICIO-Derrumbe	861
FALLA DEL SERVICIO-Inexistencia	876
FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN	277
FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN-Calidades	277

	Página
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-Reglamentación	277
FONDO DE PREVISIÓN DE NOTARIADO Y REGISTRO-Creación	764
FUERO DE ESTABILIDAD-Inexistencia	696
FUNCIÓN SOCIAL	446
FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD	496
FUNCIONARIO DE CARRERA	624, 645
FUNCIONARIO INCOMPETENTE	774

- G -

GASTOS DE OPERACIÓN	256
GOBERNADORES	599
GOBIERNO ESCOLAR-Obligatoriedad	445
GOBIERNO NACIONAL	345, 501, 791
GOBIERNO NACIONAL-Facultades	558
GOBIERNO NACIONAL-Funciones	203
GRABACIÓN MAGNETOFÓNICA	9
GRABACIÓN MAGNETOFÓNICA-Validez	57

- H -

HECHO NOTORIO	263
HIJO INVÁLIDO-Requisitos	702
HORAS EXTRAS-Improcedencia	689
HURTO	801

- I -

I.C.B.F.	774

	Página
ILEGALIDAD SOBREVINIENTE-Improcedencia	387
IMPORTACIÓN DE ACEITES Y GRASAS-Régimen	208
IMPORTACIÓN TEMPORAL DE MAQUINARIA	302
IMPORTACIÓN TEMPORAL-Prórroga	302
IMPOSICIÓN DE NUEVAS OBLIGACIONES-Inexistencia	133
INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE	182, 387
INCUMPIMIENTO DEL CONTRATRO	835
INDEBIDA ACUMULACIÓN DE ACCIONES-Inexistencia	289
INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES	663
INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES-Inexistencia	289
INDEMNIZACIÓN	732
INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS	289
INDEMNIZACION POR RETIRO DEL SERVICIO	638
INDICIO	9
INDIVIDUALIZACIÓN DEL ACTO-Inexistencia	758
INFRACCIÓN MANIFIESTA-Inexistencia	203
INGRESO AUTOMÁTICO-Improcedencia	731
INGRESO EXTRAORDINARIO A LA CARRERA	731
INGRESO EXTRAORDINARIO-Requisitos	630, 638
INHABILIDADES ACTO ADMINISTRATIVO	277
INSPECCIÓN ADUANERA	345
INSTALACIONES EDUCATIVAS-Utilización	446
INSTITUTO DE CRÉDITO TERRITORIAL-Reforma	172
INSTITUTO DE EDUCACIÓN SUPERIOR	367
INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES	606

	Página
INSUBSISTENCIA	599, 684, 696, 737, 774, 672
INSUBSISTENCIA-Improcedencia	752
INTENSIDAD HORARIA	133
INTERMEDIACIÓN ADUANERA	222
INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL	195, 263
INTERVENCIÓN DEL ESTADO	526
INVERSIÓN DE RECURSOS ADMINISTRADOS-Garantías	160
INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA	709
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY	151
ISS	605, 719
ISS-Naturaleza Jurídica	605
ISS-Reestructuración	605

- J -

JEFE DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL	618
JEFES DE DEPENDENCIAS ADMINISTRATIVAS-Función	663
JORNADA LABORAL	719
JUEZ DE LA REPÚBLICA-Requisitos	645
JUEZ DE LA REPÚBLICA-Sistema de Nombramiento	645
JUICIO DE POLICÍA-Inexistencia	289
JUNTA METROPOLITANA-Facultades	333
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	114
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Salvamento de Voto)	128
JURISDICCIÓN ORDINARIA	114, 288, 876
JURISPRUDENCIA	92
JURISPRUDENCIA CONTRARIADA	114

- L -

LAUDO ARBITRAL-Inaplicabilidad	715
LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA	929
LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA-Inexistencia	900
LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA	288
LEY ESPECIAL	290
LEY GENERAL DE EDUCACIÓN	182, 445
LEY ORGÁNICA DE PRESUPUESTO	386, 387
LEY ORGÁNICA DE PRESUPUESTO-Principios	387
LEY ORGÁNICA DEL PRESUPUESTO-Inaplicación	387
LEY POSTERIOR	387
LIBERTAD DE ASOCIACIÓN-Límites	445
LIBERTAD DE EXPRESIÓN	477
LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN	618
LICENCIA	502
LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN	861
LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN-Requisitos	461
LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO	477
LICENCIA DE IMPORTACIÓN	302
LICITACIÓN-Finalidad	835
LÍMITE DE EDAD	133
LIQUIDACIÓN DE CONTRATO	884
LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO	835
LISTA DE ELEGIBLES	657
LITIS CONSORCIO PASIVO-Inexistencia	663
LUCRO CESANTE	289

	Página
- M -	
MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD	208
MARCA EXTRANJERA	263
MATRIMONIO	727, 784
MENSAJERÍA ESPECIALIZADA	526
MINISTERIO DE COMUNICACIONES-Facultades	227
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA-Facultades	808
MINISTERIO DE TRANSPORTE	558
MINISTROS-Funciones	208
MOVIMIENTO HORIZONTAL-Inexistencia	696
MULTA-Oportunidad	835
- N -	
NOMBRAMIENTO EN PERÍODO DE PRUEBA	780
NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD-Diferencias	780
NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN	663
NOMBRE COMERCIAL	566
NORMA ACUSADA	387
NORMA CONSTITUCIONAL-Inconstitucionalidad	46
NORMA CONSTITUCIONAL-Interpretación	46
NORMA DEROGADA	172
NORMA ESPECIAL-Inexistencia	290
NORMA GENERAL-Inaplicación	61
NORMA TRANSITORIA	477
NORMA VIOLADA-Vigencia	387
NORMAS APLICABLES A EMPLEADOS PÚBLICOS	651
NOTARIO	764
NOTIFICACIÓN	566

	Página
NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE	289, 409
NOTIFICACIÓN POR EDICTO	290
NOTIFICACIÓN POR EDICTO-Irregularidad	289
NOTORIEDAD	263
NUEVA CAUSAL	345
NULIDAD	172, 277
NULIDAD-Improcedencia	808

- O -

OBJECIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO-Inexistencia	884
OBJECIONES DEL ALCALDE-Procedimiento	338
OBLIGACIÓN CONTRACTUAL-Incumplimiento	876
OBLIGATORIEDAD DE LAS RECOMENDACIONES-Inexistencia	501
OFICINA DE PLANEACIÓN MUNICIPAL-Órgano Competente	461
ORDEN DE AUTORIDAD COMPETENTE-Inexistencia	566
ORGANISMOS DE ORDEN DEPARTAMENTAL	100
ORGANISMOS DE ORDEN NACIONAL-Cambio de Naturaleza Jurídica	100
ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEPARTAMENTAL-Reestructuración	599

- P -

PACTO ECONÓMICO	208
PACTO SOCIAL	143, 520
PARENTESCO	900

	Página
PARQUE AUTOMOTOR	558
PARTICULARES	203
PARTIDA PRESUPUESTAL	403
PATRIMONIO-Monto	160
PENSIÓN DE JUBILACIÓN	605
PENSIÓN DE JUBILACIÓN CAJANAL-Compatibilidad	605
PENSIÓN DE JUBILACIÓN ISS	605
PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES	606
PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA	484
PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL	89
PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA	41, 44, 46, 55, 89
PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA-Causales	9, 41, 55, 57, 59, 87
PÉRDIDA DE INVESTIDURA-Causales	61
PÉRDIDA DE INVESTIDURA-Efectos	46
PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA	41
PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales	62
PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales (Aclaración de voto)	85
PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA-Naturaleza	62
PERJUICIOS MATERIALES-Reducción	900
PERMISO	876
PERMISO PREVIO DEL MINISTERIO DE COMUNICACIONES	502
PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS	742
PERSONAS A CARGO DEL TRABAJADOR	133
PERTENENCIA A UNA COMUNIDAD INDÍGENA-Diferencias	165

	Página
PETICIÓN DE INSCRIPCIÓN-Efectos	684
PLANES DE CAPITALIZACIÓN Y DE PENSIONES	160
PLANTA DE PERSONAL	203
PLAZA DE MERCADO	324
PLAZO	367
PLENA PRUEBA-Inexistencia	9
PLURALISMO INFORMATIVO	227
PODER	195
PODER EJECUTIVO-Facultades	624
PÓLIZA DE GARANTIA-Exigibilidad	876
POTESTAD REGLAMENTARIA	436, 501, 558, 727
POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites	784
PREMIO DE LOTERÍA-Incumplimiento	876
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	222
PRESTACIÓN DE SERVICIO	160
PRESTACIÓN DEL SERVICIO POSTAL-Requisitos	526
PRESTACION DEL SERVICIO-Cesación	742
PRESTACIONES SOCIALES-Creación	715
PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD	808
PRESUPUESTO	387
PRESUPUESTO DE ENTIDAD DESCENTRALIZADA	387
PRESUPUESTO DE ENTIDAD DESCENTRALIZADA LOCAL	386
PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS	185
PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL	386
PRESUPUESTO LOCAL	387
PRESUPUESTO NACIONAL-Recursos de Capital	386
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	715

	Página
PRINCIPIO DE DERECHO	817
PRINCIPIO DE IGUALDAD	835
PRINCIPIO DE LA EFICIENCIA	160
PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD	387
PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA	835
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD	41, 62
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	290
PROCESO DE EXTINCIÓN DEL DOMINIO	496
PROFESIONAL DE LA SALUD	719
PROGRAMAS DE TECNIFICACIÓN DE SERVICIOS DE INFORMACIÓN RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL-Costos	256
PROHIBICIÓN DE TRATOS CRUELES	552
PROPIEDAD INDUSTRIAL	256
PROVIDENCIA	89
PROYECTO DE ACUERDO DE PRESUPUESTO APROBADO-Envío	185
PROYECTO EDUCATIVO INSTITUCIONAL-Objetivo	445
PRUEBA	9, 876, 900
PRUEBA SUMARIA	784
PRUEBA-Inexistencia	105
PUBLICIDAD	566

- Q -

QUÓRUM PARA SESIONAR	501

- R -

RADIODIFUSIÓN SONORA 584
RADIODIFUSIÓN SONORA COMUNITARIA 584
RADIODIFUSIÓN SONORA-Prohibiciones 477
RADIODIFUSIÓN SONORA-Servicio Clandestino 584
REAJUSTE DE MATRÍCULAS PENSIONES Y COBROS PERIÓDICOS DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS 143
REAJUSTE PENSIONAL 715
RECIBO DE PUBLICACIONES 195
RECURSO DE REPOSICIÓN 105
RECURSO DE REPOSICIÓN-Improcedencia (Salvamento de voto) 110, 112
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN-Improcedencia 89
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN-Prosperidad 89
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA 114
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA (Salvamento de Voto) 128
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA-Técnica 92
RECURSOS PARAFISCALES-Destinación Específica 133
RECUSACIÓN (Salvamento de Voto) 112
RECUSACIÓN SUBJETIVA 105
RECUSACIÓN SUBJETIVA (Salvamento de Voto) 110
RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN 623, 630, 731

	Página
RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES	46
RÉGIMEN PRESTACIONAL	651, 791
REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO	900
REGISTRO DE EMPRESAS CONCESIONARIAS DE ESPACIOS DE TELEVISIÓN-Calificación	318
REGISTRO DE SOLICITUD	256
REINTEGRO-Improcedencia	752
RELACIÓN CONTRACTUAL-Establecimiento	876
RENOVACIÓN DE REGISTRO-Trámite	195
REPARACIÓN DEL DAÑO	288
REPETICIÓN DEL PRESUPUESTO-Causales	338
REPOSICIÓN DE VEHÍCULOS	558
REPRESENTANTES DE LOS PADRES DE FAMILIA-Funciones	143
RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO	487
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL DEL ESTADO (Salvamento de Voto)	128
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO	817
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA	862, 929
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	302, 835
RESTRICCIÓN DE VISITAS AL ABOGADO	551
RESTRICCIÓN DE VISITAS FAMILIARES	551
RETIRO DEL SERVICIO	663
RETIRO DEL SERVICIO-Causales	277, 631, 732
RETIRO DEL SERVICIO-Demanda	663
RETIRO FORZOSO	277
RIFA-Requisitos	876

- S -

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 61
SANCIÓN 552
SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL 160
SEPARACIÓN DE CUERPOS 727
SERVICIO DE RADIOAFICIONADOS 501
SERVICIO DE RADIOAFICIONADOS-Concepto 502
SERVICIO DE RADIOAFICIONADOS-Requisitos 502
SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA-Requisitos 477
SERVICIO DE RECLUTAMIENTO 310
SERVICIO DE SALUD-Prestación 203
SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO 310
SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Excepciones 310
SERVICIO POSTAL 526
SERVICIO PÚBLICO 526
SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN 445, 446
SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN SUPERIOR 367
SERVICIO PÚBLICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL 160
SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN SONORA 478, 584
SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN 227
SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE 424, 520, 558, 559
SERVIDOR PÚBLICO-Vinculación Laboral 631
SERVIDORES DEL DISTRITO CAPITAL Y SUS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS 651
SERVIDORES PÚBLICOS 618
SERVIDORES PÚBLICOS DEL ORDEN TERRITORIAL 791

	Página
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO-Configuración	758, 770
SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL	216
SISTEMA NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL	172
SOCIEDAD CONYUGAL	784
SOCIEDAD CONYUGAL-Disolución	727
SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA	387
SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA DEPARTAMENTAL-Exclusión	386
SUBSIDIO DE TRASLADO	689
SUBSIDIO FAMILIAR	133
SUBSIDIO FAMILIAR DE VIVIENDA	172
SUBSIDIO FAMILIAR PARA EDUCACIÓN	133
SUPRESION DE EMPLEOS	203, 599, 624, 631, 638, 732
SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN-Prórroga	403
SUSPENSIÓN DEL SERVICIO	584
SUSPENSIÓN PROVISIONAL	256
SUSPENSIÓN PROVISIONAL-Improcedencia	143, 182, 216, 222, 318, 484 520, 552, 651, 657
SUSTITUCIÓN PENSIONAL	784
SUSTITUCIÓN PENSIONAL-Beneficiarios	702
SUSTITUCIÓN PENSIONAL-Beneficios	727
SUSTITUCIÓN PENSIONAL-Compatibilidad	605
SUSTITUCIÓN PENSIONAL-Definición	702

- T -

TARIFA-Fijación	520
TARIFAS-Fijación	526

	Página
TASA	396
TASA-Objeto	256
TASAS-Monto	256
TEMERIDAD-Inexistencia	105
TERCERO BIEN INMUEBLE-Restitución	288
TERCEROS DAMNIFICADOS	900
TESORO PÚBLICO-Inexistencia	605
TIEMPO DE SERVICIO-Cómputo	742
TIEMPO DE SERVICIO-Deducción	742
TIEMPO DOBLE-Improcedencia	742
TRABAJO OCASIONAL	719
TRASLADO-Requisitos	696
TRASPASO DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL-Improcedencia	702
TRATAMIENTO PREFERENCIAL	732
TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA	263
TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA	195

- U -

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE ADUANAS	345
USO DEL SUELO	333
UTILIDAD PÚBLICA	409
UTILIDAD PÚBLICA-Inexistencia	409
UTILIDAD PÚBLICA-Motivos	409
UTILIDADES DE EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL NACIONAL	387

Página

- V -

VEEDOR DEL TESORO-Período 403
VÍA GUBERNATIVA-Agotamiento 770
VÍAS PÚBLICAS-Parques 396
VINCULACIÓN LABORAL 624
VÍNCULO MATRIMONIAL 900

- Z -

ZONA DE RESERVA ECOLÓGICA-Determinación 808